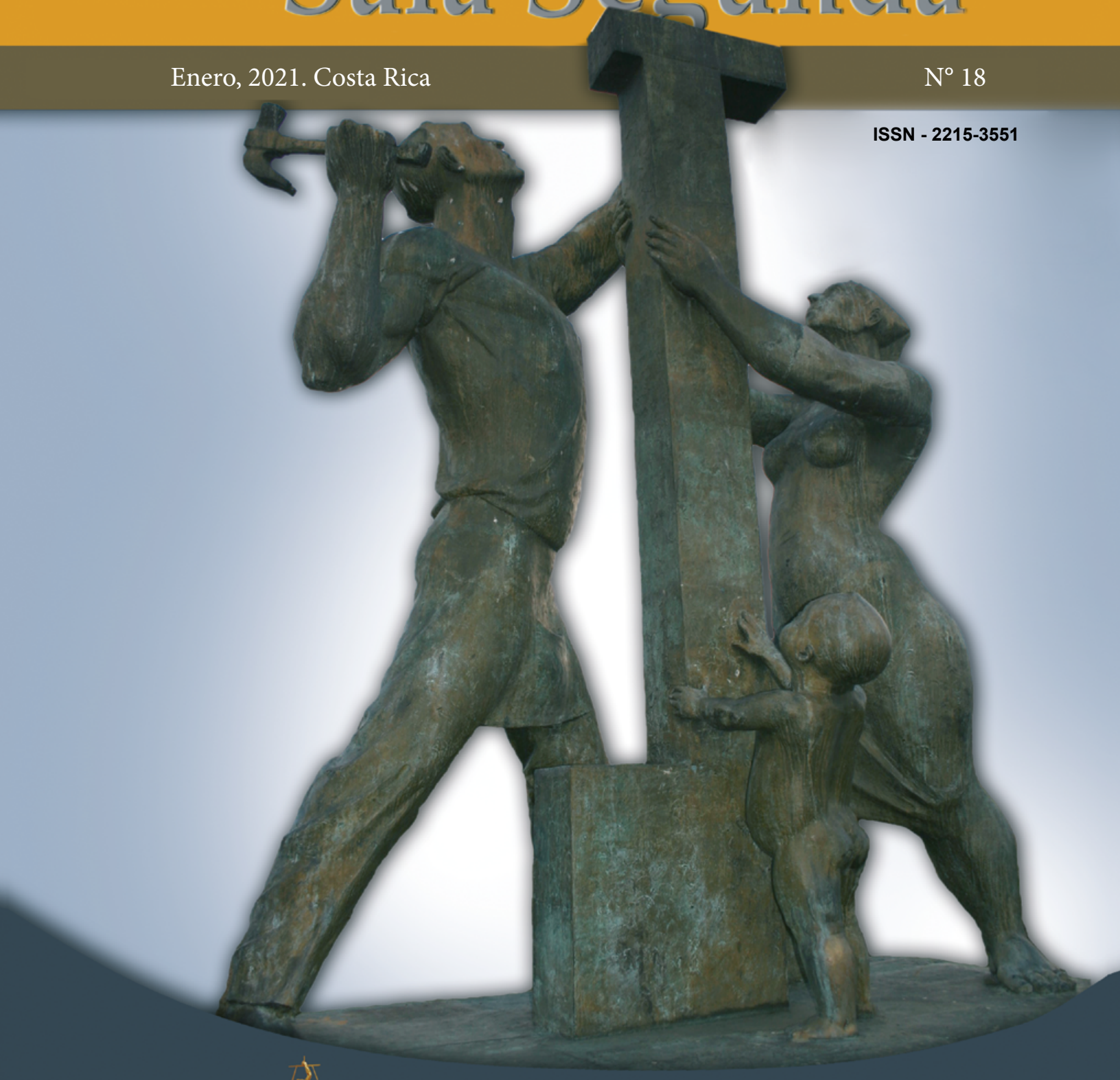
Revista de la Sala Segunda

Enero, 2021. Costa Rica

N° 18

ISSN - 2215-3551



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA SEGUNDA
Corte Suprema de Justicia

REVISTA de la Sala Segunda

N° 18

Enero, 2021. Costa Rica
ISSN - 2215-3551

DIRECTORA
Magistrada Julia Varela Araya

CONSEJO EDITORIAL
Magistrado Orlando Aguirre Gómez
Magistrado Jorge Enrique Olaso Álvarez
Lic. Rolando Vega Robert
Msc. Eva Camacho Vargas
Dr. Manuel Carlos Palomeque López
Dr. Humberto Villasmil Pietro
Dr. Fernando Bolaños Céspedes
Msc. Diego Benavides Santos

EDITORA Y COMPILADORA
Licda. Rosibel Álvarez Rodríguez

COLABORADORAS
Karla Tatiana Acuña León
Nancy Paola Herrera Rivera

FOTOGRAFÍA PORTADA
Lic. Armando Elizondo Almeida.
Fotografía tomada del monumento realizado por el escultor costarricense Ólger Villegas, que se encontraba en la rotonda de las Garantías Sociales, San José, Costa Rica.

DISEÑO:
Depto. de Artes Gráficas OT. 52741

CORRESPONDENCIA
Centro de Jurisprudencia de la Sala Segunda
Apartado 3-1003. San José, Costa Rica
(506) 8825-5014
Correo electrónico: S2-informacion@poder-judicial.go.cr
Instructivo para publicar artículos en la Revista: *www.poder-judicial.go.cr/salasegunda*, en la sección de "Revista".

PODER JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

NOTA DE LA EDITORA:

Los artículos incluidos en este número son responsabilidad exclusiva del autor o autora y no reflejan, necesariamente, el pensamiento de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de los miembros del Consejo Editorial, de la Directora o de la Editora de esta Revista.

CONTENIDO

(Dar CLICK en cada TÍTULO para ir al texto respectivo)

EDITORIAL 11

SECCIÓN I
ARTÍCULOS 13

EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR PÉRDIDA DE CONFIANZA: GRAVEDAD Y CULPABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO 15
Alejandro Godínez Tobón

EL PROCESO DE PROTECCIÓN DE FUEROS ESPECIALES Y DEBIDO PROCESO 25
Flora Marcela Allón Zúñiga

HACIA UNA TIPOLOGÍA DE RELACIONES DE TRABAJO (SEGUNDA PARTE) 37
Mauricio Castro Méndez, Karen Carvajal Loaiza, Esteban Chacón Rojas

ENSAYOS 49

INSTRUMENTALIDAD Y CONTEXTUALIZACIÓN: LOS DOS TEST* INDISPENSABLES EN LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA 51
Diego Benavides Santos

PROTESTA Y DERECHOS HUMANOS: LÍMITE EN EL DESARROLLO DEL MOVIMIENTO Y NUEVAS MODALIDADES DE PROTESTA A LA LUZ DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL TRABAJO 61
Francisco José Quesada Quesada

EL DEVENIR JURÍDICO FAMILIAR: LA INVESTIGACIÓN E IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD Y LA RELATIVIZACIÓN DEL “MARTER SEMPER CERTA EST” 67
Gerardo Antonio Blanco Villalta

¿EXISTE EN COSTA RICA UN CAMBIO EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN EL CAMPO DE LOS RIESGOS DE TRABAJO? UNA HIPÓTESIS AL AMPARO DE LA MODIFICACIÓN A LOS NUMERALES 303 Y 538 DEL CÓDIGO DE TRABAJO 79
Jorge Olaso Álvarez

VIOLENCIA DE GÉNERO Y COVID-19 DEBERES DEL ESTADO COSTARRICENSE FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS 89
Susana Salazar Marciaga

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ÉTICA JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA 99
Nain Isaac Monge Segura, Jose Manuel Arroyo Gutiérrez

SECCIÓN II

JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA 105

EN MATERIA LABORAL 107

SE DENIEGA RESTITUCIÓN DE INCENTIVO SALARIAL POR MÉRITOS ACADÉMICOS EN LA UCR. FALTA REQUISITO: TÍTULO DE LICENCIATURA. VOTO N° 000092-2020.. 107

CONTRATO DE TEMPORADA POR TIEMPO INDETERMINADO. PERÍODOS INTERMEDIOS (VACACIONES ESCOLARES) NO INTERRUMPEN LA RELACIÓN LABORAL. NO EXISTIÓ PRESCRIPCIÓN. VOTO N° 000110-2020..... 107

JORNADA ACUMULATIVA EN MUNICIPALIDAD NO EXCEDE EL MÁXIMO LEGAL. NO PROCEDE PAGO DE MEDIA HORA EXTRA DIARIA. CONVENCIÓN COLECTIVA. VOTO N° 000009-2020..... 108

PENSIÓN POR INVALIDEZ ES INCOMPATIBLE CON PERCEPCIÓN DE SALARIO O SUBSIDIO. RIGE A PARTIR DE LA ÚLTIMA COTIZACIÓN A LA CCSS. VOTO N° 000257-2020. 109

SE DENIEGAN DIFERENCIAS POR FALTA DE REAJUSTE EN PLUS DENOMINADO RIESGO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA. PRINCIPIO DE IGUALDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD VOTO N° 000500-2020..... 109

SE CONFIRMA PROCEDENCIA Y RIGE DE PENSIÓN POR INVALIDEZ DEL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE HIJOS CON LOS PADRES NO ES IRRESTRICTA. VOTO N° 000194-2020. 110

PROCEDE PENSIÓN VITALICIA EN SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN COMÚN DEL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO. VOTO N° 000725 AÑO 2020. 111

PROCEDE REAJUSTE DE PENSIÓN POR VIUDEZ DEL MAGISTERIO NACIONAL. ARBITRARIEDAD DEL REBAJO EFECTUADO. VOTO N° 000819-2020..... 112

DESPIDO EN PERÍODO DE LACTANCIA NO FUE DISCRIMINATORIO. ALTERACIÓN DE DOCUMENTO QUE JUSTIFICABA CITA MÉDICA. SE TOMARON EN CUENTA SOLO PROBANZAS ESENCIALES PARA RESOLVER. VOTO N° 000550-2020. 113

ADMINISTRACIÓN NO ESTÁ OBLIGADA A OTORGAR “MOVILIDAD LABORAL VOLUNTARIA”. VOTO N° 000184-2020..... 114

SE ANULA SENTENCIA DEL JUZGADO PUES INTRODUJO ILEGALMENTE PRUEBA AL PROCESO. SE VE DENEGADO EL ACCESO A LA JUSTICIA. PRINCIPIO DE DEFENSA. VOTO N° 000673-2020..... 115

PROCEDE PENSIÓN POR VEJEZ DEL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO. TENENCIA DE BIEN INMUEBLE NO ES OBSTÁCULO. FUE DEMOSTRADA LA NECESIDAD DE AMPARO ECONÓMICO VOTO N° 000373-2020..... 115

TRASLADO DE LUGAR DE TRABAJO NO IMPIDE CONTINUAR RECONOCIENDO EL VIÁTICO CORRIDO. VOTO N° 000193-2020..... 116

DESPIDO INJUSTIFICADO DE MUJER EMBARAZADA. NOTIFICACIÓN OPORTUNA
DEL ESTADO DE EMBARAZO. PREVALECE PRINCIPIO DE INFORMALIDAD Y VERDAD REAL.
VOTO N° 000233-2020 117

SE ANULA SENTENCIA DEL JUZGADO POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DE LA LITIS.
EXISTIÓ GRAVE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO. VOTO N° 000158-2020 119

NO EXISTIÓ PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN (ARTÍCULO 602 DEL ANTERIOR CÓDIGO
DE TRABAJO).LOS PLAZOS EN AÑOS SE CUENTAN SEGÚN EL CALENDARIO
-DE FECHA A FECHA- (ARTÍCULO 881 DEL CÓDIGO CIVIL). VOTO N° 000201-2020. 119

PROCEDE PAGO DE INDEXACIÓN E INTERESES, AUNQUE NO SE HAYAN INCLUIDO
EN EL RECLAMO ADMINISTRATIVO. SON ACCESORIOS AL PRINCIPAL. VOTO N° 000125-2020 119

CONTRATO LABORAL Y NO POR SERVICIOS PROFESIONALES. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.
TIENE VOTO SALVADO. VOTO N° 000004-2020 120

SE RECONOCE JORNADA EXTRAORDINARIA. REDISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA.
MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN NO SON SUSCEPTIBLES DE SER AMPLIADOS
O MODIFICADOS (ARTÍCULO 590 DEL CÓDIGO DE TRABAJO REFORMADO).
VOTO N° 000065-2020 121

CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL REGLAMENTO
DEL SEGURO DE INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE DE LA CCSS.
VOTO N° 000121-2020 Y VOTO N° 000117-2020. 122

DESPIDO POR ACOSO SEXUAL. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA.
PROCESO PENAL Y PROCESO LABORAL. VOTO N° 000141-2020 123

CONDENA SOLIDARIA A PAGAR DAÑO MORAL POR ACOSO SEXUAL.
EXISTIÓ RELACIÓN DE CAUSALIDAD. VOTO N° 000768-2020 124

PENSIÓN DEL RÉGIMEN DEL REGISTRO NACIONAL. DEROGATORIA TÁCITA DE LA LEY N ° 5
(EN LO QUE SE OPONE A LA LEY MARCO DE PENSIONES). VOTO N° 000150-2020 125

EXISTIÓ PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL TRABAJADOR (ARTÍCULO 602 DEL ANTERIOR
CÓDIGO DE TRABAJO). NO SE INTERRUMPE EL PLAZO CON LA INTERPPOSICIÓN DE UN
AMPARO DE LEGALIDAD. VOTO N° 000098-2020 126

CÁLCULO DE PENSIÓN DE HACIENDA DEBE REALIZARSE CONFORME CON LEY VIGENTE
AL MOMENTO DE PENSIONARSE. VOTO N° 000191-2020 127

BAJO RENDIMIENTO NO ESTÁ PREVISTO EN SÍ MISMO COMO CAUSAL DE DESPIDO SEGÚN
ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. PRUEBA DEBE SER CATEGÓRICA. LA TESTIMONIAL
OFRECIDA NO ES SUFICIENTE. VOTO N° 000161-2020 128

NO PROCEDE SILENCIO POSITIVO A PESAR DE QUE DIRECCIÓN DE PENSIONES NO SE PRONUNCIÓ EN TIEMPO. SE TRATA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO QUE REQUERÍA DE DOS VOLUNTADES PARA EL DICTADO FINAL. VOTO N° 000199-2020 129

RECURSO POR LA FORMA. NO PROCEDE NULIDAD POR HABERSE DICTADO SENTENCIA FUERA DE PLAZO (ARTÍCULO 587 INCISO 6) DEL CÓDIGO DE TRABAJO). VOTO N° 000199-2020 130

EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL 131

SE DENIEGA HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA DE DIVORCIO DE PALESTINA. NO CUMPLE LOS REQUERIMIENTOS DEL ARTÍCULO 99 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, NI SE AJUSTA AL NUMERAL 48 DEL CÓDIGO DE FAMILIA. VOTO N° 000173-2020 131

SE CONCEDE EXEQUÁTUR A SENTENCIA DE ADOPCIÓN PLENA, A PESAR DE QUE NO SE SIGUIÓ EL PROCEDIMIENTO INTERNACIONAL REQUERIDO ENTRE LOS ESTADOS CONTRATANTES DE LA HAYA. VOTO N° 000302-20 Y VOTO N° 000329-2020 132

SECCIÓN III
REFERENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL* 133

021785-20. SOBRE HUELGA EN SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES. 135

002908-20. REBAJOS DE SALARIO POR DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA. 135

022741-20. PERMISOS CON GOCE DE SALARIO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE SE HAN ELEGIDO EN PUESTOS DE ELECCIÓN POPULAR. 135

021333-20. SE ACUSA QUE, EN TERNAS DE JUECES, NOMBRA A PERSONAS QUE VAN CON MENOR PUNTAJE Y, NO A QUIENES VAN EN PRIMER LUGAR. 135

022355-20. PERSONA CON DISCAPACIDAD QUE LABORA EN UN CENTRO EDUCATIVO, ADUCE FALTA DE CONDICIONES FÍSICAS. 135

011169-20. JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA SOBRE EL PAGO DE INDEMNIZACIONES POR EJERCICIO DE FUNCIONES DE MAYOR RANGO. 135

0010591-20. DEDUCCIÓN DE SALARIO DE CUOTAS DE COOPERATIVAS O SINDICATOS. 135

009188-20. SALARIO ESCOLAR SE ENCUENTRA DENTRO DEL PATRIMONIO DEL EMPLEADO. 135

08848-20. APLICACIÓN DE LA LEY DE INCENTIVOS MÉDICOS PARA SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO. 136

002908-20. LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO O, EN SU DEFECTO, EL REBAJO SALARIAL O CUALQUIER TIPO DE SANCIÓN, SOLO SERÁ PROCEDENTE A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA. 136

000799-20. TRASLADOS HORIZONTALES EN REESTRUCTURACIÓN DE JAPDEVA. 136
011166-20. LEY QUE TRANSFORMA JAPDEVA (RÉGIMEN DE PREJUBILACIÓN Y REINSERCIÓN LABORAL). 136

019817-20. LA COMUNICACIÓN DE UN NOMBRAMIENTO INTERINO, POR TELEGRAMA, NO CREA A FAVOR DEL FUNCIONARIO, DERECHOS SUBJETIVOS COMO PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDA REALIZAR UNA SEGUNDA COMUNICACIÓN, REVOCANDO LA ANTERIOR. 136

019395-20. SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN LOS REBAJOS DE SALARIO POR SUMAS GIRADAS DE MÁS A FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 136

017611-20. DESPIDO POR ENCONTRARSE EN ESTADO DE INSOLVENCIA. 136

016658-20. SUSPENSIÓN DE CESANTÍA A JUBILADOS, EN CASO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 137

011264-20. ANTE UN CASO, EN DONDE SE NEGÓ UN RECURSO EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, PORQUE ESTABA FIRMADO DIGITALMENTE, SE INDICA QUE LA AUTORIDAD NO PUEDE DESCONOCER LA FIRMA DIGITAL ASOCIADA A UN DOCUMENTO ELECTRÓNICO, QUE TIENE EL MISMO VALOR Y LA EFICACIA PROBATORIO DE SU EQUIVALENTE FIRMADO EN MANUSCRITO, SE DEBE TENER AÚN MÁS PRESENTE, ANTE LA PANDEMIA DE COVID-19, QUE EXIGE POTENCIAR EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS..... 137

003408-20. SE OBLIGA A CONTAR CON UN ACTO FINAL EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS, PREVIO ACUDIR A LA VÍA JUDICIAL..... 137

023901-20. SE REITERA QUE EL ATRASO EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES A UN FUNCIONARIO PÚBLICO, ES VIOLATORIO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, ADEMÁS QUE, MENOSCABA LA DIGNIDAD DEL FUNCIONARIO Y DE SU FAMILIA..... 137

021919-20. SE DECLARA CON LUGAR RECURSO CONTRA LA CCSS, POR NEGAR EL ASEGURAMIENTO A UNA PAREJA, POR NO TENER TRES AÑOS DE CONVIVENCIA DE HECHO. 137

022779-20. SOBRE LAS INCAPACIDADES EN EL RÉGIMEN DE SEGURO VOLUNTARIO. 137

022802-20. SOBRE EL PAGO DEL SUBSIDIO DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A MUJERES ASEGURADAS QUE HAN ESTADO MOROSAS EN EL PAGO DEL SEGURO SOCIAL. 137

012322-20. CONSULTA JUDICIAL FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR LA SALA SEGUNDA. 137

(*) Fuente: Sitio web de la Sala Constitucional: https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/boletines

SECCIÓN IV
REFERENCIAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA SOBRE ASUNTOS RELACIONADOS CON EL TEMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA* 139

Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República no son vinculantes para la Sala Segunda en su función jurisdiccional. La Ley Orgánica de la Procuraduría N° 6815 establece en su artículo 2°: *"DICTÁMENES: Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública."*

C-479-2020. MUNICIPALIDAD DE DESAMPARADOS. LEY DE FORTALECIMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR PROHIBICIÓN. TEORÍA DEL ESTADO. PATRONO ÚNICO. INADMISIBLE. CASO CONCRETO..... 141

C-475-2020. CONSULTA JAPDEVA. REORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y OPERATIVA PARA ASEGURAR SU EQUILIBRIO FINANCIERO, SU SOSTENIBILIDAD Y EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBJETIVOS. ANÁLISIS LEY 9764 "TRANSFORMA LA JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LA VERTIENTE ATLÁNTICA DE COSTA RICA (JAPDEVA)" Y SU TRANSITORIO II. FUERO SINDICAL, PERSONAS INCAPACITADAS, PREAVISO, TRASLADOS HORIZONTALES QUE SE DEN DENTRO DEL MARCO DE LA LEY 9764. 143

C-468-2020. MOVILIDAD O TRASLADO HORIZONTAL DEFINITIVO O TEMPORAL DE PLAZAS. DECRETO EJECUTIVO NO. 22317 DEL 1º DE JULIO DE 1993. RECONOCIMIENTO DE ANUALIDADES. LEY 9635. GUARDA RELACIÓN CON LOS PRUNUNCIAMIENTOS C-105-2018 DEL 21 DE MAYO DEL 2018, C-218-2020 DEL 10 DE JUNIO DE 2020, LA OJ-107-2020 DEL 20 DE JULIO DE 2020 Y C-396-2020 DEL 12 DE OCTUBRE DEL 2020. 145

C-457-2020. TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. RECONOCIMIENTO EN VÍA ADMINISTRATIVA DE INTERESES E INDEXACIÓN. DIFERENCIAS SALARIALES. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. 148

C-430-2020. FUNCIONES VICEALCALDES Y SU RETRIBUCIÓN CUANDO SUPLEN AL ALCALDE 148

C-424-2020. DIFERENCIA ENTRE JORNADA Y HORARIO. CAMBIO DE HORARIO. CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD CONSULTAS DE AUDITORES. INADMISIBILIDAD DE CONSULTA. 149

C-416-2020. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. MATRIMONIO ENTRE VARONES. HOMOPARENTALIDAD. DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. POSICIÓN CORTE INTERAMERICANA. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO. TRÁMITE REGISTRAL. IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIA ANTICIPADA A LA FILIACIÓN MATERNA. FILIACIÓN NATURAL. FILIACIÓN ADOPTIVA. 150

C-414-2020. PAGO DE CESANTÍA E IMPEDIMENTO RELATIVO DE INGRESO A PUESTOS REMUNERADOS; ART. 686 DEL CÓDIGO DE TRABAJO VIGENTE –ART. 586 INCISO B) ANTERIOR A LA REFORMA PROCESAL LABORAL-. DIPUTADOS SIN DERECHO A ANUALIDADES. RECONOCIMIENTO DE ANUALIDADES A QUIENES HAN DEJADO DE SER DIPUTADOS Y POSTERIORMENTE REINGRESAN A OCUPAR OTRO PUESTO EN EL SECTOR PÚBLICO. 150

C-409-2020. CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD CONSULTAS DE LOS AUDITORES. REMUNERACIÓN ORDINARIA. REMUNERACIÓN EXTRAORDINARIA. REMUNERACIÓN TOTAL. EL LÍMITE A LAS REMUNERACIONES TOTALES APLICA SOBRE LA REMUNERACIÓN ORDINARIA DEL FUNCIONARIO, NO SOBRE LA EXTRAORDINARIA (ARTÍCULO 42 DE LA LEY N°2166 - ADICIONADO MEDIANTE EL NUMERAL 3 DEL TÍTULO III DE LA LEY N°9635-, TRANSITORIO XXXV DE LA REFERIDA LEY N°9635). RECONOCIMIENTO DE LAS HORAS EXTRAS CRITERIOS PARA SU RECONOCIMIENTO. JORNADA EXTRAORDINARIA DEBE SIEMPRE REVESTIR UN CARÁCTER EXCEPCIONAL Y TEMPORAL. 152

C-398-2020. AJUSTE DE SALARIO MÍNIMO EN PLANILLAS.SEGURO DE RIESGOS DEL TRABAJO. 153

C-380-2020. INCIENSA. ASOCIACIONES SOLIDARISTAS. RETENCIONES SALARIALES. ARTÍCULO 174 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. ARTICULO 44 TER DE LA LEY 9859. 154

C-361-2020. PRINCIPIO DE INDEMNIDAD SALARIAL DE LA LEY N0.9635, TÍTULO III; ACTO DE NOMBRAMIENTO O INVESTIDURA DEL SERVIDOR PÚBLICO; SUPLENCIA O INTERINIDAD Y EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL; SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD; TOPES SALARIALES. 154

C-295-2020. INAMU. PERSONAS CONTRATADAS POR SERVICIOS ESPECIALES CON CONTRATOS DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA. FUNCIONARIOS REGULARES. PLAZAS FIJAS. 156

C-283-2020. ACUERDOS DE CONCILIACIÓN JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES. PROCEDE CONCILIACIÓN EXTREMOS LABORALES MTSS. RELACIÓN CON LOS ART. 456, 458 Y 459 CÓDIGO TRABAJO, 2 Y 9 LEY 7727, 39 Y 43 LEY ORGÁNICA DEL MTSS. 156

C-144-2020. SALARIO ESCOLAR. MONTO DEBE SER TOMADO EN CUENTA PARA EL CÁLCULO DE LAS PRESTACIONES LEGALES Y SALARIO PROMEDIO DE LOS ÚLTIMOS SEIS MESES. JUBILADOS..... 157

C-141-2020. LAS CUENTAS INDIVIDUALES DE LOS FONDOS DE CAPITALIZACIÓN LABORAL Y DE PENSIONES OBLIGATORIAS CREADOS EN LA LEY N° 7983 SON INEMBARGABLES..... 157

C-086-2020. PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO POR ACOSO U HOSTIGAMIENTO SEXUAL, LEY CONTRA HOSTIGAMIENTO O ACOSO SEXUAL EN EL EMPLEO Y LA DOCENCIA –ART. 18-, REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA EN CONTRA DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL –ART. 13-. DATOS PERSONALES DE ACCESO RESTRINGIDO Y DATOS SENSIBLES. SOLICITUDES DE INFORMACIÓN. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS POSTERIOR A LA FIRMEZA DEL PROCEDIMIENTO: RESTRICCIONES Y ALCANCES DEL MANEJO DE DATOS DE LAS PARTES QUE INTERVINIERON EN LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, A LA LUZ DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA FRENTE A L TRATAMIENTO DE SUS DATOS PERSONALES. 158

C-078-2020. MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. SALARIO MÍNIMO INEMBARGABLE. LÍMITE DE DEDUCCIONES SALARIALES. ARTÍCULOS 172 Y 174 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. CRÉDITOS..... 160

(*) Fuente: Sistema Costarricense de Información Jurídica: http://www.pgrweb.go.cr/scij

ANEXO 161

PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE DOCTRINA..... 163

EDITORIAL

Este año, particularmente marcado por la pandemia del Covid-19, gracias a los medios tecnológicos y al esfuerzo de cada una de las personas que brindó su aporte, hemos logrado editar la Revista n° 18 de la Sala Segunda, abriendo espacios de análisis en temas de su competencia.

La presente edición contiene artículos científicos de interés, como el del Lic. Alejandro Godínez, denominado "EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR PÉRDIDA DE CONFIANZA: GRAVEDAD Y CULPABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO". El autor parte de un estudio jurisprudencial, por medio del cual analiza "algunas de las circunstancias asociadas al trabajador y al incumplimiento que son determinantes" para "precisar si la falta reúne la gravedad y culpabilidad necesarias para justificar la aplicación del despido disciplinario por pérdida de confianza".

Otro artículo es el de la Máster Flora Marcela Allón, quien trata sobre "EL PROCESO DE PROTECCIÓN DE FUEROS ESPECIALES Y TUTELA DEL DEBIDO PROCESO", con particular mención a la jurisprudencia de la Sala Segunda, dictada, como ella misma lo indica, a poco más de dos años de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral. Esta investigación da un valor agregado a la normativa que regula el tema.

Los autores: Máster Mauricio Castro, Licda. Karen Carvajal y Sr. Esteban Chacón, nos presentan la segunda parte de su artículo denominado HACIA UNA TIPOLOGÍA DE RELACIONES DE TRABAJO, publicado en la edición n° 17 de esta Revista. En esta ocasión, se enfocan en las relaciones que no pueden ser ubicadas con certeza (a partir de la ley y la jurisprudencia) en alguno de los tipos de relaciones de trabajo que ellos han distinguido según la prestación de servicios, y que, por lo tanto, clasifican como zonas grises simples y complejas.

También sobresalen los ensayos de diferentes autores, como el denominado INSTRUMENTALIDAD Y CONTEXTUALIZACIÓN: LOS DOS TEST INDISPENSABLES EN LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, del Msc. Diego Benavides Santos. El autor señala que, a partir de la aprobación del Código Procesal de Familia, se adquiere otra dimensión de esta materia, en la cual, es fundamental mantener el examen de aspectos como el de instrumentalidad y el de contextualización en la jurisprudencia y la doctrina del derecho procesal de familia.

PROTESTA Y DERECHOS HUMANOS: LÍMITE EN EL DESARROLLO DEL MOVIMIENTO Y NUEVAS MODALIDADES DE PROTESTA A LA LUZ DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL TRABAJO, es el título del ensayo que nos ofrece el M.Sc. Francisco José Quesada, quien analiza la normativa sobre "Derechos Humanos convencionales y su aplicación en el campo de la protesta o movimiento huelguístico", incluyendo el tema de "la protesta cibernética a la luz de las nuevas tendencias del teletrabajo".

Otro ensayo es el del Máster Gerardo Antonio Blanco, denominado EL DEVENIR JURÍDICO FAMILIAR: LA INVESTIGACIÓN E IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD Y LA RELATIVIZACIÓN DEL "*MARTER SEMPER CERTA EST*". Su intención es traer a "discusión sana, profunda y provechosa", temas reales del "devenir jurídico familiar" que, en su opinión, "todavía no tienen una solución clara". Se refiere a los Derechos humanos y los efectos expansivos y evolutivos; el derecho a la no discriminación con énfasis en las relaciones estables entre personas del mismo sexo; obligatoriedad del Protocolo de San Salvador y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el principio de legalidad vs la convencionalidad; el derecho de saber quiénes son sus padres; la investigación e impugnación de paternidad; la posible aplicación de la investigación e impugnación de maternidad.

¿EXISTE EN COSTA RICA UN CAMBIO EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN EL CAMPO DE LOS RIESGOS DE TRABAJO? UNA HIPÓTESIS AL AMPARO DE LA MODIFICACIÓN A LOS NUMERALES 303 Y 538 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. Este es el tema que nos aporta el Msc. Jorge Olaso, quien realiza

Volver al índice

un “análisis crítico sobre el tratamiento jurisprudencial del resarcimiento de daños y perjuicios derivados de los riesgos de trabajo”, partiendo de “diversos pronunciamientos de la Sala Segunda de la Corte” (tanto los dictados con anterioridad a la Ley n° 9343, Reforma Procesal Laboral, como los “cambios normativos introducidos por este texto legal”). También se refiere a “las particularidades y relevancia del voto n.° 10910-17 de la Sala Constitucional” sobre el tema de estudio. El autor considera que con la nueva normativa podría darse un replanteamiento sobre esta temática.

Otro tema de actualidad es la VIOLENCIA DE GÉNERO Y COVID-19. DEBERES DEL ESTADO COSTARRICENSE FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. Este es, precisamente, el título del ensayo cuya autoría corresponde a la Licda. Susana Salazar, quien analiza, según sus propias palabras, “el fenómeno de la violencia de género en Costa Rica, en el contexto de la pandemia por el COVID-19 y los deberes del Estado ante el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.” Esta obra enlaza el tema desde el punto de vista sociológico como contexto para realizar el analizar jurídico, y nos deja varias enseñanzas.

También presentamos el ensayo denominado ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ÉTICA JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA, de los autores: Máster Nain Isaac Monge y Dr. José Manuel Arroyo. Ellos tratan el tema desde el punto de vista del “ejercicio profesional”, con enfoque en la ética de las personas juzgadoras y “sus repercusiones en la gestión de calidad a lo interno de la administración de justicia”. Mencionan la necesidad de mejorar el servicio que se brinda a las personas usuarias del sistema judicial y la importancia de romper con el esquema del juez y la jueza rígidos(as). Dentro de este contexto, resaltan la necesidad de visibilizar las barreras que impiden o dificultan el acceso a la justicia y el deber de prestar más atención a las necesidades que presentan las personas ante este sistema.

En la segunda sección de la Revista podrán encontrar algunos votos del año 2020, de la Sala Segunda, los cuales se han considerado relevantes para ser publicados por este medio.

La tercera sección contiene referencias de la Sala Constitucional que, de alguna manera, se relacionan con temas que están dentro de la competencia de la Sala Segunda y pueden resultar de interés.

En la sección número cuatro se presentan algunas referencias de La Procuraduría General de la República sobre asuntos relacionados con el tema de la función pública.

El último apartado ofrece, como anexo, los parámetros de calificación de artículos utilizados por el Consejo Editorial, con el fin de realizar la escogencia de los que van a ser publicados.

Estimados lectores, esperamos que esta edición n° 18 sea de mucha utilidad para ustedes. Reiteramos nuestra invitación a participar en la Revista, enviando sus artículos de doctrina y ensayos al correo electrónico del Centro de Jurisprudencia: s2-informacion@poder-judicial.go.cr

Magistrada
Julia Varela Araya
Directora de la Revista de la Sala Segunda

SECCIÓN I

ARTÍCULOS

Volver al índice

EL DESPIDO DISCIPLINARIO POR PÉRDIDA DE CONFIANZA: GRAVEDAD Y CULPABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO

Alejandro Godínez Tobón(*)

Sumario

1. La buena fe como un principio connatural a la relación de trabajo
2. La pérdida de confianza como causal de despido disciplinario
3. Elementos que deben considerarse en la aplicación del despido disciplinario
a. Circunstancias que pueden incidir en la valoración de la gravedad y culpabilidad del incumplimiento
i. Puesto de trabajo y jerarquía
ii. Existencia de sanciones previas
iii. Intrascendencia del perjuicio efectivo o económico
iv. Antigüedad

Resumen

La pérdida de confianza no se encuentra explícitamente regulada en el Código de Trabajo como una justa causa que faculta al patrono a la aplicación del despido disciplinario. Por lo tanto, ha sido la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia quien ha reconocido y desarrollado esta causal de despido. A partir del estudio jurisprudencial se expondrán algunas de las circunstancias asociadas al trabajador y al incumplimiento que son determinantes para precisar si la falta reúne la gravedad y culpabilidad necesarias para justificar la aplicación del despido disciplinario por pérdida de confianza.

1. La buena fe como un principio connatural a la relación de trabajo

Inicialmente, debe de establecerse que la buena fe es un principio rector tanto en el Derecho de Trabajo como en el Derecho de obligaciones[1]. El artículo 21 del Código Civil como el artículo 19 del Código de Trabajo, estipulan la exigencia de que los derechos y obligaciones que se generen de un vínculo jurídico como lo es el contrato de trabajo sean ejercidos por las partes en concordancia con la buena fe.

La doctrina y la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia recuerdan que la importancia de que las partes de la relación laboral adecuen sus comportamientos a las exigencias de la buena fe, se deriva de la naturaleza personal de la prestación y la aspiración de continuidad en el tiempo del vínculo laboral[2]. En este sentido, se ha establecido la exigencia de que las condiciones personales que el empleador valoró y que incidieron al momento de la contratación del trabajador permanezcan a lo largo del desarrollo de la relación de trabajo[3].

La buena fe hace referencia a un deber de conducta asociado a las ideas y valores imperantes de una sociedad en un determinado momento histórico[4]. No obstante, la buena fe es un concepto jurídico indeterminado por lo que existe una dificultad práctica para concretizar su contenido y para determinar cómo y cuándo este principio debe

(*) Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica.

1 Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 39a ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018, 323.

2 Plá Rodríguez, Américo, *Los Principios del Derecho de Trabajo*, 3a ed., Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1998, 393-394. En este mismo sentido, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No.1998-00158, de las quince horas diez minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho.

3 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2003-00159, de las nueve horas treinta minutos del primero de abril de dos mil tres.

4 Mangarelli, Cristina, "La buena fe en el derecho del trabajo", *Derecho Laboral,* Montevideo, Nº 234, abril-junio 2009, 323.

Volver al índice

ser aplicado[5]. Por lo que es el juez quien ante un determinado caso concreto debe de determinar su contenido y precisar si las actuaciones del trabajador y el empleador fueron acordes a dicho principio[6].

Para Mangarelli, la buena fe consiste en actuar con apego a los valores de sinceridad, honestidad, lealtad y confianza recíproca[7]. En este mismo sentido, Conde Marín ha concluido que la buena fe contractual se refleja en el apego de la conducta a la honorabilidad, probidad, confianza y lealtad[8]. Por otro lado, Montoya Melgar ha señalado que la buena fe significa "esencialmente fidelidad y compromiso de cooperación"[9].

Desde otra perspectiva, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justica ha señalado que la buena fe exige un apego por parte del empleador y del trabajador a los criterios de rectitud, honradez, confianza, lealtad y buen proceder[10]. Así mismo, la aplicación de este principio a la relación laboral implica que ambas partes deben de mantener "una conducta responsable, íntegra, leal, fiel, en fin, ética, tanto en el desarrollo de sus tareas como en todo lo relacionado con ellas"[11].

Por otro lado, se ha reiterado que la buena fe encuentra cabida dentro del contenido ético-moral del contrato de trabajo, lo cual implica que la relación de trabajo no se debe de concebir únicamente como un vínculo de carácter patrimonial[12] sino que para la supervivencia del vínculo es necesario que prevalezca entre ambas partes contractuales el deber de la buena fe y la lealtad[13].

2. La pérdida de confianza como causal de despido disciplinario

La pérdida de confianza es una causal atípica, ya que no se encuentra expresamente prevista dentro del artículo 81 del Código de Trabajo como una de las justas causas que facultan al empleador a dar por terminado sin responsabilidad el contrato de trabajo.[14] Por lo tanto, ha sido la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia quien ha reconocido y desarrollado la pérdida de confianza como causal que amerita la aplicación del despido disciplinario.

De acuerdo a la posición de la Sala Segunda la pérdida de confianza como causal de despido disciplinario se deriva de incumplimientos que transgredan el contenido "ético" o "ético-moral" del contrato de trabajo el cual encuentra fundamento en el art.19 del Código de Trabajo y está compuesto entre otros por los deberes de "la lealtad, la fidelidad, la confianza, la buena fe y la probidad"[15]

5 Gil Alburquerque, Román, "La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada", en Gil y Gil, José Luis y del Valle, José Manuel (coords.), El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Madrid, Ediciones Cinca, 2009, 151.

6 Ibid.

7 Mangarelli, Cristina, op. cit., 322.

8 Conde Marín, Emilia, *La buena fe en el contrato de trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Madrid, Wolters Kluwer, 2007, 288.

9 Montoya Melgar, Alfredo, Derecho del Trabajo, cit., 324.

10 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2004-00334, de las nueve horas treinta minutos del siete de mayo del dos mil cuatro.

11 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1998-00158, de las quince horas diez minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho.

12 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2002-00061, de las diez horas diez minutos del veinte de febrero del año dos mil dos.

13 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2017-000199, de las diez horas cincuenta y cinco minutos del quince de febrero de dos mil diecisiete.

14 Pese al vacío normativo existente y ante la obligación que tiene el patrono de encuadrar la falta que se le imputa al trabajador dentro de una causal legal que justifique su despido, en la práctica, al momento de fundamentar el despido sin responsabilidad patronal por pérdida de confianza, se hace alusión en la carta de despido a que la decisión patronal se fundamenta en el inciso l) del artículo 81 del Código de Trabajo.

15 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2002-00061, de las diez horas diez minutos del veinte de febrero del año dos mil dos.

por lo que "cualquier infracción de alguno de esos deberes éticos da lugar, razonablemente, a un grave quebranto de la confianza y, con ello, a la pérdida de la plataforma fundamental de la relación de trabajo, que presupone, entre otras cosas, un elevado grado de solidaridad y de identificación con los intereses de la contraparte".[16] Esta posición también se apoya en las numerosas sentencias de la Sala Segunda que establecen que la pérdida de confianza se puede derivar de incumplimientos que hayan trasgredido el deber de lealtad y de fidelidad o inclusive los deberes de diligencia y colaboración.[17]

Independientemente si la buena fe se encuentra subsumida o no dentro del contenido ético moral del contrato de trabajo, la pérdida de confianza también podría ser considerada como una causal de despido que se fundamenta en una trasgresión a la buena fe contractual. En relación con esta concepción, la Sala Segunda ha establecido que "tradicionalmente se ha concebido la pérdida de confianza como causal de despido que implica una vulneración al principio de buena fe, con la que se espera que las partes ejecuten sus respectivas obligaciones. Es con base en esa confianza que el patrono enseña a sus trabajadores los secretos propios para la producción de los bienes o de los servicios a los que dedica su actividad empresarial; le permite el ingreso y la salida de las instalaciones de trabajo; el acceso y el uso de los instrumentos de trabajo, etc. Por ello, ese supuesto fundamental de la buena fe, se estima violado cuando las partes incurren en acciones u omisiones que objetivamente afectan la confianza del patrono o del trabajador".[18] Este tratamiento ha sido el acogido por el ordenamiento jurídico español, cuyo Estatuto de los Trabajadores contempla como causal de despido disciplinario la trasgresión a la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

A partir de lo anterior, es posible determinar que la pérdida de confianza no necesariamente se deriva de incumplimientos que hayan trasgredido exclusivamente la confianza depositada por el empleador en el trabajador. Por consiguiente, la pérdida de confianza como causal de despido disciplinario se deriva de incumplimientos que imposibiliten la continuación del vínculo laboral debido a la ruptura del contenido ético-moral del contrato de trabajo que está delimitado, entre otros, por la buena fe, la confianza, la fidelidad, la lealtad, la diligencia y la colaboración.

De otro lado, que la pérdida de confianza se fundamente en una transgresión al contenido ético-moral del contrato de trabajo o a la buena fe contractual implica que dicha causal no es exclusiva de un único tipo de falta, sino que se puede derivar como consecuencia de uno o varios supuestos de incumplimiento atribuibles al trabajador. Por consiguiente, existe una imposibilidad práctica para determinar a priori todos los incumplimientos que pueden ocasionar una pérdida de confianza. Montoya Melgar en este sentido ha concluido que fijar "un catálogo exhaustivo de los conceptos deberes que atañen al respeto a la confianza sería un propósito de difícil cumplimiento, dadas las cláusulas generales que rigen en la materia".[19]

Pese a que la casuística de incumplimientos que pueden ameritar la aplicación del despido por pérdida de confianza es muy amplia y diversa, de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Segunda algunos supuestos de incumplimiento concretos que ameritan la aplicación del despido disciplinario por esta causal son los siguientes: competencia o

16 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1998-00158, de las quince horas diez minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho.

17 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2016-000588, de las diez horas veinte minutos del diez de junio de dos mil dieciséis y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2008-000569, de las nueve horas cincuenta minutos del dieciséis de julio del dos mil ocho.

18 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2003-000412, a las once horas del ocho de agosto de dos mil tres.

19 Montoya Melgar, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo. Discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, 59.

concurrencia desleal,[20] apropiaciones indebidas de dinero o bienes,[21] la negligencia en el desempeño de funciones,[22] falsificaciones o alteración de documentos,[23] el abuso de confianza y ruptura del deber de fidelidad,[24] la divulgación de información confidencial y la aceptación de dádivas o sobornos.[25]

3. Algunos elementos que deben de considerarse en la aplicación del despido disciplinario

No toda transgresión a la buena fe contractual amerita la aplicación del despido disciplinario por pérdida de confianza, sino que para que sea legítima la aplicación de dicha sanción es necesario que el incumplimiento sea de carácter grave y culpable.[26] Por consiguiente, es el empleador quien primero debe valorar en cada caso si la falta atribuible al trabajador ostenta la gravedad y la culpabilidad suficientes para ameritar la aplicación de la máxima sanción disciplinaria. Posteriormente, es el juez de trabajo quien debe valorar si la medida disciplinaria impuesta por el patrono en el caso concreto fue proporcional o no al incumplimiento atribuido al trabajador.

En cuanto a la gravedad del incumplimiento, se ha señalado que la trascendencia o intensidad que debe de ostentar el incumplimiento que produce la desconfianza del empleador en el trabajador debe ser de tal envergadura que este debe "imposibilitar la continuación normal de la relación laboral".[27] En este mismo sentido, la Sala Segunda ha descrito la sensación de desconfianza que debe generar el incumplimiento del trabajador, al establecer que se necesita "una situación fáctica que, razonablemente, lleva a desconfiar del servidor o de la servidora, como persona idónea para atender los intereses de la parte empleadora".[28]

En cuanto a la culpabilidad del incumplimiento, la falta que ocasiona la pérdida de confianza debe de ser individualizada y atribuible al trabajador. En unos casos puede ser a título de dolo, ante una actuación intencional de cometer un daño[29]; en otros, incluso a título de culpa, ocasionada por una negligencia inexcusable o falta al deber de cuidado en las labores del trabajador.[30]

La Sala Segunda ha consolidado el criterio de que en materia sancionatoria laboral es plenamente aplicable el principio de proporcionalidad, el cual alude al necesario balance que debe existir entre los hechos que constituyen la falta y la sanción

20 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2014-001070, de las diez horas del treinta y uno de octubre de dos mil catorce.

21 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2015-000601, de las nueve horas veinticinco minutos del cinco de junio de dos mil quince.

22 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2008-000190, de las nueve horas treinta y cinco minutos del cinco de marzo del dos mil ocho.

23 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2016-000440, de las nueve horas treinta y cinco minutos del once de mayo de dos mil dieciséis.

24 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1996-00311, de las catorce horas treinta minutos del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y seis.

25 Las faltas de divulgación de información confidencial, desleal y aceptación de dadivas o sobornos se extraen del voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2002-00061, de las diez horas diez minutos del veinte de febrero del año dos mil dos.

26 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2018-000539, de las diez horas diez minutos del veintidós de marzo de dos mil dieciocho.

27 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2008-000569, de las nueve horas cincuenta minutos del dieciséis de julio del dos mil ocho.

28 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2011-000373, de las nueve horas cincuenta minutos del cuatro de mayo de dos mil once.

29 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2015-001164, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de octubre de dos mil quince.

30 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2005-00201, de las nueve horas cuarenta minutos del quince de marzo de dos mil cinco.

que se pretende imponer.[31] En este mismo sentido, la teoría gradualista ha sido acogida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia para la valoración de incumplimientos que generan la pérdida de confianza. De acuerdo a esta posición la aplicación del despido disciplinario debería ser de carácter restrictivo y se debería reservar únicamente la sanción máxima para los incumplimientos de los cuales se puede generar una pérdida de confianza que por sus cuotas de gravedad y culpabilidad imposibiliten la continuación del vínculo laboral. No obstante, únicamente es posible analizar la proporcionalidad de la sanción mediante un análisis individualizado del comportamiento, evaluando con especial consideración las circunstancias asociadas al incumplimiento y al autor.[32]

Por otro lado, existen supuestos especiales de incumplimiento que generan la pérdida de confianza, en los cuales la Sala Segunda parece desaplicar, con ciertos matices, la teoría gradualista. Dicha posición se suele aplicar ante casos que versan sobre sustracciones injustificadas de dinero o de bienes, en ellos se considera la falta como inherentemente grave y capaz de ocasionar la pérdida de confianza por sí misma.[33]

En dicho supuesto no son consideradas como circunstancias atenuantes del incumplimiento “si hubo o no una lesión patrimonial, si ésta fue o no importante, o si se produjo o no otro tipo de daño para la empleadora”,[34] la presunta necesidad o causa de sustracción,[35] si medió negligencia del superior del trabajador en el incumplimiento puesto que la responsabilidad es individualizada[36] o que se haya repuesto lo sustraído.[37] No tomar en cuenta dichas atenuantes denota que el reproche en estos supuestos de incumplimiento recaen principalmente en el comportamiento, el cual lesiona la confianza y hace que la relación laboral se haga insostenible. Por lo tanto, a menos de que concurra una circunstancia extraordinaria de suma trascendencia que justifique la apropiación del trabajador, como que haya mediado una autorización por parte de su jefe o empleador, no se suele establecer graduaciones en cuanto a la sanción del incumplimiento.[38]

a. Circunstancias que pueden incidir en la valoración de la gravedad y culpabilidad del incumplimiento

Como previamente fue mencionado, la valoración de las circunstancias concurrentes asociadas al trabajador y al incumplimiento resulta elemental para determinar si la conducta ostenta la gravedad y culpabilidad necesaria para aplicar el despido

31 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2007-000402, de las nueve horas del cuatro de julio del dos mil siete.

32 Luján Alcaraz, José, “Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido”, en Gárate Castro, Javier (coord.), Cuestiones Actuales sobre el Despido Disciplinario: Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997,25.

33 Dicha apreciación se denota en la siguiente sentencia: “Dicha prueba es clara en el sentido de que el demandante asintió haber tomado el dinero para asuntos personales, con lo cual, quedó más que demostrada la comisión de la irregularidad atribuida. Además, tales testimonios son claros, precisos y concordantes en cuanto a la admisión de un hecho contrario a la confianza del empleador al disponer de un monto sin la debida autorización. Esta falta, entonces, reviste la gravedad suficiente para estimar que la parte demandada haya perdido objetivamente la confianza en él, de ahí que el despido sin responsabilidad patronal devenga procedente.” Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2015-000601, de las nueve horas veinticinco minutos del cinco de junio de dos mil quince.

34 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2011-000373, de las nueve horas cincuenta minutos del cuatro de mayo de dos mil once.

35 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2015-000601, de las nueve horas veinticinco minutos del cinco de junio de dos mil quince.

36 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1998-00194, de las nueve horas treinta minutos del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y ocho.

37 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2002-00601, de las ocho horas treinta minutos del seis de diciembre de dos mil dos.

38 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2014-000130, de las ocho horas treinta minutos del doce de febrero de dos mil catorce.

disciplinario por pérdida de confianza.[39] Debido a que existe una casuística tan amplia, se analizarán las más reincidentes citadas por la jurisprudencia.

i. Puesto de trabajo y jerarquía

La jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que la jerarquía y el puesto que desempeñe el trabajador en la empresa inciden en que el empleador pueda exigir un mayor apego por parte de este, en sus actuaciones y comportamiento, al deber de confianza y la buena fe contractual[40].

Haciendo referencia a la fidelidad, que es uno de los diversos componentes de la buena fe contractual, la Sala ha concluido que: "Es importante señalar, además, que el contenido de dicho deber es mayor según sea la posición que ocupa el trabajador en la empresa, pues se entiende que a niveles de mayor jerarquía hay más obligación de informar dada la posición que ocupa dentro de la empresa. Esto no implica, claro está, que el mismo desaparece si el puesto es de menor categoría [...]; este siempre existirá, pero en diferente gradación. Por ello, la naturaleza de los servicios prestados, así como el vínculo de confianza que deposita el empleador, influyen sobre la exigencia de colaboración y de consideración, en cuanto a los aspectos que encierra ese insoslayable deber de fidelidad."[41]

Así mismo, la Sala Segunda ha sido muy clara al establecer que para determinar la pérdida de confianza es necesario examinar la conducta imputada *"en íntima relación y necesaria conexión, con la índole de las labores que le hayan sido encomendadas (ver, en tal sentido, el Voto número 353, de las 10:40 horas, del 5 de abril del 2000)."*[42]

Por consiguiente, cuanto mayor sea la jerarquía y las obligaciones que conlleva el puesto desempeñado por el trabajador, el incumplimiento deberá ser valorado con mayor rigurosidad, como sucede con los trabajadores que ocupan puestos de confianza quienes deben "una actuación en el desempeño del cargo, especialmente, nítida y cristalina, resistente a cualquier evaluación severa".[43] Por consiguiente, los incumplimientos realizados por los trabajadores de confianza deben de ser analizados con mayor rigurosidad debido a las características de su puesto de trabajo y la alta jerarquía e injerencia que suelen ostentar en la empresa[44], como sucede con un gerente, la jefatura de un departamento o un administrador de un establecimiento, cuyas decisiones pueden "tener poder de decisión en la vida o en la actividad de la empresa".[45]

La justificación de un tratamiento diferenciado en la valoración de los incumplimientos de este tipo de trabajadores se fundamenta en las labores que llevan a cabo y la naturaleza personal de la relación

39 Esta exigencia ha sido acogida por la Sala Segunda, al establecer que para determinar la gravedad y la culpabilidad del incumplimiento que genera la aplicación del despido disciplinario es necesario "que exista una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona, y la sanción". Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2018-000539, de las diez horas diez minutos del veintidós de marzo de dos mil dieciocho.

40 Dicho análisis se evidencia en el siguiente extracto: "Así las cosas, al haberse demostrado que el actor cometió las faltas de abuso u hostigamiento sexual contra sus subalternas (piropos, tocamientos, lanzamientos de besos y miradas inapropiadas a las subalternas); infringió el Código de Ética de la empresa al otorgar préstamos a empleadas de la compañía sin seguir los procedimientos, sin que cumplieran los requisitos establecidos al efecto e infringiendo los límites presupuestarios establecidos; y utilizó equipo y personal de la empresa, en horas laborales, para atender su finca personal en Honduras; no le queda la menor duda a esta Sala que efectivamente incumplió sus deberes de buena fe y lealtad al empleador que le eran exigibles, con mucho mayor rigor, por ocupar un puesto de altísimo nivel en la empresa, el de [...], lo que generó la pérdida objetiva de confianza que motivó su despido sin responsabilidad patronal." Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2016-00856, a las once horas cuarenta minutos del diez de agosto de dos mil dieciséis.

41 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2014-001070, de las diez horas del treinta y uno de octubre de dos mil catorce.

42 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2002-00601, de las ocho horas treinta minutos del seis de diciembre de dos mil dos.

43 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1995-00231, de las diez horas del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y cinco.

44 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1993-00140, de las ocho horas treinta minutos del ocho de julio de mil novecientos noventa y tres.

45 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2017-00620, de las diez horas diez minutos del doce de mayo de dos mil diecisiete.

de trabajo que los hace acreedores especiales de la confianza del patrono.

Este es el supuesto también de quienes, pese a no ocupar puestos de confianza, se les atribuye una responsabilidad superior en sus comportamientos, como son los trabajadores que ocupan posiciones en las que se manipula dinero.

La Sala Segunda ha reconocido esa exigencia de un comportamiento íntegro y de mayor responsabilidad a los cajeros, "dado que su actividad le exigía manejar dinero y valores pertenecientes a la empleadora, su comportamiento debió haber sido puntual, riguroso y transparente"[46], lo que también es aplicable a otros puestos de trabajo en los cuales se manipule dinero o se administren fondos económicos, como lo podría ser el empleado responsable de registrar préstamos.[47]

ii. Existencia de sanciones previas

Dependiendo del caso, la existencia de sanciones previas puede tener una trascendencia en la determinación de la gravedad o culpabilidad del incumplimiento que fundamenta el despido disciplinario por pérdida de confianza. Pese a lo anterior, para que se configure el despido disciplinario por pérdida de confianza no es necesario que exista la reincidencia de comportamientos, sino que es posible que una única falta ostente la necesaria gravedad y culpabilidad que amerite la máxima sanción disciplinaria.

La existencia de sanciones previas funge como agravante cuando el trabajador haya sido previamente sancionado por incumplimientos de la misma naturaleza al que amerita la aplicación del despido disciplinario por pérdida de confianza.[48] El reproche en dicho caso deriva de la reincidencia del trabajador, ya que pudiendo conducirse de una manera distinta y teniendo conocimiento sobre el incumplimiento que está llevando a cabo, reincide con una conducta similar. Por otro lado, puede resultar intrascendente la valoración de las sanciones previas cuando el trabajador haya sido previamente sancionado por otras conductas que no tengan una relación directa con el incumplimiento que ocasiona la pérdida de confianza.

iii. Intrascendencia del perjuicio efectivo o económico

El incumplimiento que ocasiona la pérdida de confianza no necesariamente debe de haber causado un perjuicio efectivo para que se justifique la aplicación del despido disciplinario. De acuerdo a la posición de la Sala Segunda, en este causal de despido "resulta intrascendente que la conducta del trabajador haya generado un daño efectivo, si se demuestra que su actitud puso o pone en riesgo los intereses patronales".[49] A diferencia de otras causales de despido disciplinario, la pérdida de confianza "apunta más a que se den circunstancias que generen un peligro potencial para el empleador".[50]

Por otro lado, la cuantía del perjuicio económico causado por el incumplimiento no es un elemento relevante para que se configure la aplicación del despido disciplinario por pérdida de confianza. Se ha considerado como justificado el despido disciplinario por pérdida de confianza de un guarda de seguridad de una farmacia, quien se apropió de dos monedas de quinientos colones del bolso de una trabajadora que se encontraba custodiando

46 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2003-00159, de las nueve horas treinta minutos del primero de abril de dos mil tres.

47 Se ha considerado como justificado el despido sin responsabilidad patronal por pérdida de confianza de un empleado que registra préstamos a su nombre de manera irregular en el voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2016-001286, de las diez horas del veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis.

48 Dicha apreciación se contiene en las siguientes sentencias: Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2013-001283, de las diez horas cinco minutos del ocho de noviembre de dos mil trece, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2018-001056, de las diez horas del veinte ocho de junio de dos mil dieciocho y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2011-000373, de las nueve horas cincuenta minutos del cuatro de mayo de dos mil once.

49 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2016-000588, de las diez horas veinte minutos del diez de junio de dos mil dieciséis.

50 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2002-00601, de las ocho horas treinta minutos del seis de diciembre de dos mil dos.

mientras ella laboraba.[51] En dicho caso, también se consideró como agravante de la conducta del trabajador la incompatibilidad de la falta con las labores de vigilancia y seguridad que debía realizar el trabajador y que su accionar puso en riesgo el contrato de servicios que el empleador del trabajador tenía con la empresa cliente. Lo anterior denota que por más ínfima que sea la suma de lo sustraído es posible que se genere la pérdida de confianza, ya que el reproche de la falta recae en el comportamiento llevado a cabo.

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad de que aun cuando la falta en la que se fundamenta el despido disciplinario del trabajador no haya causado del todo un perjuicio económico, basta que la conducta llevada a cabo tuviera la intención de trasgredir o defraudar la confianza depositada por el empleador en el trabajador. Por consiguiente, "con solo que se haya intentado hacerlo, es suficiente para sembrar desconfianza y, por ende, se configura la causal de pérdida de confianza, por lo que el despido deviene en justificado".[52] En este mismo sentido, se declaró como justificado el despido de un trabajador que llevó a cabo actividades concurrentes que si bien no llegaron a materializarse completamente y de las cuales no obtuvo un beneficio económico, se consideró que bastaron para que el empleador perdiera la confianza.

Pese a lo anterior, existen votos salvados por parte de algunos magistrados de la Sala Segunda en los cuales se ha considerado como desproporcionado el despido disciplinario por pérdida de confianza en virtud del bajo perjuicio económico causado por parte del incumplimiento atribuido al trabajador.[53]

iv. Antigüedad

La antigüedad del trabajador no es una circunstancia que haya sido ampliamente desarrollada o tomada en cuenta para la valoración de la gravedad y la culpabilidad en el incumplimiento del trabajador. El criterio predominante en la jurisprudencia es que la antigüedad del trabajador no es un elemento que deba de considerarse para agravar o atenuar el incumplimiento del trabajador que ocasiona una pérdida de confianza[54].

Sin embargo, existe alguna controversia generada a partir de la existencia de fallos jurisprudenciales contradictorios. En alguna oportunidad, la Sala Segunda, determinó que el despido sin responsabilidad patronal impuesto resultaba desproporcionado, al considerar como atenuante del incumplimiento cometido por el trabajador, su antigüedad y la inexistencia de incumplimientos precedentes: "consta en autos que el demandante tenía 30 años y 8 meses de laborar para la accionada y que durante ese tiempo no se le hizo una sola amonestación por mal comportamiento o falta alguna, por lo cual se considera que el despido sin responsabilidad patronal sustentado en aquellas llegadas tardías, es a todas luces desproporcionado y violatorio del principio de buena fe que rige las relaciones laborales; sobre todo porque del recurso de apelación y la testimonial evacuada se infiere, que entre el jefe y los dos coordinadores existía el acuerdo de que alguno podría ausentarse, avisando de su ausencia al otro coordinador y que el demandante cumplió con dar

51 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2008-000211, de las nueve horas quince minutos del siete de marzo del dos mil ocho.

52 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2006-00902, a las diez horas diez minutos del veintisiete de setiembre del dos mil seis.

53 El voto salvado de los magistrados Aguirre Gómez y Fernández Silva se fundamentó en lo siguiente: "Los infrascritos juzgadores estimamos que la sanción impuesta a la trabajadora, resultó desproporcionada al hecho por ella cometido. En efecto, véase que se le despidió por la utilización de un tiquete adulterado, con el cual se subsidiaba la compra de alimentos, que en este caso se trató de la compra de "unos jugos", de poco valor; siendo que, en todo caso, el valor máximo del tiquete, lo era la suma de seiscientos colones. Se estima que, aunque es cierto que el uso que la actora pretendió darle al documento, constituyó una falta; ésta no revestía el carácter de grave, indispensable para que fuera sancionada, también, duramente". Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1998-00228, de las diez horas veinte minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

54 En este sentido, la Sala Segunda ha establecido que es "irrelevante la cantidad de años que el accionante tenía laborando en la empresa y que su record [sic] fuera intachable. En efecto, de manera reiterada se ha indicado que las condiciones personales que se valoran en un determinado trabajador para ser contratado, así como la transparencia en el ejercicio de las funciones conexas o directamente relacionadas con el servicio prestado, por su naturaleza de *"intuitu personae"*, deben mantenerse a lo largo de toda la relación." Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2015-000601, de las nueve horas veinticinco minutos del cinco de junio de dos mil quince.

ese aviso a su compañero…, a quien le informó que iba a llegar tarde."[55]

Sin embargo, en otro caso fue considerada como un elemento agravante de la falta, al señalar que cuanto mayor sea la longevidad del vínculo laboral, más confianza en sus comportamientos se le puede demandar al trabajador. Lo anterior se denota en el siguiente extracto: "Al tratarse de una empleada con bastante tiempo de prestar sus servicios, es natural suponer que la confianza depositada en ella era mayor y le era exigible, a raíz de lo sucedido, el que fuese diligente y cuidadosa. Así las cosas, se puede concluir, con meridiana claridad, que existen, efectivamente, indicios claros y precisos que, ante la alteración de su tiquete de subsidio de alimentos, muestran, de parte de la señora…, un comportamiento contrario a la buena fe para con su patrona, que, al margen del perjuicio económico causado, conlleva una grave vulneración de la paz, la confianza y la corrección que deben mantenerse y conservarse en las relaciones obrero-patronales."[56]

Pese a la discrepancia, la antigüedad del trabajador si podría ostentar cierta relevancia al momento de valorar faltas en las cuales los conocimientos adquiridos (por ejemplo, normativa, procedimiento, información interna), a través de la longevidad del vínculo laboral, resultan inexcusables para justificar la comisión del incumplimiento laboral.[57]

Bibliografía

Libros y artículos de revista:

- CONDE MARÍN, Emilia, *La buena fe en el contrato de trabajo: Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Madrid, Wolters Kluwer, 2007, 288.

- GIL ALBUQUERQUE, Román, "La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido disciplinario: una figura tan necesaria como jurídicamente arriesgada", en Gil y Gil, José Luis y del Valle, José Manuel (coords.), El despido disciplinario: Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Madrid, Ediciones Cinca, 2009, 151.

- LUJÁN ALCARAZ, José, "Algunas reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la calificación del despido", en Gárate Castro, Javier (coord.), *Cuestiones Actuales sobre el Despido Disciplinario: Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1997,25.

- MANGARELLI, Cristina, *"La buena fe en el derecho del trabajo*", Derecho Laboral, Montevideo, Nº 234, abril-junio 2009, 323.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 39a ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018, 323.

- MONTOYA MELGAR, Alfredo, "La buena fe en el Derecho del Trabajo". *Discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico de número por el Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Alonso Olea*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, 59.

- PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho de Trabajo*, 3a ed., Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1998, 393-394. En este mismo sentido, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No.1998-00158, de las quince horas diez minutos del nueve de julio de mil novecientos noventa y ocho.

55 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2016-000819, de las diez horas cincuenta minutos del tres de agosto de dos mil dieciséis.

56 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 1998-00228, de las diez horas veinte minutos del cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y ocho.

57 Pese a que este análisis no es realizado de manera reiterada por parte de la Sala Segunda, se ve presente en la siguiente extracto: "Con lo anterior se demuestra que el actor sí incurrió en una competencia desleal en contra de la accionada, pues las mismas labores que prestó a esta compañía, también las ejecutó simultáneamente para una empresa competidora, en la misma línea comercial de venta de tiquetes aéreos, poniendo a disposición de aquella, pericias y conocimientos adquiridos a lo largo de más de seis años de servicios prestados a su empleadora, y sin haber informado a sus superiores sobre la actividad que realizó o el trabajo adicional que le ofrecieron y aceptó, tal y como dentro de una relación contractual regida por la buena fe, debía esperarse". Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2014-001070, de las diez horas del treinta y uno de octubre de dos mil catorce.

Volver al índice

EL PROCESO DE PROTECCIÓN DE FUEROS ESPECIALES Y DEBIDO PROCESO

Flora Marcela Allón Zúñiga(*)

Resumen: Este artículo es una sinopsis del proceso de protección de fueros especiales y debido proceso, introducido en el Código de Trabajo con la Reforma Procesal Laboral. Pretende aportar en el conocimiento de ese tema, con particular mención a la jurisprudencia de la Sala Segunda, dictada a poco más de dos años de entrada en vigencia de esa Reforma.

Desde vieja data, el ordenamiento jurídico costarricense estatuye la prohibición de despido de ciertas personas trabajadoras cuya estabilidad laboral es vulnerable debido al ejercicio de derechos fundamentales. Previa la existencia de la Reforma Procesal Laboral, cuando las personas empleadoras incumplían tales prohibiciones, la parte perjudicada solo tenía la vía del proceso ordinario para reclamar el quebrantamiento de la prohibición.

La situación existente propiciaba que, no obstante enfrentar situaciones especiales, las personas trabajadoras quedaban sujetas a los mismos trámites procesales de cualquier demanda ordinaria. La tardanza con la cual obtenía la sentencia implicaba, en cierta forma, la perpetración de la afectación. Así, aunque finalmente una sentencia anulara la decisión patronal, ello significaba que la mujer embarazada había debido enfrentar el parto y el nacimiento sin un ingreso salarial; o bien, el incipiente movimiento sindical que se gestaba, fuera despojado de sus gestores, durante el tiempo suficiente para anularlo.

Salvo algunos casos puntuales, la ley no preveía un procedimiento que regulara la forma como se debía proceder para disciplinar a personas con un fuero especial. Con la Reforma Procesal Laboral, ley número 9343 de 25 de enero de 2016, se definió un proceso previo, condición *sine quanon*, que deben seguir los patronos para poder despedir válidamente a estas personas -artículo 541 inciso e, del Código de Trabajo-. La parte empleadora deberá acreditar en ese proceso, ante la autoridad correspondiente, la falta cometida. Sin una resolución firme que autorice proceder al despido, este resulta nulo de pleno derecho (artículo 545 del Código de Trabajo). Una vez autorizado, el patrono cuenta con un plazo de caducidad, de un mes, para proceder al despido.

Se debe aclarar que los fueros son una protección contra los despidos arbitrarios; no son una garantía de inmunidad. La persona aforada puede ser despedida en caso de incurrir en una falta a sus obligaciones laborales, pero en tales casos, el patrono debe cumplir con el proceso previo ante la autoridad respectiva, y acreditar la falta.

Es precisamente cuando se violenta esa protección y el despido se adopta y ejecuta sin esa autorización, el supuesto para el cual, la Reforma Procesal Laboral, ley número 9343, de 25 de enero de 2016, introdujo un proceso sumarísimo que se ha dado en llamar “Proceso de protección de fueros especiales y tutela del debido proceso”, al que los tribunales laborales están en la obligación de substanciar en forma prioritaria y expedita. (Asamblea Legislativa, 2016, art 543 y 547)

PROCESO DE PROTECCIÓN DE FUEROS ESPECIALES Y TUTELA DEL DEBIDO PROCESO:

Regulado a partir del artículo 540 del Código de Trabajo, el objetivo del Proceso de protección de fueros especiales y tutela del debido proceso, es la comprobación del quebranto de la protección, el procedimiento o los aspectos formales garantizados por el fuero.

(*) **Máster en Administración de Justicia**. Especialista en Derecho Público. Exmagistrada Suplente de la Sala Segunda. Letrada de la Sala Segunda

Es decir, no es una vía para analizar si un despido es justificado o no; o si realmente existieron las causas en las que se motivó el despido de una persona trabajadora. Este proceso sumarísimo está previsto para reclamar la inobservancia de un fuero legal de protección contra el libre despido, o la violación a un procedimiento previsto por alguna disposición legal o convencional.

El artículo 545 expresamente señala la competencia objetiva reservada a este tipo de procesos. El órgano jurisdiccional se limitará a comprobar el quebranto de la protección, el procedimiento o los aspectos formales garantizados por el fuero. La Sala Segunda; en la sentencia número 671-2018, señaló: *La competencia del órgano jurisdiccional se reduce a determinar la violación del fuero, de los procedimientos, formalidades o autorizaciones y la existencia de un acto discriminatorio. Cualquier otra cuestión que pretenda debatirse en este proceso especial excede la competencia del órgano jurisdiccional y el objeto para el que fue creado.*

A más de tres años de vigencia de esa reforma es importante hacer un recuento de cómo ha sido abordado por la Sala Segunda de la Corte -tribunal de casación con competencia para todo el territorio nacional- el proceso para la protección de fueros especiales y tutela del debido proceso, lo que se estima pueda servir de guía básica, para quienes litigan o laboran, en esta materia.

I. CASOS PARA LOS QUE ESTÁ PREVISTO EL PROCESO DE PROTECCIÓN DE FUEROS ESPECIALES Y TUTELA DEL DEBIDO PROCESO.

Mientras subsistan las medidas o los efectos que provocan la violación contra la cual se reclama, al proceso sumario de protección, contemplado en el artículo 540 del Código de Trabajo (Asamblea Legislativa, 2016, art 540), pueden acudir:

1. **FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS DEL ESTADO, EN RÉGIMEN DE SERVICIO CIVIL**, cuando se violenta el procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil, que está previsto para el personal docente, en el Capítulo IV, Título II del Estatuto de Servicio Civil.

2. **FUNCIONARIOS Y FUNCIONARIAS DEL SECTOR PÚBLICO**, a quienes el ordenamiento constitucional o legal les garantiza un debido proceso; o respecto de quienes está previsto algún fuero semejante. Este supuesto abriga el caso del debido proceso previsto en favor de las personas funcionarias públicas; así como el de las personas funcionarias del Sector Público, que cuentan con un fuero tutelar especial. Un ejemplo es el de las personas auditoras y subauditoras de los entes u órganos de la Hacienda Pública, según lo regulado por el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Su destitución exige de un procedimiento con características particulares.

En los reclamos por violación al debido proceso, el artículo 542 ídem prevé un plazo de prescripción de seis meses para que la parte pueda recurrir a la vía especial de tutela; lo que no impide que, transcurrido ese plazo, pueda recurrir a la vía ordinaria, a formular su reclamo.

3. **TRABAJADORA EMBARAZADA O EN PERIODO DE LACTANCIA.** Los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo contemplan un fuero de protección especial para la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, al prohibir su despido, salvo por causa justificada. Para poder despedirla, la parte empleadora debe gestionar la autorización ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo. Sin esa autorización previa y firme, el despido resulta ilegítimo y consecuentemente nulo.

Es la omisión de este procedimiento, lo que la parte puede demandar por la vía del proceso de protección. En este caso, lo que la parte actora puede reclamar es la nulidad del despido por el incumplimiento a ese procedimiento previo; no se discute la existencia de la falta sino la omisión de no haber agotado aquel procedimiento ante la Inspección General del Trabajo. Por esa razón, es que normalmente, la defensa de la parte patronal, en estos casos, se circunscribe a señalar el desconocimiento que tenía de la condición de gravidez o de lactancia de la trabajadora.

Ahora bien, para hacer valer esta protección –dice el artículo 94 citado- *la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social*.

En relación con esta certificación, tanto la Sala Segunda como la Constitucional, han resuelto que se trata de un elemento probatorio y no, constitutivo del derecho. Es decir, la falta de entrega de ese documento no legitima el despido si la persona trabajadora acredita el conocimiento que la parte patronal tenía, de su condición.

Un extracto de la resolución de la Sala Segunda, n.° 333-2020 de las 10:15 horas del 26 de febrero de 2020, ilustra muy bien este tema:

> "En relación con este aspecto, esta Sala, en la sentencia número 264, de las 10:30 horas del 30 de marzo de 2011, resolvió: *"(…) mas tal exigencia debe entenderse como una medida para demostrarle de manera fehaciente al patrono la condición del embarazo o la lactancia, pues no es posible entender que el cumplimiento de tal formalidad constituya más bien en un obstáculo para la protección que se pretende, o bien un instrumento del cual se aproveche el patrono para desconocer la aplicación de esa disposición. Por ende, en múltiples ocasiones* ***la Sala ha declarado la nulidad del despido cuando, aun sin habérsele hecho entrega del mencionado dictamen, el patrono o sus representantes tenían conocimiento de la gravidez de la trabajadora****. En la construcción jurisprudencial se ha sostenido que la certificación médica bien puede ser aportada con posterioridad, puesto que no se trata de un requisito esencial para que opere la protección, dado que* ***basta la mera comunicación -que incluso puede ser verbal- para que funcionen los mecanismos de protección****.* ***Esa notificación -se ha dicho- puede hacerse aun en el instante mismo del despido, e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio****. Además, la protección prospera cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación."*

En similar sentido, pero en relación con la prueba de la lactancia puede consultarse la sentencia de la Sala Segunda n.° 984-2020. En consecuencia, una trabajadora embarazada o en periodo de lactancia, despedida sin la previa autorización de la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, podrá demandar en esta vía sumarísima el incumplimiento de ese trámite, para lo cual, lo único que deberá acreditar es el conocimiento que tenía, de su condición, la parte patronal.

4. **PERSONAS TRABAJADORAS ADOLESCENTES.** El Código de la Niñez y de la Adolescencia, ley número 7739 de 6 de enero de 1998, autoriza la contratación laboral de personas adolescentes mayores de quince años, siempre que la actividad no importe riesgo para ellas, peligro para su desarrollo, salud física, mental y emocional, o cuando no perturbe la asistencia regular al centro educativo (art. 78 y 85). Sin embargo, para su **despido por justa causa**, el patrono debe gestionar la autorización respectiva ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo (artículo 91 ídem), donde debe ofrecer las pruebas de la falta que motiva su decisión. Es decir, que las personas trabajadoras adolescentes sí pueden ser despedidas con responsabilidad patronal. Cuando se le pretenda despedir sin reconocimiento de su liquidación laboral por una supuesta falta cometida, la parte patronal deberá gestionar previamente la autorización, a través de un debido proceso ante la Dirección Nacional de Inspección General de Trabajo (artículo 540 inciso 4 y 541 inciso b, del Código de Trabajo)

En consecuencia, la sola ausencia de esa autorización, podrá ser demandada, a través del proceso de protección de fueros al que se ha venido haciendo referencia.

Volver al índice

5. **INTEGRANTES DE UN SINDICATO EN FORMACIÓN, REPRESENTANTES SINDICALES O REPRESENTANTES DE AGRUPACIONES DE TRABAJADORES:** Para garantizar la defensa de los intereses colectivos y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales, el artículo 367 del Código de Trabajo confiere a una serie de personas representantes sindicales o de los trabajadores, estabilidad laboral contra el despido. Para poder despedir a estas personas, los patronos deben cumplir un debido proceso y solicitar autorización previa y firme, a la Dirección Nacional de Inspección General de Trabajo (artículo 541 inciso b, ídem).

En este numeral -367- se mencionan, *las personas trabajadoras integrantes de un sindicato en formación* hasta un número de veinte que se sumen al proceso de constitución. Esta protección es de dos meses contados desde la notificación de la lista al Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y hasta dos meses después de presentada la respectiva solicitud de inscripción, plazo que no puede sobrepasar de cuatro meses. Para gozar de esta protección, se debe notificar *por un medio fehaciente*, al Departamento mencionado y al empleador, la intención de constituir un sindicato, el nombre y las calidades de quienes deben beneficiarse con la protección.

De igual manera el inciso b, de ese artículo contempla *a los dirigentes sindicales* (uno por los primeros veinte trabajadores sindicalizados y uno por cada veinticinco trabajadores sindicalizados adicionales, hasta un máximo de cuatro) *mientras ejerzan sus cargos y hasta seis meses después del vencimiento de sus respectivos cargos***.** También se incluyen *las personas afiliadas que presenten su candidatura para ser integrantes de su Junta Directiva* (la protección será de tres meses a partir de la comunicación al mencionado Departamento) y, finalmente, en los casos en los que no exista sindicato, *los representantes libremente elegidos, en las mismas condiciones que la protección establecida para los dirigentes sindicales.*

Esta es una lista taxativa, de personas a quienes, por su vinculación con la defensa de los intereses de las personas trabajadoras, se les asegura estabilidad en su empleo. Sin embargo, la Sala Constitucional, desde su voto 5000, de las 10:09 horas de 8 de octubre de 1993, indicó que este es un fuero especial en beneficio no solo de los representantes de las personas trabajadoras (sindicalizadas o no), sino de todas las personas trabajadoras, en cuanto son despedidas o se les perjudique de algún modo, tácita o expresamente, por su pertenencia a una asociación o sindicato. En ese fallo, se indicó que,

> *"Aunque hasta el momento se ha venido considerando la situación de los representantes de los trabajadores, sindicalizados o no, cabe decir que con igual sustento normativo y con igual criterio debe resolverse el despido de los simples trabajadores cuando la causal, expresa o tácita, sea su pertenencia a una asociación o sindicato, porque ello también viola sus derechos fundamentales, vale decir que la vinculación a dichas organizaciones, como simples afiliados, pone en juego valores superiores de convivencia y armonía social y laboral frente a los cuales el resarcimiento económico, representado por el pago de las prestaciones sociales, carece de validez legal, ello porque la voluntad patronal queda constitucional y legalmente inhibida o limitada desde la perspectiva general de los derechos humanos de los trabajadores y desde la perspectiva específica del derecho laboral, que tutela el interés público general."*

Con esa interpretación, la tutela contenida en el artículo 367 del Código de Trabajo abriga a todas las personas trabajadoras cuando el motivo de la afectación a su estabilidad laboral sea, de manera expresa o tácita, la sola afiliación a una asociación o sindicato. Sin embargo, al no estar en los supuestos de las personas indicadas en el artículo 367 del Código de Trabajo, a quienes les asiste el fuero por el solo hecho de su condición de dirigente sindical, estos otros casos son tutelados como un supuesto de discriminación sindical, en cuyo caso, la prueba de los indicios de la discriminación corre

a cargo de la parte actora, según se comentará más adelante.

Las demandas por discriminación sindical han sido las más recurrentes ante los juzgados laborales, en la vía del proceso de protección de fueros especiales; personas trabajadoras que son afectadas en su estabilidad laboral, por afiliarse a una organización sindical.

6. **PERSONAS DENUNCIANTES DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL:** La Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, ley número 7476 de 3 de febrero de 1995, establece en el artículo 15, una tutela especial para las personas denunciantes de hostigamiento sexual: solo pueden ser despedidas por causa justificada, originada en falta grave a los deberes derivados del contrato laboral, conforme a las causas establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo. En consecuencia, no pueden ser objeto de despidos con responsabilidad patronal. Su despido solo podría ordenarse con fundamento en una causa legal, previamente acreditada ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo (artículo 541 inciso b). Sin la autorización previa y firme, de esa dependencia, el despido deviene ilegal.

7. **PERSONAS TRABAJADORAS INDICADAS EN EL ARTÍCULO 620 DEL CÓDIGO DE TRABAJO.** El artículo 620 del Código de Trabajo establece una protección general para todas las personas trabajadoras de una empresa o centro de trabajo, cuando se plantea un conflicto económico y social. El artículo 620 citado estable que, a partir de la entrega del pliego de peticiones, ninguna de las partes puede tomar la menor represalia contra la otra, ni impedirle el libre ejercicio de sus derechos; toda terminación de contratos de trabajo debe ser autorizada por el órgano que conoce el conflicto. Lo dispuesto en ese artículo es aplicable durante la conciliación, el arbitraje, la huelga o el procedimiento, en el caso de que la convención colectiva fracase.

   Esa misma tutela la reitera el numeral 394 en relación con el trámite de la huelga, en estos términos: *"Mientras el movimiento no haya sido declarado ilegal, ninguna de las partes podrá tomar represalia contra la otra, ni impedirle el ejercicio de sus derechos, según lo dispuesto en el numeral 620".*

La autorización para el despido de personas trabajadoras, en estos casos, debe solicitarse al órgano que conoce el conflicto (artículo 620), según el procedimiento previsto en el artículo 553.

8. **PERSONAS PROTEGIDAS POR ALGÚN FUERO DISPUESTO MEDIANTE LEY, NORMAS ESPECIALES O INSTRUMENTOS COLECTIVOS.** En este último supuesto se amplía el panorama respecto de aquellas personas trabajadoras que en virtud de cualesquiera otras leyes, normativa especial o instrumento colectivos, sean cubiertas con alguna protección especial, incluido un debido proceso, pues en eso consiste precisamente la existencia de los fueros, es decir, la necesidad de contar con una resolución previa, donde se constate la existencia de una falta que faculta al despido.

Sabido es, que, en la esfera privada, opera el régimen de libre despido por el cual, los patronos no requieren realizar un debido proceso previo para disciplinar a su personal. Sin embargo, partiendo de que una convención colectiva es ley entre las partes -eficacia que le acuerda la propia Constitución Política- cuando mediante una convención colectiva las partes pactan un debido proceso, previo a la imposición de una sanción disciplinaria, la parte trabajadora tendrá derecho a acudir a esta vía sumaria, cuando tal debido proceso no haya sido respetado. En tal caso también aplica el plazo de prescripción del artículo 542, pues se trata de una disposición general para los casos de despido con violación al debido proceso.

Salvo el caso de violación al debido proceso –donde se tiene un plazo de seis meses para su interposición- en los demás supuestos de violación de fueros y reclamos por discriminación, la demanda es admisible mientras subsistan las medidas o los efectos que provocan la violación contra la cual se reclama (artículo 542 ídem). Lo anterior significa, la improcedencia de recurrir a esta vía si, por ejemplo, el patrono reintegra a su

Volver al índice

puesto a la persona aforada despedida; o bien, si se anula el acto de nombramiento reclamado como discriminatorio.

9. **CASOS DE DISCRIMINACIÓN:** El procedimiento sumarísimo también está previsto, según se adelantó, para el conocimiento de reclamos por discriminación. El artículo 540 ídem, en su último párrafo dispone: "*También, podrán impugnarse en la vía sumarísima prevista en esta sección,* ***los casos de discriminación por cualquier causa,*** *en contra de trabajadores o trabajadoras, que tengan lugar en el trabajo o con ocasión de él.*"

a. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

La prohibición contra la discriminación no es fruto de la Reforma Procesal Laboral. Sus raíces están ancladas en la ley 2694 de 22 de mayo de 1960; pero fue introducida al Código de Trabajo con la ley 8107 de 6 de agosto de 2001, que estableció la prohibición en el trabajo, de toda discriminación por razones de edad, etnia, género o religión.

Con la Reforma Procesal Laboral se amplió la prohibición a "*toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o* ***cualquier otra forma análoga de discriminación".***

De manera que, frente a cualquier acto discriminatorio en un nombramiento, ascenso, traslado, remuneración o despido, la persona trabajadora podrá acudir a esta vía sumarísima, a demandar la ilegalidad de la conducta discriminatoria.

En estos casos podrá demandar la nulidad del acto, con la consecuente reinstalación –cuando se trate del despido- con el pleno goce de sus derechos, es decir, a su puesto en las mismas condiciones existentes previo al despido "y las consecuencias previstas para la sentencia de reinstalación" (artículos 573 y 576), es decir, el pago de salarios caídos. Los salarios caídos son limitados al importe de veinticuatro veces el salario mensual total de la persona trabajadora, al momento de la firmeza del fallo, salvo que exista una norma que disponga otro monto, sin que en ningún momento pueda ser inferior al mínimo legal. El monto correspondiente a salarios caídos no admite adecuaciones o indexaciones (artículo 566 del Código de Trabajo), dado que su cálculo se realiza con base en el salario mensual que devengaría la persona al momento de la firmeza del fallo.

Igualmente, el patrono deberá cubrirle a la persona trabajadora, las vacaciones y cualquier otro derecho derivado del contrato de trabajo o de la ley –aguinaldo-, cual si se tratara de una relación inalterada.

b. FORMAS ANÁLOGAS DE DISCRIMINACIÓN: La lista de causas de discriminación no es taxativa, dado que la norma hace mención a *cualesquiera otras formas análogas de discriminación*. Es el caso de la discriminación por salud (ver sentencia de la Sala Segunda número 477-2019 de las 10:40 horas del 10 de abril de 2019).

II. CARGAS PROBATORIAS:

a. EN FUEROS ESPECIALES: A las personas trabajadoras que están amparadas por un fuero de protección especial, les bastará acreditar la condición que les otorga el fuero, por ejemplo, ser mayor de 15 años y menor de 18; ser denunciante de hostigamiento sexual; ser representante sindical o de los trabajadores. En el caso particular de la mujer embarazada, además de su gravidez, debe aportar prueba suficiente acerca del conocimiento que tenía la parte patronal de su condición.

El artículo 477 del Código de Trabajo regula de manera general, el tema de las cargas probatorias, en estos términos, "*la carga de la prueba de los hechos controvertidos, constitutivos e impeditivos le corresponde a quien los invoca en su favor,* lo que supone que, en principio, a cada parte le corresponde acreditar los hechos en los que sustenta su pretensión o defensa.

De manera singular, el 478 ídem, le impone al patrono la demostración de los hechos

impeditivos que invoque, y de todos aquellos que tiene la obligación de mantener debidamente documentados o registrados, como es el caso de los libros de salarios, a que hace referencia el artículo 176 del Código de Trabajo; o el registro de información del artículo 98 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, en relación con la contratación de adolescentes mayores de quince años

Además, ese artículo 478 enuncia hechos específicos cuya carga probatoria le corresponderá a la parte empleadora.

En los procesos por discriminación existen disposiciones particulares sobre las cargas probatorias.

b. EN PROCESOS POR DISCRIMINACIÓN: De conformidad con el artículo 409 del Código de Trabajo quien alegue la discriminación deberá indicar de manera puntual, el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación en los que fundamenta su afirmación.

Debe recordarse que la prohibición de la discriminación deriva del principio fundamental contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, según el cual, *toda persona es igual ante la ley y no es posible practicar discriminación alguna contraria a la dignidad humana*. Este principio lo reafirman una serie de instrumentos internacionales, particularmente el Convenio 111 de la OIT.

Desde sus primeros años de existencia y haciendo eco de lo que ya había resuelto la Corte Suprema de Justicia como órgano contralor de constitucionalidad, la Sala Constitucional se refirió a su contenido señalando que

> *"…por medio de él, se prohíbe hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes. Esa fórmula tan sencilla fue reconocida desde hace muchos años por la Corte Constitucional, a la fecha la Corte Suprema de Justicia, que tenía a su cargo el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad antes de la creación de esta Sala especializada." (1372-92)*

El artículo 1° del Convenio 111 de la OIT, define la discriminación en estos términos:

> *"A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:*
>
> *(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*
>
> *(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

La discriminación es, en esencia, un trato inequitativo y arbitrario, respecto de personas que se encuentran en las mismas condiciones. Por esa razón, quien denuncia un trato discriminatorio debe señalar la situación de igualdad dentro de la cual se cometió un trato preferente arbitrario, es decir, demostrar que la situación de las personas entre las que se dio la escogencia, la exclusión o la preferencia, es igual a la suya; correspondiendo a la parte demandada justificar la razón objetiva que justifica su decisión de escoger a una persona y no a otra.

En relación con la carga de la prueba en este tipo de demandas, resulta ilustrativo el siguiente extracto

Volver al índice

del voto de la Sala Segunda, número 2020-1276 de las 9:45 horas del 10 de julio de 2020:

> ***"V. SOBRE LA CARGA PROBATORIA EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN:*** *El numeral 409 del Código de Trabajo estipula que"*
>
> *"(…) quien alegue la discriminación deberá señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación" y, el ordinal 478, inciso 10) ibídem, establece que cuando no exista acuerdo entre las partes, la empleadora deberá demostrar "La justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias en todas las demandas relacionadas con discriminaciones".*

En relación con el tema de discriminación laboral la Sala Constitucional, en la resolución n.° 13205, de las 15:13 horas del 27 de setiembre de 2005, incluye los principios que rigen las cargas probatorias en esta materia y que concuerdan con los artículos citados. En ese antecedente se señala:

> *"(...) es ineludible traer a colación la importancia que tiene la distribución de la carga de la prueba para procurarle al trabajador resguardo frente a actuaciones patronales que constituyan discriminación. (…) prima facie,* ***el amparado que alega discriminación laboral debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, en torno a los indicios de que ha existido tal violación al derecho a la igualdad****. Esta condición ha sido ampliamente reiterada por la jurisprudencia de esta Sala (ver sentencia número 2004-11984 de las 10:10 horas del 29 de octubre de 2004 y 2004-11437 de las 9:53 horas del 15 de octubre de 2004).* ***Alcanzado, en su caso, un resultado probatorio suficiente por el accionante, sobre la parte recurrida recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito discriminatorio la decisión o práctica patronal cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios****"* (el resaltado es agregado). Este criterio se reiteró, entre otras sentencias, en las número 16038, de las 16:31 horas del 13 de octubre de 2015; 14504, de las 9:05 horas del 1° de noviembre de 2013; y 12857, de las 14:45 horas del 25 de setiembre de 2013. Esta otra Sala también ha abordado asuntos relacionados con despidos discriminatorios en igual línea que la jurisprudencia constitucional, ha señalado: *"(...) El Convenio 111 de 1985 de la Organización Internacional del Trabajo denominado 'sobre la discriminación (empleo y ocupación)' (debidamente ratificado por Costa Rica) define ese concepto en su artículo primero de la siguiente forma: '1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: /a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (...)"* (Sentencia n.° 751, de las 10:00 horas del 15 de julio de 2015, en este mismo sentido también el voto n.° 413, de las 11:00 del 2 de marzo de 2018). Con base en lo expuesto y la normativa citada, para que prosperen sus peticiones, el trabajador debe aportar indicios claros y precisos de la discriminación alegada y la parte accionada, para imponer su defensa, debe probar la causal objetiva que invocó al contestar, excluyente del trato discriminatorio acusado."

Volver al índice

Es decir, a la parte demandante le corresponde demostrar la discriminación de la que ha sido objeto, para lo cual puede aportar prueba indiciaria, elementos claros y precisos de los cuales se pueda inferir la existencia de otros hechos. Frente a ello, la parte demandada debe demostrar las razones objetivas por las que adopt**ó su decisión, es decir,** los motivos que objetiva, razonable y proporcionalmente posibilitaban la adopción de la medida, y que descartan el ánimo discriminatorio de la decisión.

El siguiente extracto, ejemplifica el criterio sostenido en el tema de la discriminación, particularmente, la de orden sindical:

> En el voto de esta Sala número 899, de las 9:20 horas del 30 de junio de 2017, se dijo: *"Por otro lado, en relación con la discriminación alegada por el trabajador, debe señalarse que, contrario a lo expuesto por el recurrente, esta Sala ha sostenido la tesis de que* ***cuando la persona trabajadora alegue un motivo discriminatorio en la causa de despido y, además, presente indicios que permitan presumir que ese ha sido el motivo, corresponderá al empleador desvirtuar este hecho****. Al respecto, en la sentencia n.° 1229, de las 11:20 horas del 2 de diciembre de 2009, se resolvió: "[] En otras ocasiones, en las que representantes sindicales reclaman la nulidad de un despido por violación a la libertad sindical, la Sala ha establecido que razonablemente* ***debe partirse de la presunción de verdad de la afirmación de persecución sindical****, contenida en la demanda, en aras, precisamente, de brindar una tutela adecuada al indicado derecho fundamental. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al trabajador/a en una situación de verdadera desventaja en el campo probatorio, haciendo nugatorio el derecho, pues es el patrono quien tiene a su disposición los medios suficientes para poder probar su tesis en juicio.* ***Esa conclusión, además, pone en práctica la Recomendación 143 de la Organización Internacional del Trabajo, que en el inciso e) del numeral 6*** *literalmente contempla como necesaria para lograr una protección eficaz: e) imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado». Claro está, que la aludida presunción no es absoluta, sino, relativa, de ahí que admita prueba en contrario. En ese supuesto, la* ***parte patronal tiene la carga procesal de demostrar que el cese de la relación no es discriminatorio****. Aunque ya esta Sala ha admitido que* ***la protección de los Derechos Sindicales no solamente ampara a los representantes sindicales sino también a aquellos trabajadores y trabajadoras a quienes expresa o tácitamente se les limitan las libertades sindicales****, persiste en estos casos la obligación del trabajador/a sindicalizado/a de demostrar, al menos mediante prueba indiciaria, que la afectación de sus derechos proviene de su pertenencia o de alguna actuación relacionada con el ejercicio de tales derechos. En este caso, el actor debió aportar al menos algún indicio de su postulación a delegado sindical, para revertir en la demandada la obligación de acreditar que el despido tuvo una razón objetiva y no discriminatoria (en igual sentido, consúltese el voto n.° 822, de las 10:00 horas del 7 de octubre de 2011).* ***La tesis sostenida por esta Sala ha sido la misma que mantienen los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, específicamente el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*** *que ha indicado: 'Además de los mecanismos*

Volver al índice

> *de protección preventiva contra actos de discriminación antisindical (como por ejemplo, la obtención de una autorización previa de la inspección del trabajo antes de proceder al despido de un dirigente sindical), otra forma de garantizar una protección eficaz podría consistir en obligar a los empleadores a aportar la prueba de que su decisión de despedir a un trabajador no está vinculada a las actividades sindicales del mismo' (OIT. Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo. Quinta edición (revisada). 2006. Página 177. Suiza). De modo que cuando existan indicios de la discriminación, la carga de la prueba de la existencia de razones objetivas que justifiquen el despido y que descarten la presencia de un acto discriminatorio por persecución sindical, una vez que ha quedado acreditada la condición de afiliado sindical, recae sobre el empleador"* Voto número 2019-000357 de 10:50 horas del 20 de marzo de 2019.

Sobre las razones que puede alegar la parte patronal, en la contestación, y lo dispuesto en el último párrafo del artículo 35 del Código de trabajo que estipula *"Los hechos causales señalados en la carta de despido serán los únicos que se puedan alegar judicialmente, si se presentara contención"*, la Sala Segunda, ha resuelto que en los procesos por discriminación no aplica esa disposición.

En la sentencia 491-2018 de las 12:30 horas de 9 de marzo de 2018, esa Sala resolvió:

> *El recurrente -actor- acusa la violación del artículo 35 del Código de Trabajo, en tanto el Juzgado admitió para su ponderación, los motivos justificantes del despido alegados al contestar la demanda. Respecto de esa decisión, la Sala ratifica el proceder del Juzgado por cuanto en un proceso de esta naturaleza no se discute si el despido fue o no justificado. La finalidad de esa norma, introducida con la reciente Reforma Procesal Laboral, es que, en los casos de despido sin responsabilidad patronal el empleador no pueda modificar en juicio, las causas aducidas al trabajador para justificar la sanción. Ese no es el supuesto que se presenta en este caso y en ese sentido lleva razón el a quo al indicar que en este asunto no se trata de definir si hubo o no causa motivadora del despido. Aquí, está claro que el despido fue acordado con responsabilidad patronal, conforme a la posibilidad regulada en el inciso d), del numeral 85, ídem, que establece "la mera voluntad del patrono" como causa de terminación del contrato de trabajo sin que la persona trabajadora pierda su derecho a las indemnizaciones laborales. En un proceso de esta naturaleza la parte demandada no está invocando causales de despido ni tampoco pretende que este se tenga como justificado. Su obligación procesal, ante la imputación discriminatoria que se le atribuye, es demostrar el sustento objetivo de su decisión. En ese tanto, esos hechos deben ser valorados a efecto de determinar si efectivamente hubo razones que objetiva y racionalmente respaldan su decisión.*

De manera que, aun cuando el despido haya sido acordado con responsabilidad patronal o sin imputación de alguna causa, en un proceso por discriminación la parte demandada sí puede señalar razones que objetiva y razonablemente explican su decisión, y que permitan descartar el viso discriminatorio que la parte actora logre acreditar.

III. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE ACOGE LA DEMANDA: Los efectos de la sentencia estimatoria de la acción, los prevé el artículo 545 ídem. En este se dispone que el tribunal ordenará la nulidad de la medida y se repondrá

Volver al índice

> a la parte a la situación previa a la actuación denunciada, lo que de manera general se puede entender incluye la restitución de la persona al puesto que desempeñaba previo al despido, cual sucede en el caso de violación de fueros o despidos discriminatorios. En el caso de otras medidas discriminatorias, por ejemplo, un ascenso o nombramiento discriminatorio, el efecto de la sentencia es la nulidad del nombramiento, es decir, no implica un derecho al nombramiento de la persona demandante.

Conjuntamente con la restitución de la persona a su situación, se ordenará el pago de los daños y perjuicios causados, lo que incluye, el pago de salarios caídos, cuando se tratare de un despido cuyos efectos no se hubieren suspendido.

El pago de salarios caídos lo limita el numeral 566, al importe de veinticuatro veces el salario mensual total de la parte trabajadora al momento de la firmeza del fallo, salvo disposición especial en contrario; lo cual difiere de la situación propiciada con la legislación anterior que no contenía un límite al respecto. Debe hacerse la expresa observación de que, en caso de que la persona trabajadora haya ocupado un cargo, para el que exista un impedimento legal de recibir los salarios caídos, solo procederá la diferencia, en caso de haber recibido un salario menor (artículo 568).

Como el cálculo se realiza con base en el importe del salario al momento de la firmeza del fallo, esta fijación no admite indexación (566) y los intereses que se originen a título de daños y perjuicios (caso de salarios caídos).

Si la demanda se desestima y los efectos del acto se hubieran suspendido, el patrono podrá proceder a prescindir en forma inmediata, de la persona trabajadora, sin necesidad de ninguna autorización, una vez firme la sentencia.

No es el objetivo de este artículo, abordar todas las consecuencias posteriores a la conclusión del proceso, baste concluir con la eficacia especial de cosa juzgada que le otorga el artículo 569 del Código de Trabajo, a las sentencias dictadas en los procesos a los que se ha hecho referencia, salvo el caso de los procesos en los que se reclama el incumplimiento de un procedimiento, requisito o formalidad, en los que, la sentencia estimatoria, no prejuzga sobre el contenido sustancial o material de la conducta del demandado (artículo 545 último párrafo).

Referencia Bibliográfica

Legislación

Constitución Política de Costa Rica, 1949

Costa Rica, Código de Trabajo, 1943

Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, n.° 7476 de 3 de febrero de 1995

Código de la Niñez y de la Adolescencia, ley número 7739 de 6 de enero de 1998

Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, n.111

Jurisprudencia

Sala Segunda, n.° 899, de 9:20 horas del 30 de junio de 2017

Sala Segunda, n.° 491-2018 de 12:30 horas de 9 de marzo de 2018

Sala Segunda, n.° 357-2019 de 10:50 horas del 20 de marzo de 2019.

Sala Segunda, n.° 333-2020 de 10:15 horas del 26 de febrero de 2020

Sala Segunda, n.° 984-2020 de 10:30 horas del 5 de junio de 2020.

Sala Segunda, n.° 1276-2020 de 9:45 horas del 10 de julio de 2020.

Sala Constitucional, n.° 5000, de las 10:09 horas de 8 de octubre de 1993

Sala Constitucional, n.° 13205, de las 15:13 horas del 27 de setiembre de 2005

HACIA UNA TIPOLOGÍA DE RELACIONES DE TRABAJO* (SEGUNDA PARTE)

Mauricio Castro Méndez (**)
Karen Carvajal Loaiza (***)
Esteban Chacón Rojas (****)

Resumen

El presente trabajo forma parte de una tipología de las relaciones de trabajo construida a partir de la existencia o inexistencia de una relación laboral y de la complejidad de la relación. En esta segunda parte se abordarán las relaciones que pertenecen a "zonas grises" y que pueden ser simples y complejas, así como las relaciones que legal o jurisprudencialmente han sido consideradas como no laborales.

Introducción

El presente artículo corresponde a la segunda parte de un trabajo de investigación que pretende identificar ¿cuáles son las relaciones laborales emergentes que no están contempladas en la legislación laboral actual y qué tipo de problemas ocasionan al trabajador y a la institucionalidad pública? Para ello, construimos una tipología de las relaciones de prestación de servicios. En una primera parte se incluyeron las reguladas en el ordenamiento jurídico costarricense y las reconocidas jurisprudencialmente. En esta segunda parte se abordarán las "zonas grises", sean simples o complejas, así como las relaciones que legal o jurisprudencialmente han sido consideradas como no laborales. Las variables utilizadas son dos:

Laboralidad de la relación: la relación es susceptible de ser calificada como una relación laboral, como una relación no laboral, o como una relación sobre la cual no existe certeza legal y que es considerada como una zona gris.

Complejidad de la relación: la relación es bilateral entre contratante y contratado, o es una relación compleja en la que existe una relación triangular (contratante, beneficiado y contratado) o entre más partes. La tipología propuesta se plantea en la siguiente matriz:

	Simple	**Compleja**
Laboral	1 Laboral Simple	2 Laboral Compleja
Zona gris	3 Zona Gris Simple	4 Zona Gris Compleja
No laboral	5 No laboral Simple	6 No laboral Compleja

En esta segunda parte se abordan las relaciones que no pueden ser ubicadas con certeza (a partir de la ley y de la jurisprudencia) en alguno de esos tipos y que por lo tanto serán clasificadas como zona gris (3). En una tercera parte se abordarán, las zonas grises complejas (4) y las relaciones calificadas como no laborales (5).

---

* Estudio realizado para el Programa Estado de La Nación del Consejo Nacional de Rectores.

(**) Dr. Mauricio Castro. Doctor en Derecho Laboral de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Actualmente, docente de la Facultad de Derecho de la UCR, coordinador de la Cátedra de Derecho Laboral Colectivo e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

(***) Licda. Karen Carvajal. Licenciada en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sub coordinadora de la Unidad de asesoría jurídica de la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados (ANEP).

(****) Sr. Esteban Chacón. Investigador jurídico-laboral para el Informe Estado de la Nación 2019, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Volver al índice

Cuadro 2 (elaboración propia)		
	Simple	**Compleja**
Laboral	**1**	**2**
Zona gris	3 Zona Gris Simple Plataformas tecnológicas Educación dual Pasantías Falso autónomo Falso autónomo por servicios profesionales en sector público Empresas unipersonales Correduría Relaciones simbióticas en el turismo Voluntariado Sacerdotes Recolectores de café	4
No laboral	5	6

Cada una de estas relaciones puede ser compleja (triangular o con más partes) y, además, puede ser a tiempo parcial y/o de carácter internacional. Finalmente, no son relaciones estáticas, ya que pueden varíar conforme al "principio de primacía de la realidad" o "contrato realidad" (artículo 18 del Código de Trabajo).

Zona Gris Simple

En las "zonas grises" se encuentran aquellos casos que plantean dudas acerca de su inclusión en el campo del Derecho. Este fenómeno se concreta a través de dinámicas comerciales y redes empresariales, ya sea que estas sucedan entre dos partes de una relación o una multiplicidad de partes.

La OIT ha advertido sobre la necesidad de luchar contra el encubrimiento de relaciones de trabajo, de una manera que se oculta su condición jurídica y se priva a las personas trabjadoras de la protección a la que tienen derecho[1]. La jurisprudencia ha reiterado que el análisis debe orientarse hacia un sistema de indicios, que evidencien una situación de subordinación[2]. A continuación se analizan las zonas grises respecto de las cuales a nivel nacional no existe aún ninguna regulación o jurisprudencia que determine si se trata o no de una relación laboral.

Plataformas tecnológicas

Hay tantas modalidades de trabajo de plataformas como aplicaciones. Entre los casos más destacados se encuentran las plataformas de transporte de bienes (UberEats, Glovo, Rappi) y personas (Uber, Didi). En este último caso, la doctrina local ha comenzado a determinar que la relación entre el conductor de Uber y la empresa Uber es laboral. Se estima que son personas trabajadoras subordinadas en el tanto se encuentran sujetos al poder de dirección de la empresa, la cual determina el funcionamiento de la plataforma, la relación del conductor con la persona usuaria, la prestación del servicio, el precio a cobrar e incluso la forma de pago[3]. Es posible entender que la remuneración es un pago de salario a destajo en el caso de las empresas de plataforma de transporte (EPT). La empresa determina unilateralmente el precio del servicio, el monto que recibe la persona conductora, y el porcentaje que corresponde a la empresa[4].

La jurisprudencia internacional sobre la la existencia de relaciones laborales en estos supuestos no es uniforme, de manera que ha generado tendencias y replanteamientos paradigmáticos de fallos a nivel internacional. En el caso francés de Florian Menard v. Uber France, se determina que a partir del hecho de que (1) los conductores pueden aceptar o rechazar un viaje y (2) tienen la libertad de conectarse al sistema cuando lo deseen, el tribunal concluyó que había ausencia

1 Organización Internacional del Trabajo. R-198 Recomendación sobre la relación de trabajo, 15 de junio de 2006.

2 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 2004-0330 del 5 de mayo de 2004

3 Arias Espinoza, Luz y Vásquez Carrillo, Yoryina. *Uber: ¿Existe relación laboral entre los conductores que brinda el servicio de Uber y la empresa Uber?* San José, Universidad de Costa Rica, 2017, p. 146

4 *bídem*, p. 127

Volver al índice

de carácter laboral en la relación[5]. Por otra parte, existen casos como el del Tribunal de Empleo del Reino Unido en noviembre de 2017, donde en apelación se estableció que los conductores de Uber estaban sujetos a un alto grado de control y fueron considerados como trabajadores bajo la Ley de Derechos de Empleo de 1996[6]. En cualquier caso, el rasgo dinámico de este fenómeno puede variar en virtud de la casuística y de las distintas condiciones de servicio que según la aplicación se ofrezcan.

En modalidades de plataformas de mensajería (UberEats, Rappi, Glovo, entre otras) la caracterización de laboralidad a partir de la subordinación y del poder disciplinario se ha visto más marcada. Recientemente el Parlamento Europeo aprobó una Directiva que agrupa una serie de derechos mínimos laborales a los trabajadores con contratos de muy corta duración o a tiempo parcial, tales como los que realizan las plataformas de Uber, Deliveroo, Glovo, entre otras[7]. Se regulan los horarios y los días de trabajo y los periodos de prueba a un máximo de seis meses. Sin embargo, para muchos operadores jurídicos aún queda pendiente determinar el núcleo del conflicto, esto es, si estamos ante trabajadores autónomos o por cuenta ajena[8]. En España, un fallo reciente del Tribunal Supremo ha determinado que los repartidores realizan labores propias de lo que la jurisprudencia califica como falso autónomo[9], lo cual se analizará en detalle en la sección correspondiente.

La casuística argentina también ha tenido notoriedad a nivel internacional, tanto por lo resuelto recientemente, como por la actividad sindical que ha permitido orientar el camino del reconocimiento y protección de las nuevas modalidades de trabajo. La justicia argentina encontró acreditada la verosimilitud del derecho que le asistiría a los codemandantes con respecto a la prestación de servicios "a pedido", desempeñados bajo la directiva de la demandada, a partir de lo cual ordenó a la parte demandada que cesara, en forma urgente, con conductas antisindicales desplegadas y procediera inmediatamente a desbloquear el acceso de los actores a su aplicación informática y móvil, mediante las respectivas identidades digitales[10].

En Chile y Colombia también se reconoció la existencia de una relación laboral independientemente de la calificación de las partes, además de identificar elementos de subordinación y dependencia, ya que están **sujetos a órdenes e instrucciones, están hiper vigilados en sus labores, y son remunerados semanalmente previa liquidación efectuada por la recaudadora**[11]**.** Asimismo, se ha ordenado a las empresas de plataforma a pagar cesantías, primas de servicios, vacaciones y cotizaciones de seguridad social[12].

Educación dual

El objetivo en la educación dual es el aprendizaje de la persona que está en su ciclo de formación, lo que incluye un componente técnico y otro práctico. Sin embargo, la educación dual no significa convertir al estudiantado en personas trabajadoras que realicen funciones propias de la empresa y que operen como el resto de las personas trabajadoras ordinarias. Es decir, debe ser una

5 Court of Cassation and opposition, Commerce Division 4, Florian Menard Vs. SAS Uber France, Uber B.V., 29 de enero de 2018.

6 England & Wales Court of Appeal, EWCA Civ 2748 Uber B.V. & Ors v Aslam & Ors, 19 de diciembre de 2018.

7 Parlamento Europeo, Resolución legislativa P8_TA-PROV(2019)0379 Condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, 16 de abril de 2019

8 Sánchez, Luis Javier. "El Parlamento Europeo fija unos derechos laborales mínimos a trabajadores de plataformas digitales en una Directiva". *Confilegal*, 17 de abril de 2019.

9 Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Recurso No. 4746/2019, 23 de septiembre de 2020.

10 Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo No. 37, Expediente No. 46618/2018 Rojas Luis Roger Miguel y otros c/ Rappi Arg. SAS s/ Medida Cautelar. Sentencia Interlocutoria Definitiva No.1141, 19 de marzo de 2019.

11 Unda, Eduardo. "Tribunal del Trabajo de Concepción decreta que existe relación laboral entre PedidosYA y sus trabajadores/as". *Radio Universidad de Concepción*, 6 de octubre de 2020.

12 Vita Mesa, Laura. "Sentencia judicial reconoce vínculo laboral entre domiciliario y plataforma digital". *La República: Asuntos legales*, 29 de septiembre de 2020.

una práctica real, bajo constante supervisión[13]. Si por el contrario existe una incorporación a las actividades productivas ordinarias de la empresa se desdibuja la modalidad de educación dual y existe la posibilicad de que la persona realice una prestación personal sujeta a subordinación jurídica, pero sin remuneración ni derechos laborales. Luego de tres proyectos (Exps. 19019, 19378, y 20786) y de una amplia discusión sobre la laboralidad de esta modalidad de aprendizaje, se aprobó la Ley sobre Educación y Formación Dual (número 9728). Pese al carácter civil que le asigna la ley, se planteó que las empresas formadoras debían incorporar al estudiante gradualmente en las actividades productivas conforme a su avance, dominio y destreza, lo cual es contrario con la naturaleza educativa y formativa de esta relación[14]. El estudiantado no debe realizar funciones propias de la actividad económica de la empresa. Ante la posibilidad de que se configuraran los elementos de una relación laboral, se optó por sustituir la remuneración por becas u otros beneficios, así como por la idea de que la contraprestación es la adquisición de destrezas o experiencia[15]. La CCSS indicó que la figura de la educación dual debe manejarse con cuidado, de manera que se evite su uso indebido como una parte oculta de empleo permanente sin remuneración y la consecuente evasión a las responsabilidades de aseguramiento y aporte a los seguros sociales administrados por la institución.

El aprendizaje con aplicación práctica de conocimientos continúa regulada por el contrato de aprendizaje en el marco de competencia del Instituto Nacional de Aprendizaje, que reconoce al estudiantado como trabajadores a plazo fijo, aunque con salarios disminuidos. La ley 9728 permite que sean otras instituciones de enseñanza quienes también puedan suscribir contratos con las empresas más allá del INA y además crea una modalidad que se declara no laboral (art. 16 párrafo final). Sin embargo, es posible señalar esta modalidad como una zona gris ya que si bien la ley señala que la educación dual debe ser productiva y que los estudiantes deben someterse dentro de la empresa a condiciones reales y vivenciales, dependerá de la forma como se ejecute, en aplicación del principio de primacía de la realidad, que nos encontremos frente a un proceso formativo en la empresa, o a trabajo subordinado disfrazado de proceso formativo en la empresa. Esta zona gris es producto de la opción legislativa de no definir de forma expresa si la educación dual implica la posibilidad de realizar funciones ordinarias dentro de la dinámica propia de la empresa, o si por lo contrario debe limitarse a un proceso de formación en la empresa.

La ley establece la obligación de las empresas de adquirir pólizas de riesgos para cubrir a las personas estudiantes que cumplan con los programas de educación dual. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Trabajo que considera a aprendices y a otras personas similares como trabajadores para efectos de la aplicación del Título Cuarto sobre riesgos de trabajo y salud ocupación, la ley 9728 considera a los estudiantes en educación dual como aprendices únicamente para efectos de la suscripción de la póliza. Por todo lo anteriormente indicado, es que pese a la aprobación calificación de la educación dual como una relación que no genera vínculo laboral, sigue estando dentro de la categoría de zona gris, ya que la ausencia de claridad de los alcances de la eduación dual (proceso formativo o prestacion de servicios ordinarios en la empresa), cabe platearse que existe poca claridad sobre la laboralidad de un proceso de educación dual que en la realidad exprese los elementos de la relación laboral, en cuyo caso no expresaría educación dual sino un contrato de aprendizaje.

Pasantías

El Código de Trabajo (art. 200) señala que, para efectos de la aplicación del Título Cuarto sobre riesgos de trabajo y salud ocupacional, se consideran "trabajadores los aprendices y otras personas semejantes aunque, en razón de su falta de pericia, no reciban salario." De manera que cuando se establece este tipo de prácticas,

13 Durante Calvo, M. (2019, 11 de junio) Contratos laborales atípicos y zonas grises/I Entrevistadores: M. Castro Méndez y K. Carvajal Loaiza. San José.

14 *Ibídem.*

15 Venegas Hernández, Franciny. *Educación dual en Costa Rica. Análisis jurídico del tema y una propuesta alternativa a los proyectos de ley 19019 y 19378*. San José, Universidad de Costa Rica, 2019, pp. 31-47, 54-56

los pasantes quedan cubiertos por todas las regulaciones y protecciones de ese Título. Las pasantías tienen la finalidad de ofrecer una oportunidad de aprendizaje a un estudiante, dentro de su campo de estudio; por lo que debe observarse las mismas consideraciones que fueron señaladas en el contrato de aprendizaje y la educación dual. El pasante no debe realizar funciones propias de la empresa, sino recibir un entrenamiento, dentro de una relación de aprendizaje. Si el pasante se incorpora a la actividad productiva de la empresa o institución, de manera ordinaria, el convenio de pasantía se convertiría, por principio de realidad, en una relación laboral encubierta en la medida que se trate de una prestación personal de un servicio bajo subordinación jurídica[16].

Falso autónomo y empresas unipersonales

Los falsos trabajadores autónomos son trabajadores a los que se trata como autónomos, pero que en realidad son trabajadores subordinados, de manera que se contrata servicios personales en el marco de reglas civiles o mercantiles[17], por medio de contratos como el de obras, servicios profesionales, transporte, mandato, comisión o agencia[18]. Esto plantea una zona gris entre el trabajador autónomo y el falso autónomo que hace necesaria una clarificación de los criterios para distinguir entre ambas categorías[19], o bien para regular ámbitos de trabajo que permanecen en esa zona gris, es decir, el trabajo de aquellas personas que sin estar un una relación de trabajo subordinado, prestan una colaboración continua y coordinada a la empresa y que, por razones fácticas contratan sus servicios en condiciones de inferioridad[20]. La jurisprudencia española ha reconocido el carácter laboral del falso autónomo, particularmente refiriéndose a las labores de repartidores en plataforma, al señalar que la empresa no es una mera intermediaria, sino que es titular de los activos esenciales de la actividad[21], incluyendo la propia aplicación.

Las empresas unipersonales suelen asociarse a formas de trabajo no subordinado, en el cual media una autonomía técnica que permite a quien realiza la prestación llevar a cabo su actividad de forma independiente y no subordinada. Rachetti identifica el surgimiento del fenómeno de descentralización productiva como catalizador para el auge del contrato de arrendamiento de servicios en el Derecho del Trabajo. No obstante, se entiende también que dichos acuerdos de voluntades pierden eficacia cuando en ellos se defrauda la ley disimulando una relación laboral con la finalidad de no pagar los aportes respectivos a la seguridad social o para reducir costos de producción[22]. También la jurisprudencia nacional concuerda con este aspecto en el tanto agrega que, aún cuando existan contratos escritos en los que se dote de naturaleza no laboral a la relación entre las partes, es preciso analizar lo acontecido, para desentrañar el verdadero carácter del ligamen. Es decir, ante una discordancia entre la realidad y los documentos aportados a un expediente, se debe dar preferencia a la primera, pues los hechos prevalecen sobre las formas, las formalidades o las apariencias[23].

Falso autónomo por servicios profesionales en servicio público

Lo señalado anteriormente también es aplicable al servicio público, incluso en los casos en que la administración pública ha realizado un concurso de antecedentes aplicando la normativa de contratación administrativa correspondiente. De manera que aún cuando se suscriba un contrato administrativo de servicios profesionales, la Sala Segunda ha

16 Solórzano, Lucía. “Pasantías en los centros de trabajo”. *El Empleo: Mundo Empresarial*, 29 de septiembre de 2017.

17 Caamaño Rojo, Eduardo. “Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Valdivia, No. 18, 1 de julio de 2005, p. 23

18 Caamaño Rojo, Eduardo. “La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo”, *Revista Laboral Chilena*, Santiago, No. 12, diciembre de 2004. p. 16

19 *Ibídem,* p. 7

20 Ermida Uriarte, Óscar & Hernández Álvarez, Óscar. “Crítica a la subordinación”, *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 290

21 Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Recurso No. 4746/2019. 23 de septiembre de 2020.

22 Rachetti, Fernando. “Empresas unipersonales: su realidad en el derecho uruguayo”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, Año I, No. 1, 2002, p. 169.

23 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 275-2001 del 23 de mayo del 2001.

mantenido que si la persona trabajadora reúne en realidad los criterios determinantes de una relación laboral, esta debe ser considerada como tal para todos los efectos legales. Se ha señalado que "no puede aceptarse que, con independencia de la realidad de las contrataciones, baste el nombre dado por la administración a una determinada relación, para denegar a verdaderos/as trabajadores/as los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico, incluso con rango constitucional, pues, por ese camino, se estaría favoreciendo el fraude a la ley, cometido por la propia administración"[24].

Correduría

A partir de los indicios señalados en las disposiciones nacionales e internacionales se ha logrado establecer la presunción de existencia de una relación de trabajo bajo ciertos supuestos constatados tales como la prestación personalísima del servicio, ajenidad, trabajo realizado bajo instrucciones y control de otra persona, existencia de un lugar de trabajo y suministro de materiales y maquinaria, remuneración periódica, realización de actos bursátiles que constituyen el objeto, y actividad principal y cotidiana de un puesto de bolsa[25]. Por otra parte, en casos donde no se determinó el carácter laboral de la relación, se ha logrado identificar también aspectos determinantes, los cuales se concretan cuando existe una libertad de manejo en cuanto a la cartera de clientes. Por ejemplo, si logra constatarse que puedan ser trasladados a otro puesto de bolsa que se ajustara mejor a las condiciones de la persona corredora, de manera que el servicio pretendido por los inversionistas, sean las operaciones de las demandantes y no el puesto de bolsa en sí mismo[26]. Se ha determinado que el control sobre el tiempo no resulta trascendente para establecer el elemento de subordinación[27]. En cambio, en situaciones en donde el corredor no pueda autorizar una negociación sin antes realizar las respectivas consultas a la demandada, sí se ha determinado que ello es un reflejo de su dependencia y subordinación a la autorización o visto bueno de algún personero o superior para la suscripción del negocio, pues existiría efectivamente un impedimento para actuar autónoma e independientemente[28].

En cuanto a los corredores de bienes raíces, La Sala Segunda ha estimado que, a pesar de la existencia de informes semanales, el hecho por sí solo no constituye un indicio de subordinación jurídica o de un estado de sujeción a órdenes patronales, sino, del necesario orden que se debía llevar de las ventas o reservas[29]. Las actividades desarrolladas en forma independiente junto con todo un equipo empresarial, en relación con proyectos diferentes a los desarrollados por la empresa inicial también tienden a alejar la calificación jurídica del derecho laboral. Si bien, puede suceder que la sociedad contratada a través del corredor cumpla con sus compromisos en la oficina de la empresa contratante, toda vez que, su ubicación posibilita la venta o reserva de los inmuebles. Es decir, puede darse para efectos de operatividad de las ventas, sin obedecer por ello a la existencia de la subordinación jurídica en los términos de una relación laboral[30].

Relaciones simbióticas en el turismo

Recientemente se ha identificado una dinámica tendiente a la informalidad recurrente en el sector turístico. Las transformaciones tecnológicas han tenido un rol en el surgimiento de plataformas como *Workaway* o *Worldpackers*, en donde se facilita conectar negocios como hostales y otros

24 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 98-2011 del 2 de febrero del 2011 (Ver en igual sentido Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia Nos. 330-2009 del 29 de abril del 2009; 71-2008 del 1 de febrero del 2008; 81-2007 del 14 de febrero del 2007; 78-2006 del 22 de febrero del 2006; 286-2005 del 27 de abril del 2005; 1000-2004 del 17 de noviembre del 2004; 545-2002 del 6 de noviembre del 2002; 669-2001 del 9 de noviembre del 2001).

25 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 0315-2016 del 30 de marzo del 2016.

26 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 0767-2014 del 1 de agosto de 2014.

27 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 792-2017 del 16 de junio de 2017.

28 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 0315-2016 del 30 de marzo de 2016.

29 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia No. 0127-2013 del 1 de febrero de 2013.

30 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia No. 0127-2013 del 1 de febrero de 2013.

hospedajes turísticos con personas que acepten realizar una serie de labores variadas[31]. Sin embargo, es posible que estas relaciones incluyan relaciones laborales en condiciones materiales de informalidad. En otros países este fenómeno ha provocado reacciones adversas por parte de operadores jurídicos[32] y organizaciones laborales[33]. Las representaciones de las plataformas afirman no operar como una agencia, aun cuando cobran montos por suscripción a las personas usuarias.

La jurisprudencia nacional y la doctrina han distinguido entre trabajo benévolo o de favor y trabajo oneroso, ya que el primero se caracteriza por la ausencia de un interés de percibir una contraprestación a cambio. Si la motivación principal de la prestación ofrecida es la adquisición de una ventaja económica, se estaría en presencia de una relación de trabajo prestado a título oneroso[34]. Si la prestación obedece a una motivación altruista (ayudar a otros en necesidad, colaboración a causas benéficas, etcétera) se podría ser trabajo benévolo.

Voluntariado

La distinción entre trabajo benévolo o voluntario se ha extendido en diversos sectores de la economía laboral. Una de las actividades en donde recurrentemente se han presentado este tipo de casos es en las organizaciones religiosas, dentro de las cuales muchas veces se tiende a confundir estas categorías. La Sala Segunda ha señalado que una de las distinciones características del servicio voluntario es la inexistencia de remuneración o percepción económica, de tal forma que si media pago por los servicios ofrecidos, nunca podría hablarse de voluntariado[35]. Admás el trabajo no se presume gratuito. Un elemento diferenciador vuelve a ser la subordinación, así como su identificación a partir de la aplicación del principio de la primacía de la realidad.

Sacerdotes

Los sacerdotes de la Iglesia Católica reúnen los criterios determinantes de una relación laboral: prestación personal, remuneración mensual y subordinación jurídica, ya que reciben lineamientos de la Conferencia Episcopal respecto a la liturgia, son destacados en diferentes parroquias discrecionalmente por ella y existen procedimientos disciplinarios regulados por el derecho canónico. Sin embargo, la Iglesia Católica niega la existencia de una relación laboral ya que estima que se trata de una vocación de servicio a la comunidad y que la subvención que se le entrega mensualmente al sacerdote, proviene de las contribuciones de la comunidad por lo que estima que no puede ser considerada un salario. A pesar de no haber sido resuelto respecto de la Iglesia Católica, la Sala Segunda si ha señalado, respecto de un pastor misionero que "la prestación de servicios del accionante a la demandada, era permanente y por ellas recibía una retribución económica derivada de la que la parte demandada llama ofrendas, pero en realidad, independientemente del nombre que se le dé, es un salario porque era una contraprestación por servicios personales brindados"[36]. En el caso de la prestación de este tipo de servicios en el marco de la Iglesia Católica, luego de que la Caja Costarricense del Seguro Social intentara cobrar las cuotas obrero-patronales, esta Iglesia recurrió la resolución, la cual continúa un análisis desde hace ya varios años en los tribunales laborales[37]. De manera que, aunque la relación laboral sí ha sido reconocida para este tipo de trabajadores respecto de otras iglesias, en la medida que se expresen los elementos que configuran el contrato de trabajo, esta continúa siendo una zona gris en lo que a la Iglesia Católica se refiere, ya que no

31 Román Barzuna, José Pablo. "COVID-19 desnuda trabajo informal en la costa de Guanacaste". *La Voz De Guanacaste*, 16 de julio de 2020.

32 Jurado, Laura. "La trampa de 'Workaway': vacaciones que esconden explotación laboral", *El Mundo,* 3 de agosto de 2016.

33 Fontaine, Andie Sophia. "Unions Step Up Efforts Against 'Volunteer Jobs'", *Reykiavik Grapevine,* 24 de marzo de 2016.

34 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 00948-2013 del 16 de agosto del 2013.

35 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 541-2016 del 1 de junio del 2016; No. 688-2016 del 7 de julio del 2016.

36 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 688-2016 del 7 de julio del 2016.

37 Devandas Brenes,Mario. Directivo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, entrevista de fecha 21 de abril del 2020. Entrevistador: Mauricio Castro Méndez

existe aún ningún reconocimiento en tal sentido de los tribunales laborales.

Recolectores de café

Una relación que es necesario mencionar es la recolección de café, que se repite anualmente, en las etapas de granea, cosecha y repela. La producción y comercialización del café tiene una supervisión y control directo de todo el proceso productivo a través del Instituto del Café de Costa Rica (ICAFE), por medio de la Ley de Relaciones entre Productores, Beneficiadores y Exportadores de Café No. 2762 y su reglamento (Decreto Ejecutivo N°28018-MAG**).**

La ley 2762 no establece ninguna regulación sobre la contratación de las personas que laboran en la recolección de café. El ICAFE ha negado sistemáticamente la existencia de una relación laboral ente productores y recolectores de café, e incluso insta a los productores a "mantenerse firmes en ese argumento"[38] frente a la intención de la CCSS de levantar planillas para estos trabajadores. Al efecto, diferencia entre el personal permanente de las empresas y fincas, de los "recolectores temporales intermitentes".

La jurisprudencia laboral ha señalado respecto de los recolectores de café que, cuando se evidencian los elementos del contrato de trabajo (prestación personal, remuneración y subordinación), se configura un contrato de trabajo de temporada, de manera que se tiene como una relación de carácter indefinido que se repite con cada cosecha anual. Así se resolvió por primera vez en 1992[39], a partir de una remuneración por cada cajuela recolectada y en aplicación del principio de supremacía de la realidad. Esta línea ha sido reiterada hasta el año 2017, tanto por la Sala Segunda, la Sala Constitucional y por la Sala Primera[40], al establecer que el hecho de que la persona recolectora sea llamada anualmente para ejercer esa labor, es el elemento más claro de la laboralidad. Además, se da dentro de una relación de poder y dirección por medio del capataz, quien determina qué tipo de café se debe recolectar, cual calle debe recolectar, por donde va el corte, la hora a la que se debe parar, la hora de medida de las cajuelas (según lo establecido en el decreto de salario del Ministerio de Trabajo que define el valor de la cajuela como una categoría salarial). Al existir una remuneración y una prestación personal del servicio, se ha determinado que se trata de una relación de trabajo por temporada[41].

Esta línea jurisprudencial ha señalado que, más importante que el cumplimiento de un horario, lo es el resultado de las funciones realizadas, las cuales son remuneradas con base en el decreto de salarios mínimos, así como el elemento de la ajenidad de los frutos de la actividad, ya que los costos y riesgos de la actividad recaen en el productor, en cuyo patrimonio se incorporaba además el producto de esta, sin que pudiera desplazarse ese riesgo al trabajador. Esto constituye un elemento que da mayor certeza sobre la existencia de una relación laboral. La subordinación en estas relaciones se da por medio de ordenes como dónde recolectar, a qué hora deben ir a medir y que tipo de café deben recolectar. Si hacen lo contrario pueden ser disciplinados incluso impidiéndoles que regresen al trabajo. No solo se dirige la manera en que debe realizarse el trabajo, sino también se fiscaliza y, consecuentemente, se disciplina a quienes no se ajustan a las instrucciones giradas. Estas potestades se ejercen mediante el representante patronal (mandador o encargado). Se ha considerado que el hecho de que exista cierta flexibilidad en cuanto a los horarios de entrada y salida, o en cuanto a las horas de almuerzo, no demerita la existencia del elemento subordinación, que se expresa por las potestades patronales de mando, organización, dirección, fiscalización y disciplina[42].

38 Instituto del Café de Costa Rica, Circular No. 2279 Sobre la mano de obra migrante y el levantamiento de planillas por parte de la C.C.S.S., 22 de diciembre de 2014.

39 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 233 del 2 de octubre de 1992.

40 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 000293-F-S1-2017 del 16 de marzo de 2017.

41 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2010-16124 del 28 de setiembre de 2010.

42 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 2014-0145 del 12 de febrero de 2014; No. 2014-0146 del 12 de febrero de 2014; y No. 2014-01160 del 26 de noviembre de 2014; Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 00293-F-S1-2017 del 16 de marzo del 2017

En la jurisdicción contencioso administrativa se ha calificado de no laboral, a las relaciones que ocasionales o irregulares entre recolectores y los productores. Al efecto se ha señalado que hay grupos de personas, en gran medida migrantes, que tienen una presencia irregular o no permanente, que no realizan esta actividad de manera reiterada, o todos los días, sino que se presenten de manera ocasional, e ingresan y salen del cafetal a la hora que les parece. Al respecto, algunas sentencias de esa jurisdicción han estimado que no es tan sencillo determinar que se esté frente a una relación laboral, sino que se trata de una relación voluntaria, ocasional, de personas que no son contratadas de manera personal y directa, sino que se dedican habitual o excepcionalmente a la recolección[43] y que "se trata de una relación impersonal en la que el recolector ingresa a la finca a realizar su actividad y luego, se cancela un precio a convenir por una cajuela de café recolectada (…) no existe en tales casos subordinación (…) el cogedor no está sujeto a un horario específico para el desempeño de sus labores" [44].

Ni la ocasionalidad ni la irregularidad de la presentación del servicio tienen como consecuencia inevitable la no laboralidad de la relación. Para la legislación costarricense, el trabajo ocasional es una relación laboral si se presentan los elementos definitorios un contrato de trabajo.

Sin embargo, los flujos migratorios, de familias que se desplazan al país durante la recolección, en muchas ocasiones en condiciones migratorias irregulares, genera importantes dificultades de control y seguimiento, en la medida que, la contratación se puede hacer con el jefe del núcleo familiar o de la familia extensa[45], y además un mismo recolector o grupo de recolectores puede recolectar café para diferentes productores. Sin embargo, esto genera problemas de gestión e individualización de las relaciones laborales, pero estas no dejan de ser tales por ser ocasionales o por tener jornadas irregulares. Todo productor lleva un control en el momento de recibir las cajuelas de café, por lo que puede y debe determinar quién se la entregó y cuánto le pago por el café recolectado.

Luego de un proceso desarrollado por muchos años, con participación de diversos actores, incluyendo la Universidad Nacional por medio del IRET, diversos productores organizados, ICAFÉ, la Caja Costarricense del Seguro Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se alcanzó un convenio suscrito entre estas últimas tres entidades, y consecuentemente[46]. En el año 2018, la Junta Directiva de la CCSS aprobó en sesión 8986, del 30 de agosto, el "Reglamento para el aseguramiento contributivo de la población recolectora de café en el Seguro de Salud en forma excepcional y por la temporada de la cosecha". Se trata de un mecanismo de protección excepcional del Seguro de Salud, para todas aquellas personas que se dediquen a la recolección de café en territorio nacional, sean éstos costarricenses o extranjeros, e independientemente de su condición migratoria. Este mecanismo de aseguramiento (exclusivamente para el seguro de salud y no para el de invalidez, vejez y muerte) no es aplicable para los recolectores que son considerados trabajadores, sea los trabajadores permanentes o los trabajadores indefinidos de cumplimiento discontinuo, es decir, para los trabajadores de temporada. Todos estos deben estar asegurados como trabajadores de la finca o empresa correspondiente. Además, se requiere que el recolector no esté asegurado de forma independiente y no tenga recursos para hacerlo.

El ICAFE tiene, para efectos de aplicación de este Reglamento, el deber de registrar a todas las personas que requieran su inclusión en este tipo de seguro y debe enviar mensualmente a la CCSS el reporte de los recolectores que cumplen con los requisitos para acceder a ese aseguramiento. A las personas con condición migratoria irregular se les facilita una identificación como recolectores de café por el tiempo que dure la actividad. El financiamiento de esta cobertura, se financia por medio de un aporte de un 5.75% del ICAFE y de un 9.25% a cargo del Estado, calculados a partir

43 Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, II Circuito Judicial, No. 271-2011 del 16 de diciembre del 2011.

44 Tribunal Contencioso Administrativo, No. 0274-2011-VI del 16 de diciembe del 2011.

45 Loría Bolaños, Rocío. IRET, Universidad Nacional, Entrevista del 25 de mayo del 2020. Entrevistador: Mauricio Castro Méndez.

46 *Ibídem*.

de la Base Mínima Contributiva establecida por la CCSS. Este aseguramiento se supedita a que existan los recursos necesarios y suficientes por parte del Estado y del ICAFE.

Como se ve, la jurisprudencia laboral ha venido reconociendo la laboralidad de los recolectores de café (permanentes, de temporada y ocasionales), pero ICAFÉ continúa rechazando la existencia de una relación laboral entre recolectores y productores, y el Reglamento de aseguramiento excepcional permite darles un tratamiento de trabajadores independientes, con lo que continúa existiendo una zona gris. La aplicación de este Convenio podría llegar a incluir como asegurados independientes a trabajadores ocasionales que por lo tanto no son trabajadores independientes, y, por lo tanto, podría permitir que los productores, pequeños o grandes, recurran a este mecanismo por medio de ICAFÉ, aún cuando en el fondo se trate de relaciones consideradas laborales por la jurisprudencia, y de esa manera evadir sus obligaciones laborales y de aseguramiento. Por otra parte, este convenio representa un primer intento en Costa Rica de generar una responsabilidad solidaria de distintos eslabones de la cadena de valor, por medio de ICAFÉ, respecto del aseguramiento de personas trabajadoras del primer eslabón de la cadena de valor.

La tercera parte de este trabajo será publicada en la Revista n° 19, en la cual se abordarán las relaciones que pertenecen a "zonas grises complejas", así como las relaciones que legal o jurisprudencialmente han sido consideradas como no laborales.

Bibliografía

ARIAS ESPINOZA, Luz y VÁSQUEZ CARRILLO, Yoryina. *Uber:* ¿Existe relación laboral entre los conductores que brinda el servicio de Uber y la empresa Uber? San José, Universidad de Costa Rica, 2017

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo", *Revista Laboral Chilena*, Santiago, No. 12, diciembre de 2004.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. "Las transformaciones del trabajo, la crisis de la relación laboral normal y el desarrollo del empleo atípico", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Valdivia, No. 18, 1 de julio de 2005

DEVANDAS BRENES, Mario. Directivo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social. (21 de abril del 2020). Entrevistador. M. Castro Méndez. San José.

DURANTE CALVO, Marco. (2019, 11 de junio) *Contratos laborales atípicos y zonas grises/ Entrevistadores: M. Castro Méndez y K. Carvajal Loaiza*. San José.

ERMIDA URIARTE, Óscar & HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. "Crítica a la subordinación", *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

FONTAINE, Andie Sophia. "Unions Step Up Efforts Against 'Volunteer Jobs'", Reykiavik Grapevine, 24 de marzo de 2016.

Disponible en: *https://grapevine.is/news/2016/03/24/unions-step-up-effortsagainst-volunteer-jobs/*

JURADO, Laura. "La trampa de 'Workaway': vacaciones que esconden explotación laboral", El Mundo, 3 de agosto de 2016. Disponible en: *https://www.elmundo.es/baleares/2016/08/03/57a1955722601d69268b45ba.html*

LORÍA BOLAÑOS, Rocío. IRET, Universidad Nacional, (25 de mayo del 2020). Entrevistador Mauricio Castro Méndez.

RACHETTI, Fernando. "Empresas unipersonales: su realidad en el derecho uruguayo", Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Montevideo, Año I, No. 1, 2002.

ROMÁN BARZUNA, José Pablo. "COVID-19 desnuda trabajo informal en la costa de Guanacaste", *La Voz De Guanacaste*, 16 de julio de 2020.

Disponible en: *https://vozdeguanacaste.com/covid-19-desnuda-trabajo-informal-en-la-costa-de-guanacaste/*

SOLÓRZANO, Lucía. "Pasantías en los centros de trabajo". *El Empleo: Mundo Empresarial*, 29 de septiembre de 2017.

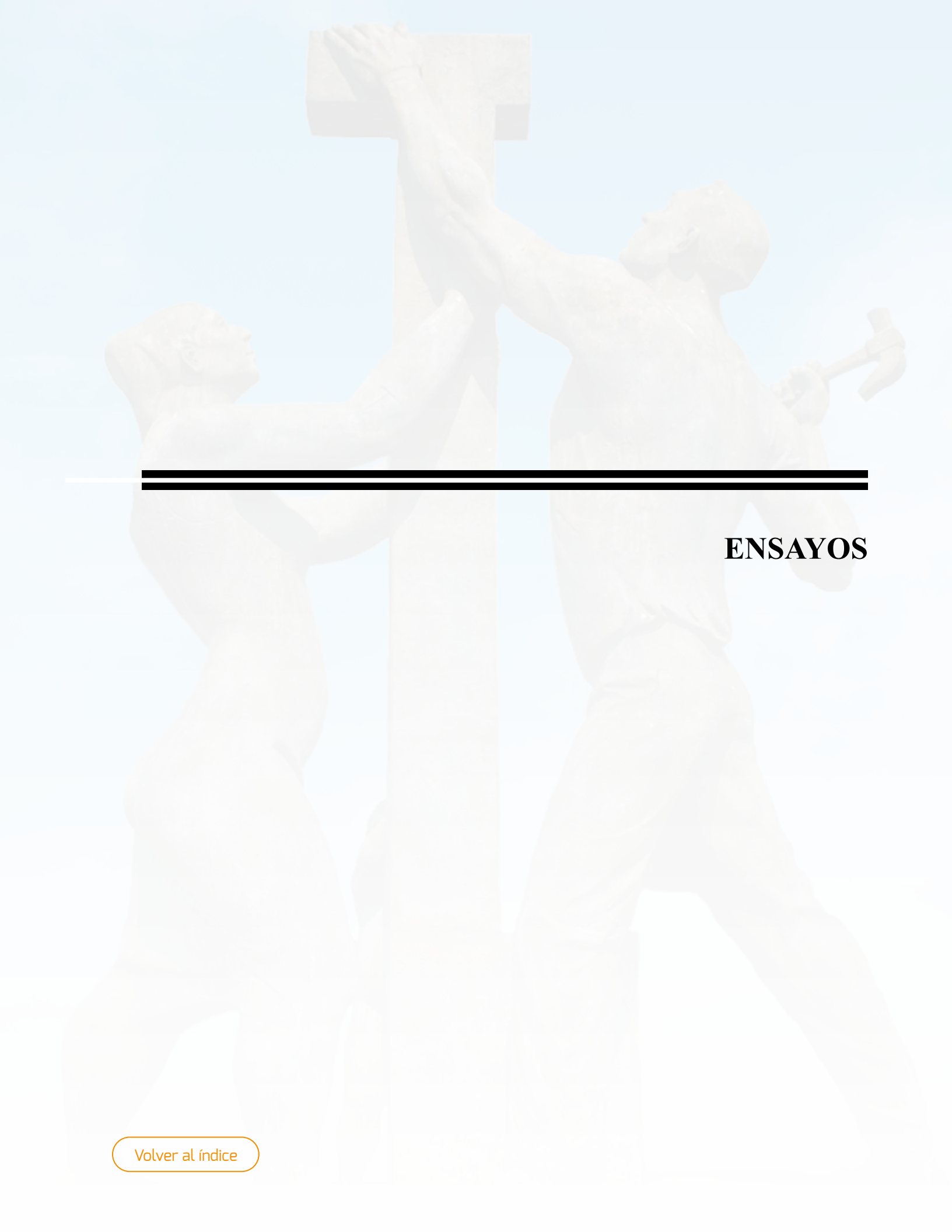
Disponible en: *https://www.elempleo.com/cr/noticias/mundo-empresarial/pasantias-en-los-centros-de-trabajo-6599*

SÁNCHEZ, Luis Javier. "El Parlamento Europeo fija unos derechos laborales mínimos a trabajadores de plataformas digitales en una Directiva", *Confilegal*, 17 de abril de 2019. Disponible en: *https://confilegal.com/20190417-el-parlamento-europeo-fija-unos-derechos-laborales-minimos-a-trabajadores-de-plataformas-digitales-en-una-directiva/*

UNDA, Eduardo. "Tribunal del Trabajo de Concepción decreta que existe relación laboral entre PedidosYA y sus trabajadores/as". Radio Universidad de Concepción, 6 de octubre de 2020. Disponible en: *https://www.radioudec.cl/2020/10/06/tribunal-del-trabajo-de-concepcion-decreta-que-existe-relacion-laboral-entre-pedidosya-y-sus-trabajadores-as/*

VENEGAS HERNÁNDEZ, Franciny. *Educación dual en Costa Rica. Análisis jurídico del tema y una propuesta alternativa a los proyectos de ley 19019 y 19378*. San José, Universidad de Costa Rica, 2019.

VITA MESA, Laura. "Sentencia judicial reconoce vínculo laboral entre domiciliario y plataforma digital". *La República: Asuntos legales*, 29 de septiembre de 2020. Disponible en: *https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/sentencia-judicial-reconoce-vinculo-laboral-entre-domiciliario-y-plataforma-digital-3067081*



ENSAYOS

Volver al índice

INSTRUMENTALIDAD Y CONTEXTUALIZACIÓN: LOS DOS TEST* INDISPENSABLES EN LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

Diego Benavides Santos(**)

RESUMEN

El esfuerzo por adecuar y sistematizar el derecho procesal de familia adquiere otra dimensión luego de la aprobación del Código Procesal de Familia, y por ello este artículo quiere señalar lo importante de mantener desde las decisiones, desde la teoría y desde la ciencia, el examen de al menos dos aspectos que a nuestro juicio son fundamentales: el de instrumentalidad y el de contextualización. Lleva el ensayo por el camino que se considera conforman estos dos *test* fundamentales que debe cumplir la jurisprudencia y la doctrina en cuanto al derecho procesal de familia

SUMARIO; 1.introducción; 2.Los dos exámenes necesarios; 3.El camino que se recorre con el derecho procesal de familia; 4.La "autonomía" no es importante; 5.Lo importante es la instrumentalidad; 6.Asterisco necesario: ¿qué quiere decir tener como centro a la persona humana?; 7.La instrumentalidad protegida por la suficiencia normativa; 8.La instrumentalidad resguardada por la técnica de los principios rectores; 9.La instrumentalidad acorazada por la normas dique y por las normas esclusa; 10.La instrumentalidad preservada por su par: la contextualización; 11.La sistematización dentro de esta ecuación de lo importante; 12.Algo parecido a la "autonomía"; 13.Lenguaje, cultura y derecho procesal de familia; 14.derecho procesal de familia adrede con minúscula como revividor constante de la instrumentalidad y de la contextualización; 15.Del derecho procesal de familia hacia la teoría y practica de los sistemas de resolución de conflictos familiares; 16. Final; Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En febrero del año 2020 salió publicado el Código Procesal de Familia (CPF), para entrar en vigencia en octubre de ese mismo año. Esa vigencia, por reciente ley que reforma la vacatio legis, se retrasará dos años más. Esto en atencióna las circunstancias obvias que se han presentado en este año 2020. Sin duda alguna, dicha aprobación representa un hito en el desarrollo del derecho procesal de familia en nuestro país. Sin embargo, debemos ubicar adecuadamente que con ello empieza un nuevo camino que es el de vitalizar, perfeccionar y completar el sistema por medio de la jurisprudencia y de la doctrina. Esto no es nuevo pues ya se hacía anteriormente. Pero no debe dejarse de notar que el camino que se abandona era mas empinado ya que los pasos para adecuar y sistematizar la normativa a lo familiar eran más. Pero el esfuerzo por adecuar y sistematizar no ha concluido, y por ello este artículo quiere señalar lo importante de mantener desde las decisiones, desde la teoría y desde la ciencia –a saber desde la jurisprudencia y desde la doctrina- continuamente el examen de al menos dos aspectos que a nuestro juicio

* Se utiliza en español en plural sin las que se utiliza en inglés conforme con el Diccionario panhispánico de dudas de la Real Academia Española, www.rae.es

(**) Profesor de derecho procesal de familia. Autor de los libros Curso de Derecho procesal de Familia, Axiomas del Derecho Procesal de Familia y Hacia un derecho procesal de familia. Miembro de las comisiones redactora y revisora del Código Procesal de Familia de Costa Rica

Volver al índice

son fundamentales en lo que hemos reflexionado alrededor del derecho procesal de familia.

2. LOS DOS EXÁMENES NECESARIOS

Estos dos exámenes son el de instrumentalidad y el de contextualización. Uno es el meollo del derecho procesal, el otro es una verdad constante en la interpretación de aspectos culturales como lo son las circunstancias en que se ubica un concepto, instituto, fenómeno, y sin los cuales no se puede comprender en su verdadera dimensión.

3. EL CAMINO QUE SE RECORRE CON EL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

El derecho procesal de familia costarricense en su autorreflexión constructiva a partir de una interpretación del derecho comparado creó una escala de medida de los sistemas procesales familiares. Dibujó un camino por el cual transitaban dichos sistemas, señalando hasta el momento tres fases a las cuales denominó generaciones al punto que el marco teórico del Código Procesal de Familia hablaba del paso de la segunda generación a la tercera. Se identificó una fase primitiva (primera generación), una fase intermedia (segunda generación) y la fase de plenitud (tercera generación). Si me preguntan hacia dónde va este camino, responderé claramente: camina hacia la protección de su verdadera esencia, hacia el refinamiento y especialización de sus diferentes piezas. Camina hacia un acertado abordaje que permita cumplir de mejor manera su cometido.

4. LA "AUTONOMÍA" NO ES IMPORTANTE

En alguna época, las ramas del derecho planteaban que eran autónomas. Autónomas en su legislación, autónomas en su jurisdicción, autónomas en su abordaje científico. Es claro como hemos planteado que ese anhelo de autonomía evidencia un camino de relevancia histórica en un momento determinado íntimamente relacionado con el camino de las generaciones que identificamos. Pero esto se da cuando se da y no es realmente importante para una materia, pues no toca su esencia. Las cosas llegan cuando tienen que llegar y se van de la misma manera. Es más, el derecho procesal de familia, en nuestro caso, no debe ser autónomo, es y debe ser interdependiente de su servido el derecho de familia de fondo, pues la pérdida de contacto con éste implica su deslegitimación, su inutilidad. En todo ejercicio sobre el derecho procesal de familia debe hacerse un preámbulo sobre las características y principios de la figura del derecho de fondo que pretende efectivizar, para lograr el gozne, pues muy corrientemente un principio del derecho de fondo tendrá su versión procesal. A nuestro juicio, el problema de la autonomía del derecho procesal de familia no es un problema real, y no debemos invertir un segundo en ello. No va para ningún lado. Es como cuando un niño quiere tener cédula de identidad, nada hace con hablar de ello, llega cuando llega. Y cuando llega, pasa, y no es importante tampoco.

5. LO IMPORTANTE ES LA INSTRUMENTALIDAD

La instrumentalidad es la esencia del derecho procesal de familia. Lo es de todas las disciplinas procesales. La función de las normas procesales es catalizar la eficacia de la norma de fondo. Conforme con el artículo 1 del CPF se remarca este eje básico como lo es la instrumentalidad. Esto es que las normas procesales tienen como fin efectivizar las normas y principios del derecho de fondo, en nuestro caso, las normas de fondo del derecho de familia. En consonancia con esto, también el artículo 2 deja claro que se deben potenciar "las normas y principios del derecho de fondo sobre los procesales…". Ya antes ese mismo artículo 2 había dejado claro que para aplicar, interpretar e integrar la norma procesal se debe atender "el carácter instrumental de las normas procesales". Ahora bien, toda pieza de este sistema, como corresponde y es su definición, debe poseer esa característica instrumental. Es el caso por ejemplo, de los sujetos procesales, y dentro de estos, está lo relativo al rol de la persona juzgadora y al de las personas abogadas litigantes. Son roles especializados y estratégicos en función de que el centro sea la persona humana como dice el artículo 6. Todo debe pasar por un examen de instrumentalidad. Si la ciencia del derecho procesal no tiende a hacer el test de instrumentalidad para cada caso, si la teoría del derecho procesal no va encaminada a definir a teorizar respecto al provecho, al fruto, al aprovechamiento, al servicio de la norma procesal respecto al derecho de fondo, no está cumpliendo tampoco su papel. Lo

mismo y más claramente aún, los operadores del sistema deben realizar como protocolo elemental de revitalización, de perfeccionamiento, de completez, ese examen primario de instrumentalidad. Podemos preguntarnos cómo es un test de instrumentalidad. Pues muy sencillo. Se plantea el derecho de fondo y se coteja el grado de realización que encuentra a partir de la norma procesal, de los principios procesales, de los institutos procesales, de los conceptos procesales. Casuismo, flexibilidad, dinamismo, informalidad, adaptación a los cambios veloces, proporcionalidad, razonabilidad, justicia. Y todo dentro de un marco de legalidad paradójicamente proteccionista. Maleabilidad, ductibilidad, es muy probablemente lo que se requiere, lo que lleva a depositar mucha responsabilidad, mucho poder en los operadores, razón por la cual es clave el diseño de esta pieza, de manera tal que, dicho perfil y rol, nos debe poner el espejo en este operador que debe verse como un servidor, un instrumento para quienes tienen el asunto, el problema y lo están viviendo en carne propia: las partes. Ellas son el centro. Si el juez es el centro, hay un problema de instrumentalidad. Si la norma procesal es un fin en sí mismo sin responder un por qué y un para qué desde el derecho de fondo. Hay un problema de instrumentalidad. Si las garantías procesales son un fin en sí, respondiendo a dogmas de otras materias, sin un por qué o un para qué desde el derecho de fondo, hay un problema de instrumentalidad. El asunto de familia es un asunto de comunicación en buena parte de sus trechos, entonces, los actos procesales deben tener como norte la comunicación, así la oralidad, la sentencia, la ejecución debe tener una traducción en términos comunicativos, la virtualidad también. Así hay, y debe haber, bisagras, goznes, entre temas de fondo y temas procesales, con un claro por qué y con un claro para qué. Toda esa migración seductiva del derecho de common law y todas esas modas que genera, deben tener un tamiz de instrumentalidad. Test de instrumentalidad es igual a profundizar en los por qué y en los para qué desde el derecho de fondo, entendiendo que el derecho de fondo debe tener ese mismo centro, cual es, la persona humana. Si el motor del derecho de familia actual son los derechos humanos, las normas procesales deben convertir al operador de la materia en un operador que realice la constitución y los instrumentos internacionales, por eso se acerca cada vez más la jurisdicción ordinaria de familia, a ser, y así debe ser, un sistema constitucional y de derechos humanos de familia. Así, a partir de la instrumentalidad, y para su protección, es que se identifica la necesidad de la suficiencia normativa.

6. ASTERISCO NECESARIO: ¿QUÉ QUIERE DECIR TENER COMO CENTRO A LA PERSONA HUMANA?

Debemos subrayar que tener como centro del sistema a la persona humana, como lo dice el artículo 6 del CPF, significa: respeto, dignidad, igualdad, o en su defecto, equilibrio, integridad, escucha, consideración, oportunidad de crecimiento. Denota que el tiempo y los recursos invertidos estén justificados a partir del desarrollo de adecuadas competencias profesionales y laborales por parte de los expertos involucrados en desarrollar el proceso, sean las personas juzgadoras, sean las personas abogadas litigantes, sean los miembros de equipos interdisciplinarios, sean los auxiliares de la justicia, así como las personas técnicas judiciales, las autoridades administrativas y policiales. Equivale también a entender que existe un nivel mínimo de condiciones aspirando a un nivel óptimo de calidad. Tener como centro a la persona humana quiere decir que los recursos estén estratégicamente dispuestos para obtener el mejor resultado del proceso. Esas personas humanas a que se refiere la idea son las partes y los participantes y todo detalle debe evidenciar que se trata de los servidos principales y el resto son servidores con la misión de colaborar a que el asunto o conflicto pase a un nivel de solución integral y eficaz. Eso significa y así debe quedar claro. Así las actuaciones procesales son una manifestación de la función jurisdiccional pero inescindiblemente debe mostrarse como servicio para las partes, y ese servicio debe ser de calidad, acorde con el cumplimiento de ciertos mínimos esperables.

7. LA INSTRUMENTALIDAD PROTEGIDA POR LA SUFICIENCIA NORMATIVA

Ahora bien, la técnica del derecho procesal de familia debe tender a velar por proteger en cada caso esa instrumentalidad, ese diseño específico, esa estrategia escogida en virtud de los fines y espíritu del derecho familiar de fondo. Ese es

Volver al índice

un tesoro muy preciado, por lo que conlleva. En virtud de este axioma, de esta máxima es que surge el concepto de suficiencia normativa que implica que un cuerpo normativo bien diseñado para lo procesal de familia no remitirá a normas de otras materias, porque las normas de esas otras materias tienen de seguro otra instrumentalidad. Esta pereza o falta de ganas del ingeniero procesal al hacer remisiones se paga caro, pues se pierde realmente el por qué y el para qué. La norma procesal de familia bien diseñada nunca remitirá a otras normativas que no sean de su esencia, debe ser suficiente en el sentido de que naturalmente incompleta e imperfecta como obra humana que es, tendrá el dispositivo de perfeccionamiento y de completez dentro de sus mismos componentes, dentro de su misma naturaleza esencial. El test de instrumentalidad debe pasar entonces por esos "ahorros" de tinta que se convierten en laberintos donde si no se provee el hilo de Ariadna, ¿recuerdan esto en la mitología griega?, de seguro la instrumentalidad necesaria se perderá.

8. LA INSTRUMENTALIDAD RESGUARDADA POR LA TÉCNICA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES

En este mismo sentido, la técnica de los principios rectores debe tener como fin resguardar la instrumentalidad. ¿Por qué? Porque los principios rectores los identificamos como los componentes esenciales[1] de la dinámica de los asuntos de la materia, y como tales, son también cinturones de protección a la instrumentalidad. Esos principios procesales serán esos hilos de Ariadna pues son ese enlace entre el derecho de fondo y el derecho procesal para la realización del primero con vista en tener como centro de todo a la persona humana. El examen de la instrumentalidad tiene unas de sus preguntas más importantes en el uso del lente de los principios del derecho procesal de familia para leer la parte, desde el todo. El por qué y el para qué desde el derecho de familia de fondo es fundamental.

1 Ver en este sentido: Amey Gómez, Paola y Benavides Santos, Diego. El Código Procesal de Familia y sus principios: prismáticos para observar y realizar lo constitucional en y desde lo procesal, artículo distribuido en conferencia sobre el tema en noviembre de 2020. Bien vale rescatar de ese texto la siguiente reflexión: "De acuerdo con la definición dicha podemos referirnos a los diversos papeles o funciones que desempeñan o cumplen los principios en el sistema.

a. Son entonces **enmarcadores o conectores constitucionales de lo procesal**. Uniendo los puntos entre cada principio, los cuales están íntimamente relacionados unos con otros, subyace ese mandato protector.
b. Tienen un **papel perfilador o caracterizador**. Delinean los aspectos fundamentales del sistema. Así a través de su descripción sucesiva se está haciendo un retrato del sistema.
c. **Guían el sistema hacia su espíritu y finalidad** de tener como centro a la persona humana como lo dice el artículo 6 del CPF.
d. **Resguardan el carácter instrumental** de las normas procesales, a saber realizar las normas de fondo en el marco de lo constitucional y de los instrumentos internacionales. Los principios son parte de un cinturón de protección de esa instrumentalidad al igual que la recomendable suficiencia normativa y las consecuentes normas diques y normas esclusas. La suficiencia es la característica destacable de un sistema procesal de familia de bastarse a sí mismo a efecto de asegurar la instrumentalidad, es decir que no haya no haya remisiones a normativas que obedecen a otra instrumentalidad, de acuerdo con su derecho material. Si hubiere remisiones es donde aparecen las normas dique y esclusa. La norma dique es aquella que identifica lo compatible e incompatible de una remisión en forma genérica, para impedir el paso, como un dique, de aquello que no concuerda con lo esencial del derecho procesal de familia. La norma esclusa es aquella que eleva el nivel de una remisión a su armonía con el resto del sistema a partir de los principios del derecho procesal de familia. Las remisiones del CPF, a saber, para el allanamiento de morada, para los cobros de sumas de dinero, las notificaciones y la resolución alterna de conflictos están dentro de este marco implícito.
e. **Otorgan una perspectiva contextualizadora** y por ende hay una función contextualizadora. Contextualizar es tener en cuenta las condiciones que rodean un fenómeno y sin las cuales no se puede comprender en sus verdaderas dimensiones. No en vano el artículo 2 CPF lo primero que hace es contextualizar el concepto complejo de debido proceso agregándole implícitamente el adjetivo "familiar", eso sucede desde ahí ya con la oralidad y con todos los conceptos preexistentes.
f. Es consustancial al tema de los principios, como componentes esenciales del sistema, la **función sistematizadora** pues los principios como sus componentes esenciales dan coherencia y completez al sistema.
g. Esos principios tienen una función fundamental de hacer que ese cuerpo normativo que como tal, en letras, es un cuerpo inerme, se transfigure en un organismo vivo a través de la dinámica de los sujetos procesales. Los principios cumplen entonces un **cometido de vitalización**, propician la llegada a un destino de perfeccionamiento del sistema, tienen una utilidad de completar dicho régimen. Vitalizar, perfeccionar y completar un diseño normalmente estático, naturalmente imperfecto, comprensiblemente incompleto…"

9. LA INSTRUMENTALIDAD ACORAZADA POR LA NORMAS DIQUE Y POR LAS NOMRAS ESCLUSA

Nos devolvemos un poco al tema de la suficiencia y al "ahorro de tinta" al hacer remisiones. La minimización del riesgo implica al menos tener el cuidado de introducir las normas dique y las normas esclusa. Estas son las que no dejan pasar lo incompatible de las normas prestadas y que insertan la sabia vital del sistema que son esos componentes esenciales. La norma dique es la que impide el paso de los elementos de la norma prestada que no son compatibles con la esencia del servicio de la materia de fondo. La norma esclusa es la que remite a la aplicación de acuerdo con los principios del derecho procesal de familia. Así, con esta técnica, se trata de defender también la instrumentalidad. En el test de instrumentalidad habrá ítems alternativos al contestar positivamente sobre las remisiones y negativamente la suficiencia normativa.

10. LA INSTRUMENTALIDAD PRESERVADA POR SU PAR: LA CONTEXTUALIZACIÓN

Ahora bien, es hora de presentarles el otro buey que acompaña en el yugo del proceso familiar a la instrumentalidad y esta es la contextualización, que si se mira bien es tomada de la costilla del Adán de la instrumentalidad. La instrumentalidad es uno de los aspectos fundamentales de todo análisis y desde luego es un aspecto fundamental del derecho procesal de familia. Es tomar en cuenta, en nuestro caso siempre, las necesidades y las características de los asuntos familiares, sin los cuales no se entiende ni se puede analizar la forma en que se deben hacer procesalmente las cosas. Es poder inducir esas necesidades y características dando dos pasos hacia atrás y pasar en ráfagas y despacio, uno por uno, y cada uno en profundidad: proceso de adoptabilidad por ejemplo, el de unión de hecho, el de visitas, el de declaración de paternidad, el de nulidad de matrimonio, el de guarda o cuidado, el de pensiones alimentarias, el de daños y perjuicios, el de nulidad de trámite de atribución filiatoria administrativa, el de pérdida o suspensión de responsabilidad parental, el de restitución internacional, el de inexistencia de matrimonio o el de nulidad por simulación, la liquidación anticipada de bienes gananciales, la impugnación de reconocimiento, la adopción, la salvaguardia, las visitas internacionales, el reconocimiento de resoluciones extranjeras, el resolutivo por validez o extensión del acuerdo de pensiones alimentarias, la violencia doméstica, la nulidad de traspaso de bienes gananciales, la salida del país de personas menores de edad, el proceso de protección cautelar, la tutela, la cesación de unión de hecho por mutuo acuerdo, la nulidad de capitulaciones matrimoniales, las oposiciones a la adopción, a la salvaguardia, a la tutela, al depósito, el levantamiento de velo societario, el divorcio sea resolutivo o sea por mutuo acuerdo, las medidas de protección a la niñez tanto nacionales como internacionales. Y luego dar dos pasos más atrás y ver el caso concreto con caras y nombres, pues todos son diferentes. Eso es el test de la contextualización. Igual en conceptos, en institutos, en fenómenos, en dinámicas.

El artículo 2 CPF se refiere a este aspecto fundamental del sistema y en general de todo lo procesal de familia, como lo es, la contextualización. En ese artículo se desarrolla la idea que, al aplicar, interpretar e integrar la norma procesal, debe atenderse a lo elementos propios del principio general del debido proceso "contextualizado en armonía con las necesidades y características de la materia familiar". Esta idea de contextualización es cimera, culminante, eximia, sobresaliente, eminente, preciada en este sistema. La contextualización "en armonía con las necesidades y características propias de la materia familiar" es una competencia refinada que debe desarrollar el operador del sistema de derecho procesal de familia con todas las aplicaciones, interpretaciones e integraciones, si bien en ese artículo se puntualiza nada más y nada menos referida al debido proceso, debe entenderse que la contextualización se debe dar en toda situación de aplicación, interpretación e integración procesal. Contextualizar es poner en contexto, y contexto es el "conjunto de circunstancias que rodean una situación y sin las cuales no se puede comprender correctamente." A partir del contexto se puede interpretar o entender algo. El contexto es un marco condicionante. Ahora bien, la administración de justicia familiar es un fenómeno de alta complejidad, y ubicar las necesidades y características de la materia familiar es fundamental. En el desarrollo de la ciencia de lo procesal, el tema familiar no ha estado en el

Volver al índice

foco, y por ende, los conceptos e institutos hasta ahora conocidos deben ser contextualizados, pues si no resultarán desfasados. Hay que ubicar los conceptos, institutos y los elementos en su contexto para que adquieran sentido, y así como la palabra necesita del texto que es su propio contexto, así los conceptos, institutos y los elementos que hasta ahora se han construido resultan primitivos sin una referencia y perfección relativa al contexto en armonía con las necesidades y características propias de la materia familiar.

Desde luego que el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de institutos y conceptos en el campo del derecho procesal de familia no se puede dirigir hacia el campo de la abstracción, sino por el contrario, y necesariamente, hacia su contextualización, la cual determina las condiciones de la inserción de los conceptos e institutos y esa contextualización redefine los límites de su validez, y resulta reconceptualizado. El CPF se refiere nada más y nada menos que al debido proceso, pero en esa contextualización deben pasar, por mencionar algunos conceptos, la oralidad, la conciliación, la prueba, las medidas cautelares, el recurso de casación, pero siempre referido también a las características del caso concreto. El artículo 2 del CPF desde luego que nos refiere una contextualización de conceptos y de institutos en armonía "con las necesidades y características propias de la materia familiar". Pero, ahora bien, hay desde luego aún un nivel superior y al tener como centro a la persona humana, ese nivel superior es contextualizar en el caso concreto, manda a analizar la situación no desde la perspectiva íntima del operador sino de las características del caso concreto. No solo hay un tipo de familia sino varios tipos de familia, y aún dentro de los diferentes tipos, los casos concretos nos sorprenderán con sus diferencias. No solo hay un tipo de discapacidad hay muchos y el caso concreto nos irá sorprendiendo con sus diferencias. Entonces habrá que estar muy atento a generalidades pero aún más a las diferencias que emanan del caso concreto, diferencias que deben ser respetadas en la decisión y aplicaciones. Entonces, hay niveles claros en este test de contextualización: en lo abstracto (características y necesidades de los asuntos familiares como si fueran solo uno), en lo medio (buscando tipologías) y en el caso concreto como tal (este es el nivel superior en el test)

11. LA SISTEMATIZACIÓN DENTRO DE ESTA ECUACIÓN DE LO IMPORTANTE

Una estrategia debe ser clara y coherente. Lo procesal de familia debe ser eso. Un plan para actuar muy claro y muy coherente. Donde cada parte tiene relación con el todo y el todo con cada parte. La sistematización también es una de las palabras que deben ser muy utilizadas en la jurisprudencia y en la doctrina. Es un elemento que no debe olvidar el operador ni tampoco el científico del derecho procesal de familia. El sistema procesal de familia es diseñado de esa forma para que al ver la parte, se aplique con el todo, no en letra por letra, sino en sistema. Y ahí desde luego los por qué y para qué de la instrumentalidad y el dimensionamiento de la contextualización

Sistema, entonces, es el todo presente en las partes. Es coherencia en virtud del espíritu y finalidad del sistema. Es un todo en virtud de las normas de rango superior, a saber la Constitución y los instrumentos internacionales que deben prevalecer sobre las otras normas, y referenciados por el derecho de fondo para el cual es necesario instrumento. En fin, es un sistema, y es un sistema sofisticado, refinado, exquisito a partir de las competencias profesionales de los operadores y de los científicos que lo abordan y lo utilizan como instrumento adecuado.

12. ALGO PARECIDO A LA "AUTONOMÍA"

Por todo ello, es que, hemos dicho al igual que lo dicen los textos bíblicos de buscar `primero el reino de Dios y de su justicia y que todo lo demás será añadido, sostenemos que buscad primero la instrumentalidad y la contextualización y agregamos la sistematización y dentro de ese camino, inexorablemente aparecerá en esta senda, en este derrotero, en la historia del derecho procesal de familia, algo similar a la autonomía, que es un grado de independencia en su sistema, aunque estamos claros que la complejidad del derecho y de la complejidad de la cultura de la cual es parte el derecho, es interdependiente. Estamos claros que se trata esa especie de independencia de una identidad que deriva del cuidado que se ha tenido desde adentro, por parte de sus científicos y operadores, y no de cómo se ve desde afuera. Muy probablemente como en toda familia, los de afuera

nos verán parecidos a nuestros hermanos. Ojalá esos hermanos en los que nos encuentran "cierto aire parecido" sean el derecho de familia de fondo, el derecho constitucional, y los derechos humanos. Si eso es así, hay un derecho procesal de familia que probablemente es jalado por bueyes bien examinados en estos dos aspectos fundamentales que hemos dicho.

13. LENGUAJE, CULTURA Y DERECHO PROCESAL DE FAMILIA

El derecho es parte de la cultura y la forma de conectar uno con el otro es con el lenguaje. Lo que no tiene un nombre, cuesta que tenga una existencia y un desarrollo. Por ende, aquellas situaciones implícitas y diferenciadoras de lo procesal de familia deben tener un nombre y una consecuente definición. Al momento que se le pone un nombre, se da existencia a un concepto o a un fenómeno, se define y se pone a evolucionar. Esa perspectiva debe darse con los principios para identificar subcomponentes o sentidos diferentes del principio, e incluso, nuevos principios a crear por la jurisprudencia o por la doctrina. O bien de forma inductiva identificar principios que están implícitos.

El derecho procesal de familia debe ir acuñando su propio diccionario técnico y vislumbrando las necesidades filosóficas jurídicas con su correlativo práctico, en esa antítesis y síntesis perpetua en pos de su perfeccionamiento y sofisticación. Debe comprender el peso del lenguaje con la cultura y su relación con el derecho en la codificación y decodificación de la realidad y de los valores. El derecho procesal de familia ha de sentirse conquistador y colonizador de su problemática y ante los hallazgos o definiciones teórico prácticas ha de echar mano a su inventiva y creatividad, siempre con su diccionario en la mano para ver si un término de los que están en el mismo definen el concepto que se debe crear o que está creado y que no tiene un nombre. Y así poco a poco el derecho procesal de familia irá decantando y alimentando su glosario técnico y sinérgicamente sus mapas conceptuales. Pero en esta labor, nuevamente aparecerán indispensables el test de instrumentalidad y el examen de contextualización. Pero, en esta ocupación encontraremos una dimensión muy interesante e importante y que ubicará el abordaje como postmoderno al ser necesariamente interactivo dentro de la multidisciplina que permita apropiarse también de conceptos y herramientas de otras disciplinas y no estamos refiriendo del mismo derecho, sino desde todas las aristas de la complejidad del abordaje de lo familiar: psicología, sociología, antropología, medicina, administración, economía, etc, etc, etc. Este glosario al traspasar esta línea será enriquecido y pasará a aguas más profundas.

14. DERECHO PROCESAL DE FAMILIA ADREDE CON MINÚSCULA COMO REVIVIDOR CONSTANTE DE LA INSTRUMENTALIDAD Y DE LA CONTEXTUALIZACIÓN

Hemos enfatizado hasta la saciedad, esperamos, que las normas procesales son un utensilio, son un instrumento, son una herramienta para hacer efectivos y concretar los principios y las normas del derecho de fondo, las cuales deben desarrollar a su vez la Constitución y los instrumentos internacionales. El estudio de esta fenomenología de lo procesal es lo que debemos llamar derecho procesal de familia. Como en aquella bella canción costarricense se asocia la amatista con la flor en tonos de violeta del roble y el coral con la flor roja del malinche, el derecho procesal de familia debe hacer una relación metafórica, debe ponerse un hilo en el dedo para memorizar, para recordar, para no olvidar, para rememorar, para tener presente, para evocar su carácter instrumental. Lo que propongo es que siempre nos refiramos a ella con minúscula, como una alusión de que no es nombre propio sino que es un servidor para otros. Esto entonces como un preventivo para el olvido de su esencia, para revivirla día con día. Las reglas de la gramática nos refieren que los nombres propios se escriben con mayúscula, igual los sustantivos y adjetivos que forman el nombre de disciplinas científicas cuando nos refieren a ellas como materias de estudio y especialmente en contextos académicos. Entonces recordaremos siempre que el derecho procesal de familia como tal, no es nombre propio. Si es del caso pondremos un asterisco o una nota de pie de página para explicar por qué no lo usamos con mayúscula.

Volver al índice

15. DEL DERECHO PROCESAL DE FAMILIA HACIA LA TEORIA Y PRACTICA DE LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMLIARES

Anunciamos un nuevo concepto que proponemos por el momento y con vista en las ideas del francés Edgar Morin, de manera que se respete la complejidad de lo que se piensa o estudia, lo que se analiza y valora, y que a nuestro juicio debe estar muy presente para pensar y estudiar, para analizar y valorar el nuevo sistema para trenzar praxis, teoría, ciencia y viceversa ciencia-teoría-praxis, y entonces, nuestro objeto bien es de base jurídica, pero nuestra atalaya, nuestro faro, es multidimensional, o quizás mejor, nuestros faros, nuestras atalayas, así en plural no son necesariamente de derecho. Definiríamos a la "Teoría y práctica de los Sistemas de Resolución de Conflictos Familiares" como el capital de conocimientos e interpretaciones de base jurídica -pero finalmente al amparo de abordajes integrales y multidisciplinarios- que se obtienen del estudio, sistematización y profundización de los fenómenos relacionados con los tramites y operaciones jurídicos –pero que incluye su práctica en un contexto cultural determinado y con atención de la administración de los recursos provistos- que se practican para la resolución o decisión de los asuntos y conflictos que se presentan en las estructuras familiares y en temas conexos. El estudio de trámites y operaciones incluye también el de la organización dispuesta para cumplirlos. Esto quiere decir que nuestra ciencia que respeta la complejidad, que está acostumbrada a pensar la incertidumbre es de equipos de diferentes disciplinas. Así que dos de los pilares del nuevo sistema se traslada a la ciencia que estudia el proceso de familia. Integralidad que correspondería al abordaje de las complejidades. Interdisciplinariedad que corresponde a esa variedad de faros y atalayas. Así, abandonamos el análisis lineal para asumir la multidimensionalidad. La ingeniería de procesos, la administración, la sociología, la psicología, todos esos faros conceptuales y de conocimientos generales tendrán su oportunidad de acercarse y para hacer sus análisis. Y desde estos atalayas y faros estos dos test de la instrumentalidad y de la contextualización serán, con mayor razón, fundamentales, incluso habrá más herramientas para cotejarlos.

16. FINAL

Los matemáticos utilizan una operación en reversa para demostrar que lo hecho es correcto, así el operador y el científico del derecho procesal de familia deberán hacer dos pruebas, dos exámenes en sus desarrollos a efecto de verificar que se mantienen aferrados a la esencia de la disciplina. Una de esas pruebas es la de instrumentalidad, fundamental para verificar que todo concepto, que todo instituto, que toda dinámica tiene un carácter de herramienta para el derecho de fondo en el marco del derecho constitucional y de los instrumentos internacionales. Esa instrumentalidad en el sistema del CPF se ha resguardado, se ha acorazado por medio de la suficiencia normativa, por los principios rectores y debe enfatizarse con conceptos como los de las normas dique y las normas esclusa. Como un recordatorio de la instrumentalidad para recordar que no se trata de un "nombre propio" hemos propuesto escribir derecho procesal de familia, adrede, con minúscula. El otro examen es el de la contextualización en el cual hemos señalado niveles para la abstracción, para el entramado sistemático dentro de la diferencia de institutos pero también para el caso concreto. Hemos visto a la contextualización que de alguna forma es tomada de la misma esencia de la instrumentalidad. Pero al final se trata de esos dos bueyes sobre los cuales recae el cumplimiento de la esencia de lo procesal familiar. Este tema se relaciona con uno reiterado en otras materias como es el de la autonomía, pero identificando que dicho tópico no resulta de importancia para la nuestra per se pues lo realmente relevante es la construcción firme desde lo interno, a partir precisamente de la instrumentalidad y de la contextualización, y buscando y testeando, examinando, estos dos derroteros inexorablemente algo similar a la noción de la "autonomía" será añadida a la operación jurisprudencial y científica. En la labor científica el manejo del lenguaje y de la cultura es sumamente importante, así nominalizar lo implícito y definirlo es de suma importancia y acá nuevamente la instrumentalidad y la contextualización tienen el papel evaluativo. Ahora bien, hay una línea que en estos tiempos traspasar con naturalidad, y necesidad, es parte de ellos, para abordar la complejidad desde la complejidad y para lo cual se propone una atalaya, un faro, para visualizar con mayor integralidad desde la interdisciplina,

pero en ese paso nuevamente los exámenes de instrumentalidad y de contextualización se tornan de suma importancia.

BIBLIOGRAFÍA

AMEY GÓMEZ, Paola y BENAVIDES SANTOS, Diego. *El Código Procesal de Familia y sus principios: prismáticos para observar y realizar lo constitucional en y desde lo procesal*, inédito, artículo distribuido en conferencia sobre el tema en noviembre de 2020

BALLARÍN, Silvana. "Ejecución de sentencias en el proceso de familia: por qué incorporar una normativa específica en relación con la sentencia que prescribe obligaciones de hacer de carácter personalísimo", *Revista Derecho de Familia No. 76*, Buenos Aires, 2017

BALLARÍN, Silvana. *El lenguaje como garantía de tutela efectiva*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2018

BENAVIDES SANTOS, Diego. *"Principios del derecho procesal de familia* ¿Claves constitucionales secretas dentro del CPF?*"*, X Congreso Internacional de Derecho Procesal. Audiencias Virtuales y Reforma Procesal / Sergio Artavia B. Ricardo Zeledón Z. (et al.). 1ª ed. San José, C. R. octubre-noviembre 2020

DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Derecho Internacional Privado Actual,* Tomo I, Buenos Aires, Editorial Zavalía, 2015

DREYZIN, Adriana. *Derecho Internacional de Familia*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2012

FERNÁNDEZ ACUÑA, Ana Cristina y AMEY GÓMEZ, Paola. **"***La participación efectiva de las personas menores de edad en los procesos de filiación en Costa Rica desde la perspectiva de los Derechos Humanos en los Juzgados de Familia"*. Revista de la Sala Segunda, No. 12, San José, 2015

FERNÁNDEZ ACUÑA, Ana Cristina y AMEY GÓMEZ, Paola (2018) "Los Derechos Humanos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de la Ley para la promoción de la Autonomía Personal número 9379 y su reglamento**".** *Revista de la Sala Segunda, No. 16*, San José, 2018

FERNÁNDEZ ACUÑA, Ana Cristina y AMEY GÓMEZ, Paola (2018) *"*El abogado del menor como una verdadera garantía de protección de sus derechos en los procesos judiciales*"*. *Revista Judicial*, San José, 2018

FERNÁNDEZ ACUÑA, Ana Cristina y AMEY GÓMEZ, Paola. *La participación de los menores de edad en los procesos de Familia.* Editorial Académica Española, Madrid, 2018

GALLO QUINTIAN, Gonzalo Javier et al (coords.). *Procesos de Familia*, Editorial La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019

GONZÁLEZ SOLERA, Marcela. "La temporalidad de los procesos de familia: un desafío pendiente para la administración de justicia*"*. En *Revista de la Sala Segunda, No. 16,* San José, 2019

GUAHNON, Silvia. *"Principios y caracteres diferenciadores de los procesos de familia"*, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 2017

KIELMANOVICH, Jorge L. *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2008

LÓPEZ, Francisco. *Pensiones Alimentarias*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2013

MARROQUÍN MARTÍNEZ, Alex David. *Manual de Derecho Procesal de Familia*, San Miguel, El Salvador, Editorial UGB, 2017

MARROQUÍN MARTÍNEZ, Alex David. "¿Es el derecho procesal de familia una rama autónoma del Derecho?*" Revista de la Sala Segunda, N° 6*, San José, 2009

PENISSE, Soledad y PANATTI, Marcela. *Procesos de Restitución Internacional de Niños*, Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 2017

PEREIRA RETANA, Sandra. "Salud, Mujeres y Violencia Doméstica*"*, *Revista Judicial número 123*, San José, 2018

Volver al índice

PEREIRA RETANA, Sandra. *Modelo de Abordaje Integral en Violencia Doméstica*, San José, Editorial Juricentro, 2014

PEREIRA RETANA, Sandra. "Violencia contra las mujeres en la relación de pareja: Diagnóstico legal desde la perspectiva de género", *Revista Feminista Casa de la Mujer,* volumen 21 Número 2, San José.

PICADO VARGAS, Carlos Adolfo y VÌQUEZ VARGAS, Shirley. *Reforma procesal familiar práctica*, San José, IJSA, 2020

PINTO SALAZAR, Jimena. *El niño: sujeto de derechos procesales en la justicia de familia (el derecho a ser oído en Chile)*, Santiago, Editorial Hamurabi, 2019

RENTERÍA DURAND, María Margarita. *Medidas cautelares en el derecho de familia*, Lima, Librería y Ediciones Jurídicas, 2015

SÁNCHEZ CRES, Carlos. *El juez de familia y sus facultades*, Santiago, Rubicón Editores, 2019

SOTO CASTRO, Rolando. *Código Procesal de Familia*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2020

UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis. "El sistema tradicional de gestión de los conflictos familiares de ruptura a la judicialización", capítulo 3 del "*Libro Blanco para la gestión positiva de las rupturas de pareja con hijos", en preparación.*

UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis. *Nuevas perspectivas para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares (la experiencia de los tribunales españoles)*. Ponencia presentada en el I Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho de Familia Dr. Gerardo Trejos Salas, San José, 2014

VÍQUEZ VARGAS, Shirley. *Medidas Autosatisfactivas. En el proceso civil y de familia*, IJSA, San José, 2019

PROTESTA Y DERECHOS HUMANOS: LÍMITE EN EL DESARROLLO DEL MOVIMIENTO Y NUEVAS MODALIDADES DE PROTESTA A LA LUZ DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN EL TRABAJO

Francisco José Quesada Quesada [*]

RESUMEN

El presente ensayo pretende el análisis de la normativa más relevante en cuanto a Derechos Humanos convencionales y su aplicación en el campo de la protesta o movimiento huelguístico, así como introducir lo anterior al tema de la protesta cibernética a la luz de las nuevas tendencias del teletrabajo. Se menciona primeramente la normativa internacional en cuanto a Derechos Humanos, para dar paso así al caso de la regulación de la huelga en Costa Rica y analizar a la luz de esa interacción de normas los factores que el autor considera relevantes en cuanto a la legitimidad del movimiento. Por último, se introduce la cuestionante relacionada con el tema del teletrabajo y la regulación de la "Protesta Cibernética" como problema a atacar por las nuevas tendencias jurídicas.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos / Derecho de Protesta / Derecho Colectivo / Derecho Laboral / Huelga Cibernética

Dentro de la misma naturaleza de los pueblos latinoamericanos, existe una fuerza intrínseca, irrevocable, con la cual se ha construido gran parte de su identidad como región; hablamos de la protesta, la lucha social que llegó con los primeros colonos y que no pensó en abandonar nunca a los ciudadanos de este continente. En el presente ensayo no se busca tocar elementos históricos sobre la evolución de dicho fenómeno social, pues se intenta de manera concisa tratar de hacer un viaje, que, aunque corto, reúna los principales elementos desde la perspectiva de los Derechos Humanos y la interpretación personal sobre los mismos.

Lo expresa la misma Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), cuando refiriéndose a los movimientos de huelga versa que son*: "...un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una constelación de derechos y libertades que el sistema interamericano garantiza tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre como en la Convención Americana de Derechos Humanos.*

> *"En efecto, los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica y asociación garantizan y protegen diversas formas -individuales y colectivas- de expresar públicamente opiniones, disenso, demandar el cumplimiento de derechos sociales, culturales y ambientales y afirmar la identidad de grupos históricamente discriminados. La protesta también juega un papel central en la defensa de la democracia y los derechos humanos. De acuerdo a los instrumentos del sistema interamericano, el*

(*) Labora en el Poder Judicial de Costa Rica desde el año 2009 desempeñándose en varios puestos; desde el año 2017 a la actualidad se desempeña como Juez Laboral. Posee un Diplomado Internacional en Pluralidad Jurídica por la Academia de la Magistratura del Perú. Es Máster en Sociología Jurídica por la Universidad de Barcelona-España (UB) y Máster en Criminología con énfasis en Seguridad Humana por la Universidad para la Cooperación Internacional de Costa Rica (UCI). Actualmente es Doctorando en Derecho Público/Constitucional por la Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica).

Volver al índice

ejercicio conjunto de estos derechos fundamentales hace posible el libre juego democrático."[1]

En palabras de la misma CIDH, protesta es una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación. Como ejemplos pueden mencionarse la expresión de opiniones, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales; la vocalización de apoyo o crítica relativas a un grupo, partido o al propio gobierno; la reacción a una política o la denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilización de la situación de discriminación y marginalización de un grupo. Vemos como indistintamente se utiliza el término para lograr expresar malestar respecto de una situación que se afronta. En esa línea de pensamiento, debemos entender que este mecanismo es una garantía indiscutible para evidenciar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión y reunión, alcances que sin duda han venido a engalanar la presión y formas de gobierno democráticas.[2]

El derecho a la protesta también se encuentra vigorosamente enlazado a las actividades de defensa de los derechos humanos, incluso en las demandas de reconocimiento, protección o ejercicio de un derecho. En varios momentos y en varios países de la región, se ha recurrido a las protestas para ejercer presión ante hechos violatorios de los derechos de las personas como en desalojos, temas de índole laboral y otros eventos que hayan dejado evidenciado una vulneración. La protesta han sido un camino por la cual se ha logrado tanto la elevación de los "derecho piso" o mínimos derechos fundamentales a nivel nacional, como la incorporación de una variedad de novedades en pos de la progresión del derecho internacional de los derechos humanos[3]

La CIDH advierte que, si bien las protestas y manifestaciones se encuentran asociadas a concentraciones o marchas en espacios públicos, pueden adoptar distintas formas y modalidades, como lo han reconocido los distintos sistemas internacionales de protección de derechos humanos. En su informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, la CIDH consideró las modalidades tradicionales de protesta, pero también hizo especial referencia a los bloqueos de carreteras, los cacerolazos y las vigilias, así como a desfiles, congresos o eventos deportivos, culturales, artísticos, etc.[4]

Además de lo dicho anteriormente, los Relatores de Naciones Unidas de igual forma han reconocido dentro de sus informes las huelgas llamadas o conocidas como "de brazos caídos" y ocupaciones pacíficas, como parte del ejercicio de los derechos de asamblea y reunión pacífica. Las altas cortes nacionales e internacionales han interpretado que el derecho de reunión pacífica y sin armas no debe interpretarse de forma restrictiva, dado que constituye un elemento fundamental de la democracia.[5]

---

1 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Protesta y Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Organización de Estados Americanos, 2019

2 - **Sobre el Derecho a la libertad de expresión:** Este derecho está consagrado en el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- **Sobre el Derecho de reunión:** La protesta social también encuentra protección en el del derecho de reunión consagrado en el Artículo XXI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- **Sobre el Derecho a la libertad de asociación:** Previsto en el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- **Sobre la Libertad sindical y derecho a la huelga:** está especialmente protegido por el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - "Protocolo de San Salvador".

3 HEYNS, Christof, Consejo De Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, 2011.

4 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, 2006.

5 KIAI, Maina, Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, 2012.

Sobre este punto, es importante señalar varios factores que a nuestro criterio vienen a desnaturalizar cualquier elemento de protesta y su génesis, pues si bien es necesario hacer uso de la presión social para lograr ser escuchados, las organizaciones gremiales en quienes descansa la materialización de estos movimientos, no pueden contravenir los mismos derechos de orden constitucional e incluso de rango de derechos humanos. Vemos como la Carta Magna costarricense otorga un lugar en sus entrañas a la protesta, esto por medio del artículo 61 que señala: "*Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia.*". Por lo que debe entenderse que es un derecho constitucional e indiscutible que los gremios de trabajadores y ciudadanos en general puedan optar por este tipo de protesta como recurso de presión ante conflictos colectivos o sociales, pues acá priva el derecho de expresión al que nos referimos líneas arriba. Ahora, dentro del tema sindical o gremial, ese derecho debe regirse y disfrutarse dentro de los alcances que la Ley establece, siendo en el caso costarricense dentro de la normativa laboral vigente; esto como herramienta para limitar alcances en pro de un clima sano, tanto para los trabajadores, como para los patronos. Vemos que el artículo 371 del Código de Trabajo, da el concepto de manera clara para que se ejerza de manera legal el derecho a la huelga: "*La huelga legal es un derecho que consiste en la suspensión concertada y pacífica del trabajo, en una empresa, institución, establecimiento o centro de trabajo, acordada y ejecutada por una pluralidad de tres personas trabajadoras, como mínimo, que represente más de la mitad de los votos emitidos conforme al artículo 381, por los empleados o las empleadas involucrados en un conflicto colectivo de trabajo, para lo siguiente:*

a) La defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales.

b) La defensa de sus derechos en los conflictos jurídicos colectivos señalados en el artículo 386." Así las cosas, la legalidad de una huelga se basa en que debe ser un movimiento concertado, pacífico, ejecutado en cuanto a apoyo por más de la mitad de las personas trabajadoras en los parámetros del artículo 381 del Código de Trabajo, cuando sea para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales o, la defensa de sus derechos en los conflictos jurídicos colectivos señalados en el artículo 386 *ibidem*. Así es como se regula o se limita precisamente la protesta bajo la lupa de los Derechos Humanos, pues de no haber regulación interna, no se podrían garantizar derechos de orden natural y supra constitucionales como la vida, la seguridad, el libre tránsito, la salud, y muchos otros.

Por su parte tenemos que también el derecho a la protesta y más específicamente a la huelga se encuentra regulado en el Artículo 8, inciso 1-a del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador): "*1. Los Estados partes garantizarán: (…) b. el derecho a la huelga.*", por lo que evidentemente existe respaldo a la protesta como se dijo, pues es un medio por el cual se han evidenciado injusticias sociales y se ha atacado a sistemas que han intentado tratar como simple mercancía a los seres humanos en el desenvolvimiento de la economía productiva.

En este punto es imprescindible señalar que el derecho a la huelga como forma de protesta, se ve materializado a través de los gremios o representaciones. Esto es interesante, pues este derecho es uno de los públicos subjetivos y que se regula dentro del numeral 61 Constitucional como lo vimos anteriormente, siendo cada persona trabajadora el depositario del poder de accionarlo, pero a través de los colectivos gremiales, es decir, el trabajador posee el derecho, pero para ejercerlo se requiere de los supuestos colectivos que la norma establece. Lo anterior el legislador lo reguló por medio del ordinal 372 del Código de Trabajo que señala en lo que interesa: "*Los titulares del derecho de huelga son los trabajadores y las trabajadoras, quienes lo ejercerán por medio de sus organizaciones sindicales o de una coalición temporal (...)*"

En base a lo anteriormente expuesto, entramos a realizar una pequeña comparación entre el tema que nos ocupa y la hipermodernidad, pues como

Volver al índice

veremos en lo sucesivo, también la protesta y resguardo de los Derechos Humanos, ha ido cambiando de "terreno de juego"; obvio, estamos en un mundo globalizado y precisamente el objeto de estudio de la hipermodernidad son esos cambios claves que han sucedido a lo largo de la historia y que de manera trascendental para ese momento marcan un "nuevo orden".

Es así como nos ocuparnos de un tema que actualmente marca un "antes y un después", dado que muy probablemente todas las personas que leemos estas líneas sabemos el giro inesperado que sufrimos a raíz de la pandemia mundial por la *Covid-19* y que ha hecho que de la noche a la mañana tengamos que optar por nuevas maneras de trabajo y desarrollo de las relaciones de empleo y comercio. Para llevar a cabo esto, ha sido fundamental el acceso a tecnologías remotas por medio del Internet, que se ha vuelto una herramienta más, convertida en esencial para lograr llevar adelante el contrato de trabajo y en general para el diario vivir de la humanidad dentro de esta etapa de "quiebre" de la historia del derecho de trabajo. En ese sentido todo lo que nos rodea de una u otra manera tiene o tendrá que ver con ese idioma universal. Por ejemplo, para que el pequeño agricultor local logre su faena diaria, tuvo necesariamente que tener acceso a insumos que fueron comercializados y facilitados por las tecnologías remotas, conllevando esto una cadena de personas que en ello han intervenido, pudiendo incluso llevarlo a un orden de comercio mundial. Así entre las nuevas facilidades que Internet habilita, destaca la habilidad para asociarse y reunirse que las personas adquieren en virtud de la era digital y que potencia, a su vez, la plena realización y el goce de otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Las reuniones y asociaciones en la era digital pueden ser organizadas y celebradas sin anticipación previa, con poco tiempo y bajo costos. Además, constituye actualmente una herramienta fundamental para el control y la denuncia de violaciones a los derechos humanos durante manifestaciones y reuniones.[6]

En los últimos años, la modalidad de "virtualización" de la protesta, se ha puesto de manifiesto y es un tema que sin duda compete a los que laboramos en relación a este fenómeno social. Se han venido dando estas manifestaciones por medio de cadenas de *emails*, peticiones, manifestaciones y campañas desarrolladas en redes sociales, etc. Es así como cobra relevante importancia que los Estados -y abogo más a los democráticos como el nuestro- a la luz de la protesta "ordinaria", deben ser garantes de acceso a espacios públicos, tales como calles, carreteras y plazas públicas para la celebración de reuniones y poner en evidencia la disconformidad con situaciones que vulneren derechos o busquen la consolidación de los mismos -claro está, dentro de los límites señalados líneas atrás-; deban también asegurar que internet se encuentre disponible y sea accesible para todos los ciudadanos para poder ser un espacio que permita la organización de asociaciones y reuniones, con el fin de participar en la vida política y democrática del país.[7]

> *"Las limitaciones en el acceso a internet, incluyendo las desconexiones totales o parciales, la ralentización de internet, los bloqueos temporales o permanentes de distintos sitios y aplicaciones, antes durante o después de reuniones pacificas constituyen restricciones ilegitimas a los derechos de asociación y reunión. El Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de Naciones Unidas hizo hincapié en la necesidad de asegurar el acceso a internet en todo momento, también en los períodos de malestar político".*[8]

Analizando los anterior y retomando nuestra labor meramente ensayista, es que resulta atinado el poder analizar brevemente el tema de la huelga y cómo este concepto se une a la modalidad del teletrabajo. Repito, nuestra labor busca una interpretación concienzuda en aras de abrir camino

6 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Op. Cit.* 2019.

7 KIAI, Maina, Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, 2013.

8 KIAI, Maina, Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, 2012.

en lo que creemos ha llegado para no irse, pues el desarrollo remoto de las relaciones de empleo, han dado un giro inesperado pero necesario para la época en que las tecnologías se unen a la vida cotidiana.

Versa el artículo 332 del Código de Trabajo: "*Declárase de interés público la constitución legal de las organizaciones sociales, sean sindicatos, como uno de los medios más eficaces de contribuir al sostenimiento y desarrollo de la cultura popular y de la democracia costarricenses*". Es así como dentro de la creación de estos grupos, el legislador viene a ceder parte de la idiosincrasia costarricense, se ensalza el mismo valor democrático nacional y esto no es vano por un tema de representación de los derechos de los trabajadores, que a nivel histórico han jugado estos en nuestro país. Ahora, esta potestad debemos empezar a enlazarla con los parámetros históricos actuales, pues sin duda las tecnologías no serían importantes si no se utilizaran y es en este momento que a raíz de la pandemia, nos vimos en la necesidad de elevar a una herramienta real y no sólo opcional, las tecnologías de la información y por ello se hace trascendental el "digitalizar" la norma, esto se realiza a través de la supletoriedad e interpretación que los juristas estamos no sólo llamados, sino obligados a dar en pos del bienestar de la sociedad, no obstante en ocasiones y en países como el nuestro que están saturados de leyes que redundan y que son unas las complementarias de otras, por la poca capacidad política para regulaciones más extensas, es que se abusa de esta concatenación de forma a veces antojadiza y abierta, dejando meollos.

De manera explícita sobre el derecho a la huelga, nuestra legislación laboral en su ordinal 373 señala que el derecho de huelga comprende varias actividades previas y no sólo el acto de manifestación del derecho. Así es como cualquier acto preparatorio -siempre y cuando no interfiera con el desarrollo de las labores propias de la empresa o lugar de trabajo- es considerado como huelga en sí. Así dada la definición que la Organización Internacional del Trabajo brinda sobre trabajar desde la casa, indicando que: "*(…) es una modalidad de trabajo en la que el trabajador realiza las principales tareas de su trabajo mientras permanece en su casa, utilizando la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) (...)*"[9]; siendo entonces viable que esa modalidad de igual manera al ser reconocida, definida y bien fijada por cada centro de trabajo en los parámetros legales, haga de ella garante del derecho a la huelga de igual manera, por los mismos medios que se está desarrollando el contrato de trabajo. Así nos atrevemos a proponer que en una positivización de este derecho en el contexto del teletrabajo, el artículo 371 del Código de Trabajo debería contener dicha premisa y señalar que: "*La huelga legal es un derecho que consiste en la suspensión concertada y pacífica del trabajo, en una empresa, institución, establecimiento o centro de trabajo, acordada y ejecutada por una pluralidad de tres personas trabajadoras, como mínimo, que represente más de la mitad de los votos emitidos conforme al artículo 381, por los empleados o las empleadas involucrados en un conflicto colectivo de trabajo. Garantizándose su libre ejercicio en todas sus etapas de la manera en que se desarrolle el contrato de trabajo, sea presencial o remota, para lo siguiente: (...)*". Con esto se lograría de forma expresa el dar pie para que los operadores de justicia logren sin tanto rodeo supletorio -que aclaro, no estoy en contra- el aplicar de manera clara la protesta de los trabajadores que desarrollen su vínculo por medios remotos; pues el abanico normativo que posee el país ha sido causa de tener que recurrir siempre a otras normas o a interpretaciones y que esto haga cumplir la premisa de justicia pronta y cumplida.

Bibliografía de consulta

- BOLAÑOS CÉSPEDES, Fernando. *Código de Trabajo, Edición actualizada con reforma procesal laboral del año 2016*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2017.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, 2006.

9 Organización Internacional del Trabajo. *"Guía para empleadores sobre el trabajo desde casa en respuesta a brote de la COVID-19"*. Consultado en línea el 21 de diciembre del 2020: *https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/document/publication/wcms_747014.pdf*

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Protesta y Derechos Humanos,* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Organización de Estados Americanos, 2019.

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Edición Actualizada, San José, Costa Rica, Publicaciones Jurídicas, 1994.

- HEYNS, Christof, Consejo De Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, 2011.

- KIAI, Maina, Organización de las Naciones Unidas (ONU). *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, 2012.

- KIAI, Maina, Organización de las Naciones Unidas (ONU). Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, 2013.

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 1948.

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*, 1969.

- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*, 1988.

EL DEVENIR JURÍDICO FAMILIAR: LA INVESTIGACIÓN E IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD Y LA RELATIVIZACIÓN DEL "MARTER SEMPER CERTA EST"

Gerardo Antonio Blanco Villalta (*)

Palabras clave:

Investigación de maternidad vs investigación de paternidad – Impugnación de maternidad vs impugnación de paternidad – Principio de legalidad vs la convencionalidad – Derechos Humanos y los efectos expansivos y evolutivos – Derecho a saber quiénes son sus padres – Derecho a la no discriminación: con énfasis en las relaciones estables entre personas del mismo sexo – Obligatoriedad del Protocolo de San Salvador y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Resumen:

El derecho de familia, es la máxima expresión de la evolución del derecho humano, porque es el resultado del entorno, la sociedad, la educación, la idiosincrasia, la cultura, la economía y la política. Pero en ocasiones, estos últimos rebasan al primero, y es cuando se abren las oportunidades como la presente, para generar la discusión, la creación[1], la discordia o el consenso. Por ello, el título de este ensayo es tan corto, pero su alcance de reflexión, y posible o al menos discutible aplicación es tan amplio, que simplemente no se puede resumir con las palabras tan imperfectas, pero al final, elegidas para denominar al presente ensayo.

Introducción:

En las primeras clases de derecho familiar, se enseña la frase en latín: *"marter semper certa est"*; en la cual se intentaba asegurar que la madre siempre es conocida en toda filiación, y en todo nacimiento. Las personas de varias generaciones atrás, y todavía en la generación presente dicen con mucha seguridad: *"…los hijos y las hijas de mis hijas mis nietas son, los hijos y las hijas de mis hijos no sé si lo son…"*. ¿Pero qué pasaría si en la modernidad jurídica familiar, esta certeza indiscutible ha perdido un poco de sentido? Propongo varios ejemplos para explicarme mejor, los cuales pretenden que su solución provenga por parte de la persona lectora, y el resolver y/o cuestionarse esos casos sea el objetivo central del presente ensayo. No obstante, primero es menester, explicar el concepto de derechos humanos, el principio de legalidad, el derecho a no padecer de discriminación (con énfasis en las relaciones estables entre personas del mismo sexo), el derecho de saber quiénes son sus padres al momento de nacer y posterior a este; y las generalidades del proceso de emplazamiento de la investigación de paternidad, y también las generalidades del proceso de desplazamiento de la impugnación de paternidad; para así poder hacer la comparación con los dos procesos que tienen su nombre en el título de este ensayo.

Del autor a la persona lectora:

Este ensayo no pretende tener la verdad absoluta, sino traer a la mesa una discusión sana, profunda y provechosa, sobre temas que todavía no tienen una solución clara, o por lo menos, no al momento de la redacción de este artículo. Creo

(*) Máster en Derecho de Familia de la Universidad Latina de Costa Rica. Máster en Justicia Juvenil de la Universidad de Génova (Suiza). Juez en propiedad en el Juzgado de Violencia Doméstica del I Circuito Judicial de San José, Costa Rica. Anteriormente docente en la Defensoría Social del Colegio de Abogados de Costa Rica. Actualmente profesor universitario en el área de postgrados de la Universidad Latina de Costa Rica en la Maestría Profesional de Derecho de Familia. Autor de publicaciones varios de libros y de varios artículos de diferentes revistas.

1. Comentario: Recordemos que *"...inventar es entender algo que no existe..."*. Frase célebre de Benjamín Prado Rodríguez, poeta, novelista, compositor y ensayista español.

Volver al índice

que toda idea ha sido en algún momento una novedad, pero la discusión mejora las ideas, o las ponen en evidencia para bien o para mal. Este artículo requiere de una persona lectora inquieta, persuasiva, confrontativa, y que no se convenza fácilmente, por cuanto de lo contrario no se genera la discusión, y la verdadera riqueza del derecho es la pluralidad de razonamientos; y temas como el que expone el presente ensayo, son parte del devenir del derecho jurídico familiar, o mejor dicho, el presente tema es parte de una realidad que siempre ha acompañado a la humanidad, pero es hasta ahora que es jurídicamente reconocida, y es una responsabilidad de todas las personas juzgadoras estar lo más preparadas para hacer una justicia impregnada de la realidad, que además sea lo más pronta y cumplida posible, pero sobre todo que sea redactada sin prejuicios, y con los lentes de los derechos humanos bien puestos.

Derechos humanos y los efectos expansivos y evolutivos:

Por definición de los derechos humanos, se puede entender:

> *"Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos…"*[2].

Todos los derechos humanos tienen las siguientes características: son universales por lo que protege a todo ser humano por el hecho de ser un ser humano, son inalienables por lo que a nadie se le puede despojar de los mismos, son irrenunciables ni siquiera a voluntad propia, son intransferibles por lo que son exclusivamente de la persona titular, son imprescriptibles desde el nacimiento hasta el fallecimiento de la persona portadora, y son indivisibles porque no se puede prescindir de alguno de estos derechos[3]. Sobre el tema también es importante mencionar:

> *"El término "derechos humanos" es sin duda uno de lo más usados en la cultura jurídica, y política actual, tanto por científicos y los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos. No en vano se puede decir que tiene esa idea de derechos humanos, un significado similar al que tuvo en los siglos XVII y XVIII la de Derecho natural. Por su función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos, y por la convicción de muchos hombres de que constituyen una garantía para su dignidad, y un cauce, el cause principal, para su libertad y su igualdad, la comprensión adecuada de los derechos es no sólo una tarea teórica, sino de un gran alcance práctico"*[4].

Los derechos humanos son evolutivos, porque avanzan con la sociedad, y por eso existen derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación, hasta este momento; lo anterior no es una jerarquía, sino un orden sobre la temporalidad en que fueron reconocidos estos derechos humanos.

La evolución de los derechos humanos es expansiva, y al mismo tiempo todos los derechos humanos son transversales porque atraviesan todas las ramas del derecho, y, por consiguiente: el derecho de familia es una forma de aplicación y/o ejecución de los derechos humanos; que da protección al individuo que conforma a la familia.

2 Naciones Unidas, "Derechos Humanos", documento disponible en: https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html

3 Carpizo, Jorge. "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características". *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 25, p. 3 - 29, julio – diciembre de 2011, Documento disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001&lng=es&tlng=es.

4 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* España: Madrid, Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 21.

El derecho a la no discriminación con énfasis en las relaciones estables entre personas del mismo sexo:

La discriminación proviene de un acto u omisión que versa en el trato diferente, el cual posiblemente es arbitrario e injustificado, y que se debe a ciertos rasgos como por ejemplo: la condición a nivel social, una condición de salud, la lengua, la pronunciación al hablar, el estado civil, una situación migratoria o de residencia, el origen de alguna nacionalidad en especial, proveniencia de alguna etnia o grupo social, el color de su piel, el nacer con determinado sexo o ser hermafrodita, orientación social o identidad de género, creencia y participación en una determinada religión u omisión de la misma, padecer de alguna discapacidad, condicionamiento por su edad, condición económica, opinión política o de otra índole, y otros.[5]

> *"La idea de igualdad puede referirse al Derecho, es decir, ser igualdad ante la ley, a veces llamada igualdad formal, y sería la igualdad en el ámbito del sistema jurídico, o igualdad en la vida social, en la realidad de las relaciones entre los hombres, que se ha venido llamando igualdad real o igualdad material. Es obvio que al situar la igualdad como un valor nos planteamos el tema desde el punto de vista normativo, o sea, desde su consideración: "como principio o directiva genérica concerniente a cómo deben de ser tratados los seres humanos…", aunque tiene que ver con los hechos…"*[6].

El tema de discriminación en las relaciones estables entre personas del mismo sexo es muy amplio, pero en razón de la cantidad estrecha de páginas que se pueden utilizar para la creación del presente ensayo, tengo que limitar en mencionar algunas sentencias, y pedir a la persona lectora que haga estudio de ellas, y que saque sus propias conclusiones, ya que, de lo contrario no se podría concluir con las ideas del presente ensayo.

- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Toonen vs Australia. Dictamen del 04 de abril del año 1994. Sobre que la orientación sexual también está incluida en la protección contra la discriminación.
- Sentencia C-075/07 de la Corte Constitucional de Colombia, sobre el régimen patrimonial en la asociación de parejas del mismo sexo.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Chile, número 74.926-2017, del veintiocho de diciembre del año dos mil diecisiete, sobre el derecho a tener dos madres.
- Tribunal Constitucional Español, sentencia del 19 de abril del año 1991. Sobre el matrimonio de una persona transexual.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de E. B. contra Francia, número 43546/02, sentencia del día 22/01/2008. Donde se establece que ser homosexual no es impedimento para adoptar[7].
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de M. W. contra Reino Unido y Organismos Internacionales de Protección de Derechos Humanos, número 11313/02, sentencia del día 23/06/2009. Sobre el derecho al seguro social de la pareja homosexual[8].
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 7262-2006, de las catorce horas y cuarenta y seis minutos del veintitrés de mayo del dos mil seis, leer por favor los votos salvados. Tema el matrimonio entre personas del mismo sexo.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2009-008909, de

5 Comentario: En relación al tema de la discriminación, a nivel del Poder Judicial se pueden citar las circulares 60-99 y 09-2017, además del Protocolo para las audiencias virtuales en la materia de Familia, y a nivel de cuerpos jurídicos se puede citar la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño, Las Reglas de Brasilia, Constitución Política, Ley contra la Violencia Doméstica, la Ley de Pensiones Alimentarias, y la Ley de Migración y Extranjería, entre otros. Así como también el voto 12095-2018 de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

6 Peces-Barba Martínez, Gregorio. *op. cit*, p. 284,

7 Para mayor información leer: Kemelmajer De Carlucci, Aida, "La familia en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el último trienio", en Lloveras Nora y Herrera Mariza (comps.). *El Derecho de Familia en Latinoamérica*, Córdoba, Argentina, Editorial actualidad jurídica, 2010, p. 45 - 47.

8 Kemelmajer de Carlucci, Aida, op. cit., p. 69 - 70.

Volver al índice

las catorce horas y cuarenta y tres minutos del veintisiete de mayo del dos mil nueve. Tema la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 12782-2018, de las diecisiete horas y cuarenta y cinco minutos del ocho de agosto del año dos mil dieciocho, sobre el derecho del matrimonio igualitario.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 12783-2018, de las veintitrés horas con cero minutos del ocho de agosto de dos mil dieciocho, sobre la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

En síntesis, los derechos para las personas que tienen un matrimonio con otra de su mismo sexo, ya están reconocidos, solo hace falta el explicar cómo van a ser ejecutados los mismos; pero esa omisión en el derecho sustantivo, podría verse también como una forma de discriminación.

Obligatoriedad del Protocolo de San Salvador y la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", entró en vigor el día 16 de noviembre de 1999. A la fecha, 20 países firmaron y de ellos, dieciséis Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) han ratificado dicho instrumento jurídico entre ellos Costa Rica. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a presentar, de conformidad con lo dispuesto por este artículo y por las correspondientes normas que al efecto deberá elaborar la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, informes periódicos respecto de las medidas progresivas que se procedió a adoptar para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo9. El protocolo de San Salvador indica lo siguiente:

ARTÍCULO 1. Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias...de orden interno...a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

ARTÍCULO 2. ... Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas...los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo las medidas legislativas...que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.

ARTÍCULO 3. Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna...

ARTÍCULO 15 INCISO 2.- Toda persona tiene derecho a constituir familia...

La Constitución Política en su numeral 33 indica lo siguiente: Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Caso contrario se podrá presentar los recursos que correspondan,[10] según la solución que da ese mismo cuerpo legal.

El principio de legalidad vs la convencionalidad:

¿Qué hará el Código gastado, cuando las palabras hechas en tiempos lejanos resulten insuficientes para la realidad jurídica actual? ¿Qué hacer cuando la injusticia provenga del principio de legalidad?

Richard Posner ha dicho que es muy probable que los juristas teóricos más tradicionales expresen que si el legalismo no existiera, entonces las personas juzgadoras tienen todo permitido[11]. Pero el derecho de familia es en realidad los derechos humanos aplicados, que van siempre o casi siempre más

9 Para más información ingresar al siguiente enlace: *https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-7_antecedentesymandatos.asp*

10 Constitución Política, Artículo 48, 1949, 7 de noviembre del año 1949.

11 Posner, Richard. Cómo deciden los jueces. Madrid, España, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011, p. 10. Citado en Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. Derecho Alimentario. Revolución histórica y panorama actual, San José, Costa Rica, Editorial Faro, 2020, p. 72.

adelante de lo escrito, lo que obliga a las personas juzgadoras a encontrar soluciones diversas para poder hacer justicia, lo que no significa hacer sentencias ilegales[12], menos como lo expuesto en este ensayo por cuanto actualmente sí existe un derecho ya reconocido a nivel internacional.

Por consiguiente, no se puede hacer una denegatoria de justicia, amparada en la ausencia de la solución del derecho positivo, por cuanto al momento de la redacción de este ensayo, en el mismo derecho de familia existe también ausencia de respuesta del derecho positivo para tener un artículo que haga mención al proceso de levantamiento del velo social en materia del derecho de familia, pero con base en la jurisprudencia[13] y a los principios generales del derecho se logra realizar sentencias que resuelven sobre el tema[14].

Entre las expectativas persistentes e impertinentes de este ensayo, está el generar una voluntad jurídica en la persona juzgadora, que no sea liviana ni escasa en lo que se tenga que resolver, en donde el deber de hacer justicia sea superior a cualquier otra valoración personal o jurídica, juicio de valor o prejuicio[15].

De manera alegórica y poética, lo que se quiere decir es que una puerta puede ser el principio de legalidad y la otra, la convencionalidad; pero *"...no hay mayor preso que el que duda entre dos puertas abiertas..."*[16].

Por otra parte, es muy cierto que la independencia judicial[17] da múltiples interpretaciones de la norma nacional, pero nunca será justificable hacer un abuso de la aplicación de la independencia judicial para olvidar la obligación que recae sobre la convencionalidad, porque hacer una integración de normas es valiente y gratificante cuando por fin se hace justicia, incluso es una obligación profesional, laboral, moral y ética.

No se puede ni se debe de obviar la obligación de hacer una integración de las normas nacionales e internacionales, para poder dar el valor real a los derechos ya reconocidos, los derechos supraconstitucionales, y que con todo esto, por fin, se pueda resolver justamente.

La persona juzgadora, frente al derecho internacional de los derechos humanos, no solo debe aplicar el derecho familiar, sino que esta labor le demanda compromiso, actitud que resulta complicada, pues administrar justicia es una labor noble, que requiere convicción para ejercer lo que es correcto, pero no deja de ser una profesión riesgosa, criticada, atacada y/o maliciosamente mal expuesta por parte de la oposición de lo que sea lo correcto. Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vía jurisprudencia ha establecido que cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, están obligados a velar porque los efectos

12 Código Penal, ley 4573, artículo 350, 8 de noviembre del año 1974.

13 Tribunal de Familia, voto 322-1997, de las catorce horas treinta minutos del diecisiete de diciembre del año mil novecientos noventa y siete; Tribunal de Familia, voto 251-1998, de las catorce horas cincuenta minutos del quince de abril del año mil novecientos noventa y ocho; Tribunal de Familia, voto 1515-2002, de las diez horas treinta minutos del seis de mayo del año dos mil dos; Tribunal de Familia, voto 674-2005, de las ocho horas del seis de junio del año dos mil cinco; Tribunal de Familia, voto 104-2006, de las diez horas cuarenta minutos del primero de febrero del año dos mil seis; Tribunal de Familia, voto 984-2008, de las ocho horas del quince de abril del año dos mil ocho; Tribunal de Familia, voto 33-2010, de las trece horas cuarenta minutos del seis de enero del año dos mil diez; Tribunal de Familia, voto 302-2010, de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de marzo del año dos mil diez; Tribunal de Familia, voto 1064-2010, de las nueve horas treinta minutos del treinta de julio del año dos mil diez; y Tribunal de Familia, voto 324-2011, de las diez horas cinco minutos del trece de abril del año dos mil once; y todas las anteriores citadas, estudiadas y desarrolladas a la perfección en el libro: Soto Castro, Rolando. *El levantamiento del velo social,* San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015, p. 158 - 191.

14 Comentario: En el derecho comercial también existe omisión de un artículo que regule el derecho al uso de tarjetas de crédito, pero en el derecho civil se da trámite a procesos judiciales que nacen de esta forma de hacer comercio.

15 Ver lo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2020-001619, de las doce horas treinta minutos del veinticuatro de enero del año dos mil veinte, sobre la objeción de conciencia.

16 Frase célebre de Benjamín Prado Rodríguez, poeta, novelista, compositor y ensayista español.

17 Para mayor información sobre el concepto de la independencia judicial, se puede observar el artículo: Blanco Villalta, Gerardo Antonio. "La ética judicial", Revisa oficial de la Asociación Costarricense de la Judicatura (ACOJUD), Revista IUDEX, San José, Costa Rica, 2019, número 7, agosto 2019, p. 97 - 119.

de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por aplicar normas contrarias a su objeto y fin[18]. Lo anterior implica que las personas juzgadoras, y demás órganos vinculados a la administración de justicia, están en la obligación de aplicar el control de la convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes, e incluso aquellas interpretaciones que la misma Corte Interamericana haya efectuado[19]. Pero la Ley Orgánica del Poder Judicial en el numeral 8 establece:

> "...Los funcionarios que administran justicia no podrán: 1) Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al Derecho Internacional o comunitario vigente en el país... Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional...".

La jurista costarricense Rosaura Chinchilla menciona:

> *"...La Sala Constitucional ha indicado, además, que los pronunciamientos que efectúe la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos como órgano competente para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen el mismo rango o valor jurídico que la norma interpretada (voto 2313-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, y la opinión consultiva OC-05-85 que el Estado costarricense había formulado sobre el tema), de donde resulta que dicha "jurisprudencia" tendría carácter constitucional...".*[20]

En el año 1969 Costa Rica se sometió a la Convención Americana de los Derechos Humanos y aceptó la competencia de la Corte Interamericana desde 1985, acto que se realizó de manera voluntaria, además en el Convenio de Sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos específicamente en el artículo 27 Costa Rica asumió que las resoluciones de la Corte, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrían el mismo valor ejecutorio[21] que las dictadas por los tribunales costarricenses[22]. Así las cosas, la persona juzgadora con oficio nacional, tiene la tarea que la doctrina denomina como la *interpretación conforme* de la Convención Americana, la cual se comprende como[23]:

> *"...la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y*

18 Cfr. Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. *Derecho Alimentario. Revolución histórica y panorama actual,* San José, Costa Rica, Editorial Faro, 2020, p. 64.

19 Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Citado en Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. op. cit, p. 64 - 65.

20 Chinchilla Calderón, Rosaura. *El Derecho de la Constitución como fuente del Ordenamiento Jurídico,* San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2007, p. 86. Citado en Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. op. *cit*, p. 70.

21 Sobre el tema se puede consultar los siguientes votos: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 2313-1995, de las dieciséis horas con dieciocho minutos del nueve de mayo del año mil novecientos noventa y cinco; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 1319-1997, de las catorce horas con cincuenta y uno minutos del cuatro de marzo del año mil novecientos noventa y siete; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 9685-2000, de las catorce horas con cincuenta y seis minutos del uno de noviembre del año dos mil; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 3043-2007, de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del siete de marzo del año dos mil siete; Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 4276-2007, de las catorce horas cuarenta y nueve minutos del veintisiete de marzo del año dos mil siete.

22 Cfr. Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. op. *cit*, p. 72.

23 Cfr. Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. op. *cit*, p. 73 - 74.

en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección…".[24]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, así lo indicó:

123. "...cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios el Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado... La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos..."[25].

El derecho de saber quiénes son sus padres:

La autora Marisa Herrera expresa *"...La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción…"*[26]. Los artículos 53 de la Constitución Política de Costa Rica y el 7 de la Convención de los Derechos del Niño dicen lo siguiente:

ARTÍCULO 53 ...Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

ARTÍCULO 7. El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha convalidado el derecho a un parto anónimo[27]. Este tema en Costa Rica aún no ha tenido un pronunciamiento, ni se cuenta con norma sustantiva, pero si se deja en abandono una persona recién nacida se podría estar ante un posible delito[28].

Investigación de paternidad:

De conformidad con los numerales del 91 al 99 del Código de Familia, este proceso lo presenta el hijo la hija y/o la madre de la persona menor de edad. Con respecto a la caducidad, la demanda puede ser interpuesta en cualquier momento[29].

24 Ferrer Mac Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad"., *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Distrito Federal, México, 2015, p. 33. Documento disponible en: www.archivos.jurídicas.unam.mx Citado en Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. op. *cit*, p. 74.

25 Comentario: Lo mismo se ha dicho en los casos de los Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú; y el caso Gelman vs. Uruguay los cuales fueron citados en: Benavides Víquez, Melissa y Blanco Villalta, Gerardo Antonio. op. *cit*, p. 74 - 76.

26 Herrera, Marissa. *Manual de Derecho de las Familias,* Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 2015, sp.

27 Como parámetro para resolver se debe de ver lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Kearns contra Francia, número 35991/04, sentencia del 10/01/2008; y Temenuzhka Ivanchova contra Italia, número 33932/06, sentencia del 13/01/2009. Citados en Kemelmajer De Carlucci, Aida, op. cit., p. 47 - 53.

28 Ver artículos 142 y 143 del Código Penal de Costa Rica.

29 Ver el voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia número 1894-1999, de las diez horas treinta y seis minutos del doce de marzo del año de mil novecientos noventa y nueve Citado en Blanco Villalta, Gerardo Antonio y Granados Aguilar, Eimy. *Derecho de Familia: La pretensión civil en el proceso de filiación*, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2016, p. 49 - 51.

Del proceso de investigación de paternidad podemos poner infinidad de ejemplos, pero acá solo vamos a citar dos: El primer ejemplo, una novia que mantiene relaciones sexuales con su novio, queda en estado de embarazo, y el novio al saber de la noticia pretende escapar a su responsabilidad como padre, y por ende, la novia presenta el proceso especial de filiación, en su modalidad de emplazamiento para que se inicie la investigación de la paternidad y en sentencia se ordene el emplazamiento de la filiación. Como segundo ejemplo, una mujer que mantiene una relación casual con un hombre, queda en estado de embarazo, y aquel hombre jura que el hijo o la hija que ella espera no es de él porque durante el acto sexual utilizó preservativo, y ella está segura que sí es de él porque es el único hombre con el que ha estado en mucho tiempo, por esta razón ella debe de interponer este proceso judicial, para que se realice los exámenes de marcadores genéticos, y se compruebe la paternidad del presunto padre, y así se emplace la filiación de aquel.[30]

Impugnación de paternidad:

De conformidad con los artículos 70, 72, 73 y 74 del Código de Familia, esta demanda la puede poner el esposo, un garante declarado en un proceso de salvaguarda, los herederos cuando falleció o fue declarado ausente el esposo. La acción de los herederos no será admitida después de dos meses contados a partir del día en que el hijo no biológico hubiere entrado en posesión de los bienes del presunto padre. El marido podrá interponer este proceso en cualquier tiempo cuando no exista posesión notoria de estado. Pero si existe posesión notoria de estado, el plazo de caducidad será de un año, plazo corre desde que el marido tuvo conocimiento de los hechos. Debe entenderse la posesión notoria de estado como el trato, nombre y fama que un padre le da a una hija o hijo, así como lo indica el artículo 80 del Código de Familia[31]. Sobre la caducidad se puede ver el voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, el cual indicó:

> *El artículo 73 del Código de Familia, textualmente dice: "La acción del marido para impugnar la paternidad podrá intentarse en cualquier tiempo y deberá plantearse en la vía ordinaria. Se exceptúa el caso en que el hijo estuviere en posesión notoria de estado, en cuyo supuesto la acción deberá intentarse dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación…" ...La existencia de ese plazo de caducidad, en esta materia, respecto del hijo que estuviere en posesión notoria de estado, responde a la necesidad de seguridad jurídica y de estabilidad, acerca de la filiación de las personas. La ley otorga, a la persona menor, protegida por la presunción de paternidad (artículo 69 del Código de Familia), el derecho a ser alimentada por su padre registral, a llevar sus apellidos y, también a heredarlo, entre otros. En ese supuesto, cuando no se acciona para impugnar la paternidad, dentro de ese fatal plazo establecido por la ley –sea, dentro del año siguiente a la fecha en que el marido tuvo conocimiento de los hechos que le sirven de fundamento para la impugnación-, los derechos adquiridos se vuelven indisponibles, pues tal es el carácter que expresamente les otorga el artículo 78 ídem. De no ser así, se atentaría contra el principio de seguridad jurídica, en materia de filiación; y, a la vez, contra el interés superior de la persona menor, garantizado inclusive por instrumentos internacionales.*[32]

Como ejemplo de la impugnación de paternidad también se puede citar muchos, sin embargo, nos vamos a limitar con únicamente dos: Primero, la esposa le es infiel al esposo, queda en estado de embarazo de un tercero. El esposo se da cuenta cuando el menor de edad nace, porque no se parece en nada a él. La esposa acepta la infidelidad.

30 Blanco Villalta, Gerardo Antonio y Granados Aguilar, Eimy, o*p. cit*, p. 51 y 52.

31 Blanco Villalta, Gerardo Antonio y Granados Aguilar, Eimy, o*p. cit*, p. 54 - 55.

32 Voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 2002-417, de las nueve horas cincuenta minutos del veintidós de agosto del año dos mil dos. Citado en Blanco Villalta, Gerardo Antonio y Granados Aguilar, Eimy, o*p. cit*, p. 55 - 56.

Entonces el esposo lo que tiene que hacer es presentar el proceso especial de filiación, en su modalidad de desplazamiento, para impugnar la paternidad de la persona menor de edad que acaba de nacer. A manera de segundo ejemplo, podemos tener que el esposo y la esposa tienen años de estar separados de hecho, pero no tramitaron nunca ningún proceso judicial. La esposa sigue con su proyecto de vida, se hace de una nueva pareja, y queda en estado de embarazo. Al nacer la persona menor de edad, el esposo presenta el proceso especial de filiación, en su modalidad de desplazamiento, para impugnar la paternidad de la persona menor de edad que acaba de nacer.[33]

Los ejemplos prometidos que evidencian la posible aplicación de la investigación de maternidad y la impugnación de maternidad:

Los siguientes son unos ejemplos entre muchos otros posibles y aplicables a la idea o las ideas que establece este ensayo.

Primer ejemplo: Dos gemelas adultas, una de ellas está embarazada, da a luz en su casa de habitación por decisión propia y de manera planeada, y la otra hermana le asiste en el parto, pero apenas se da el nacimiento, la hermana que no estaba embarazada se va para el Registro Civil con la persona menor de edad, e inscribe a su sobrino como si fuera un hijo propio. La madre biológica reclama a su hermana, se enoja y plantea el proceso judicial correspondiente, un proceso que en esta ocasión sería de desplazamiento y de emplazamiento a su vez, un proceso de una investigación de maternidad. Ambas al ser gemelas tienen prácticamente el mismo material genético, obviamente, si la situación hubiera sido otra, la prueba de marcadores genéticos dejaría claro quién es la madre biológica. La hermana demandada, durante la audiencia en su defensa alega que su hermana era un vientre de alquiler. La prueba testimonial, dejara claro si existió o no una maternidad subrogada o no.

Segundo ejemplo: El numeral 69 del Código de Familia instaura lo que se conoce a nivel de jurisprudencia como presunción legal, el cual significa que, si los hijos nacen dentro del tiempo de 180 días antes de la celebración del matrimonio, durante el matrimonio, y después de los 300 días de la disolución del vínculo matrimonial, se tendrá como un hijo del esposo. No obstante, en Costa Rica, actualmente las personas de un mismo sexo se pueden casar. Pero, al momento de la redacción de este artículo la Asamblea Legislativa no ha detallado todos los derechos ni la ejecución de los mismos, en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Elecciones ha dicho que existirá presunción legal, para las dos mujeres que estén casadas, y que una de ellas dé a luz, y que la persona menor de edad será inscrita con dos madres[34]. Pero ¿Qué pasaría si estas mujeres se casaron hace muchos años, se separaron, y no se han divorciado, pero una de ellas tiene un hijo, y el niño es inscrito como hijo de ambas? ¿Cómo se debería resolver este problema? ¿Qué pasaría si le piden pensión a la madre registral que no es madre biológica? ¿Qué peso tendría la posesión notoria de estado en un caso como este? ¿Cuánto tiempo tendría la parte actora para plantear un proceso judicial? En razón de lo anterior, estaríamos ante una impugnación de maternidad, el cual es un proceso de desplazamiento, y como en el presente caso no existió convivencia ni una posesión notoria de estado, no habría plazo para interponer el proceso, siempre y cuando la persona a la que se le dio el apellido sea persona menor de edad. En este caso no valdría la pena hacer una prueba de marcadores genéticos, por razones obvias.

Tercer ejemplo: Qué pasaría si en una unión de hecho entre dos mujeres[35], una de ellas proporciona el ovulo, y la otra pone el vientre, y existe un donante de espermatozoides, o ellas acuden a un banco de espermatozoides. Pero por algún motivo el vínculo de la pareja se rompe antes del nacimiento y de la inscripción, sin embargo, amabas quieren pelear a nivel judicial para tener la maternidad exclusiva de la persona que está por nacer. ¿Quién sería la

33 Blanco Villalta, Gerardo Antonio y Granados Aguilar, Eimy, o*p. cit*, p. 56 y 57.

34 Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, del dieciséis de junio del año dos mil veinte, sobre la aclaración de cómo se aplicará las presunciones legales acerca de la filiación de los hijos, así como aspectos relativos al orden de los apellidos y los reconocimientos.

35 Comentario: Ver lo resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 12783-2018, de las veintitrés horas con cero minutos del ocho de agosto de dos mil dieciocho, sobre la unión de hecho entre personas del mismo sexo.

madre biológica? ¿Quién sería la madre o serían ambas las madres? ¿Al momento del nacimiento a quién designaría como madre el Registro Civil? ¿Existiría derecho de lactancia para ambas, sería posible, o solo la que da a luz tendría ese derecho? ¿Ambas tendrían la licencia de maternidad, y en igual proporción o sería diferente? ¿En sentencia se podría decir que ambas son las madres de la persona menor de edad?

Cuarto ejemplo: ¿Qué pasaría si en un contrato verbal por maternidad subrogada, donde está un matrimonio entre dos mujeres (las cuales consiguieron una donación del espermatozoide), y una tercera mujer que alquila o presta su vientre, si la última mujer no quiere hacer entrega de la persona menor de edad al momento del nacimiento? ¿Qué pasa si la mujer lo inscribe como hijo propio, y dice que cuando se presente el proceso judicial alegará que ella es madre soltera, y que a ella le donaron el ovulo y el espermatozoide? ¿Qué derechos tendrían las mujeres que contrataron a esta mujer? ¿El incumplimiento del contrato sería competencia del Juzgado Civil o del Juzgado de Familia? ¿Existe un delito penal?

Quinto ejemplo: Si dos mujeres se casan y una de ellas ya estaba embarazada, y la otra mujer al saber la noticia la aceptó, y dice que la persona menor de edad que se encuentra en el vientre de su novia será su hijo o su hija, analógicamente con base al numeral 69 del Código de Familia, pero ¿Qué pasa sí el hombre que la embarazó se opone al reconocimiento de su hijo por parte de la otra mujer? ¿El padre biológico tendría legitimación? En este caso parece ser que la respuesta es un proceso de impugnación de maternidad con afirmación de paternidad, el primero como proceso de desplazamiento, y el segundo como proceso de emplazamiento; y el hombre sí tendría legitimación para poder presentar este proceso judicial. ¿Qué pasaría si es el hijo o la hija quien se opone en el futuro y alega que cree saber quién es su papá? En esta condición, parece que el proceso judicial sería una impugnación de maternidad con una investigación de paternidad, porque la persona actora tiene el derecho de saber quiénes son sus padres, con base al numeral 53 de la Constitución Política y el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño.

Sexto ejemplo: Dos mujeres adoptan, y ambas quieren que sea su apellido el primer apellido que use la persona adoptada. ¿Esto se resuelve a nivel administrativo o judicial? ¿Cómo se debe resolver? Considero que, si la persona adoptada tiene la suficiente edad, podría ser esta persona quien decida el orden de sus apellidos. Incluso es cuestionable porque en una sociedad moderna existe todavía la prioridad de poner el apellido del padre primero al de la madre, siendo esto un sin sentido cuando en la actualidad se lucha contra el machismo, y se pretende la igualdad de género.

Séptimo ejemplo: Qué pasaría si un matrimonio heterosexual, deciden congelar su material genético, pero años después se divorcian, la mujer está en un estado avanzado de edad, y no ha tenido hijos, pero conoce a otra mujer, se enamoran, se casan, y la mujer divorciada decide unilateralmente utilizar el material genético propio y de su exesposo, el cual está guardado en la Clínica de Fertilidad, para poder generar el embarazo, y que luego su esposa adopte al niño o niña que nazca; pero el exesposo se da cuenta, y pide a la clínica de fertilidad que deseche su material genético, para que no exista el nacimiento, ya que dice que no quiere ser papá, ni quiere que su futuro hijo o hija tenga dos mamás[36]. En un caso similar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo que no se le puede obligar al hombre a ser papá, y en otro caso dijo que ser persona homosexual no debe ser impedimento para adoptar.

Revisados los ejemplos, espero que la persona lectora vea que sí resulta posible la creación de nuevos institutos jurídicos para los procesos de filiación, para emplazar y desplazar una filiación materna, mediante la investigación de maternidad y la impugnación de maternidad, los cuales serían similares en fondo normativo (legitimación, caducidad y otros) y procedimiento (requisitos de la demanda, y otros) a la investigación de paternidad y la impugnación de paternidad; ya que en la actualidad no existe norma jurídica aplicable, y estos

36 Como parámetro para resolver se debe de ver lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Evans contra Reino Unido, número 6339/05, sentencia del día 10/04/2007; y E. B. contra Francia, número 43546/02, sentencia del día 22/01/2008. Citados en Kemelmajer de Carlucci, Aida, op. cit., p. 36 - 39, y 45 - 47.

procesos existentes sería tomados como marco de referencia para resolver lo que corresponda.

Conclusión:

1-El concepto de *"marter semper certa est",* se pensó para la familia heterosexual, y no aplica para la familia formada de las relaciones estables y/o matrimonios entre personas de un mismo sexo. 2-El principio de legalidad no resulta opuesto a la persona juzgadora convencional, y más bien resultan ser complementarios entre sí. 3-La persona juzgadora tiene la obligación de resolver conforme al derecho internacional cuando este derecho garantiza una mayor protección a uno o varios derechos, por ejemplo, se debe de resolver en total respeto y aplicación de lo dicho por la Convención Americana de Derechos Humanos, y el Pacto de San Salvador, a pesar, que sea contrario a lo dicho por el ordenamiento jurídico interno. 4-No se puede discriminar por orientación sexual, identificación con determinado género, nacer con determinado sexo, y demás actos de discriminación en ese sentido. 5-No se puede generar denegatoria al acceso de la justicia, y dejar de resolver los casos, con base en que no existe norma jurídica actual sobre el tema, ya que sobre otros temas el derecho de familia resuelve sin que exista norma jurídica, por ejemplo, el levantamiento del velo societario. 6-Es posible la creación de nuevos institutos jurídicos para los procesos de filiación, para emplazar y desplazar una filiación materna, y por ello es posible la investigación de maternidad y la impugnación de maternidad, los cuales serían analógicamente similares en fondo normativo y procedimiento a la investigación de paternidad y la impugnación de paternidad; ya que en la actualidad no existe norma jurídica aplicable, y estos procesos existentes serian tomados como marco de referencia para resolver lo que corresponda. 7-Las personas tienen el derecho de saber quiénes son sus progenitores.

Bibliografía consultada:

BENAVIDES VÍQUEZ, Melissa y BLANCO VILLALTA, Gerardo Antonio. *Derecho Alimentario. Revolución histórica y panorama actual*, San José, Costa Rica, Editorial Faro, 2020.

BLANCO VILLALTA, Gerardo Antonio, Gerardo Antonio y GRANADOS AGUILAR, Eimy. *Derecho de Familia: La pretensión civil en el proceso de filiación*, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2016.

CARPIZO, Jorge. "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características". *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional,* núm. 25, julio – diciembre de 2011, Documento disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001&lng=es&tlng=es

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. *El Derecho de la Constitución como fuente del Ordenamiento Jurídico,* San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2007.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad"., *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Distrito Federal, México, 2015. Documento disponible en: *www.archivos.jurídicas.unam.mx*

HERRERA, Marissa. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. 1ª edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, "La familia en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el último trienio", en Lloveras Nora y Herrera Mariza (comps.). *El Derecho de Familia en Latinoamérica*, Córdoba, Argentina, Editorial actualidad jurídica, 2010.

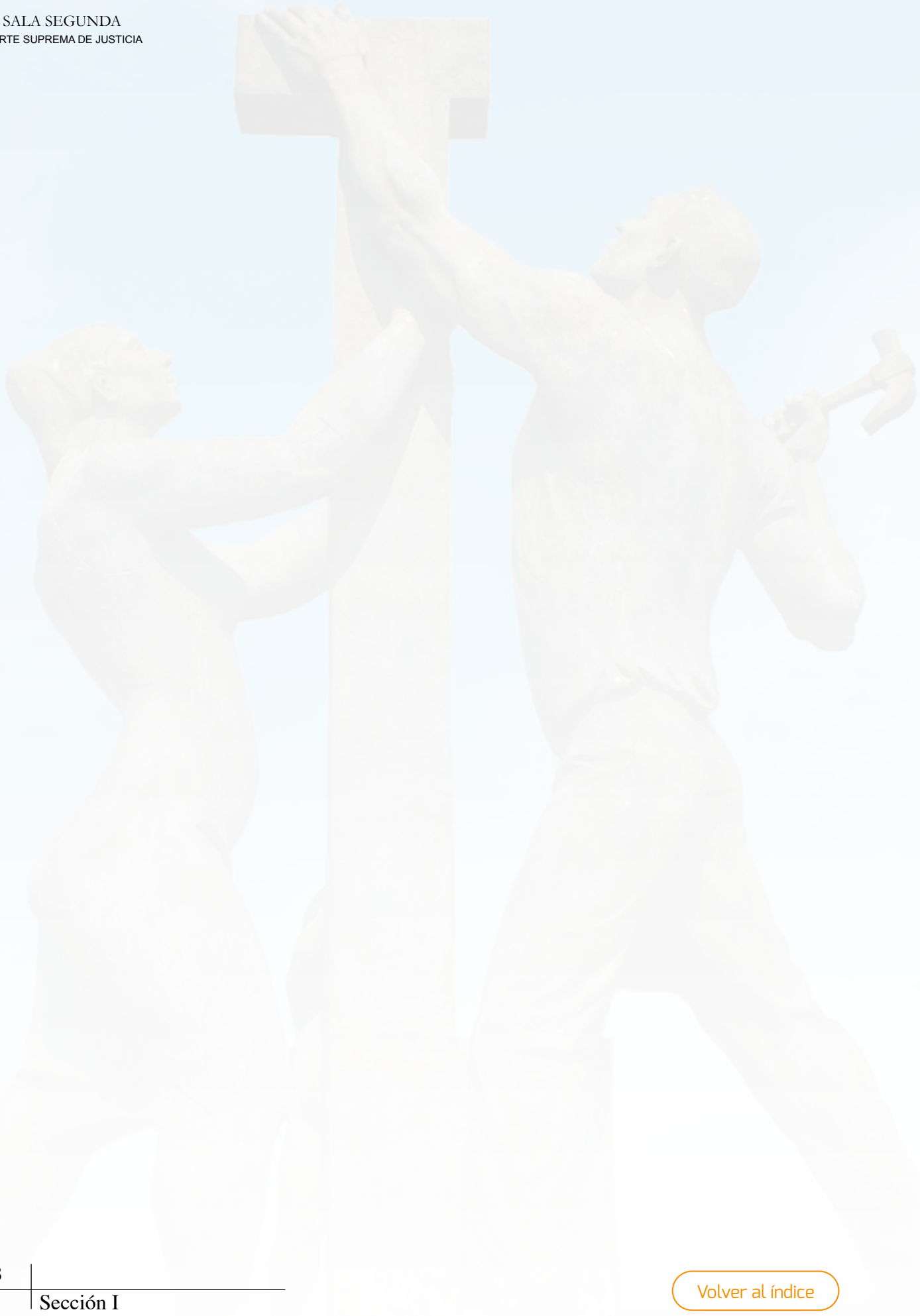
Naciones Unidas, "Derechos Humanos", documento disponible en: https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* España: Madrid, Editorial de la Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Madrid, España, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011.

SOTO CASTRO, Rolando. *El levantamiento del velo social,* San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

Volver al índice



Volver al índice

¿EXISTE EN COSTA RICA UN CAMBIO EN LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN EL CAMPO DE LOS RIESGOS DE TRABAJO? UNA HIPÓTESIS AL AMPARO DE LA MODIFICACIÓN A LOS NUMERALES 303 Y 538 DEL CÓDIGO DE TRABAJO

Jorge Olaso Álvarez(*)

Resumen: El autor realiza un análisis crítico sobre el tratamiento jurisprudencial del resarcimiento de daños y perjuicios derivados de los riesgos de trabajo. Toma como objeto de estudio diversos pronunciamientos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, dictados con anterioridad a la Reforma Procesal Laboral (ley n.° 9343); así como los cambios normativos introducidos por este texto legal. Por último, muestra con detenimiento, las particularidades y relevancia del voto n.° 10910-17 de la Sala Constitucional.

I. ANTECEDENTES PREVIOS DEL TEMA.

El tema de la posibilidad de resarcir daños y perjuicios de diversa naturaleza en el campo de los riesgos de trabajo, ha tenido distintas posiciones a nivel jurisprudencial y doctrinario. Específicamente, nuestra legislación nacional -antes de la reforma introducida por la ley número 9343, vigente desde el 25 de julio de 2017-, establecía en el numeral 303 que, en el campo de los riesgos de trabajo, la competencia jurisdiccional exclusiva corresponde a los órganos de la materia laboral del lugar en el que ha ocurrido el riesgo[1].

En este contexto, la disposición en cuestión señalaba que dicha competencia exclusiva correspondía a la persona juzgadora en materia laboral, sin establecer de forma clara qué tipos de daños derivados de esos riesgos podían ser cobrados a través de este mecanismo procesal. El tema de la vía procesal del reclamo es un tema importante para entender cuál ha sido la interpretación jurisprudencial que la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido a través de muchos años.

II. LA VÍA PROCESAL SUMARIA PARA EL TRÁMITE DE LAS PRETENSIONES EN MATERIA DE RIESGOS Y SUS EFECTOS PROCESALES.

El numeral 545 -siempre antes de la reforma procesal introducida por la Ley número 9343-, era la norma de la cual se interpretaba que la vía para el cobro de las pretensiones derivadas de un riesgo de trabajo era de naturaleza sumaria.

De esta disposición se infiere que en ésta no se establece que el proceso de riesgos deba de tramitarse en la vía sumaria, sino que, por el contrario, es la autoridad policial o de trabajo que recibe la denuncia inicialmente la que debe dar trámite sumario a la investigación de los hechos, si es que no ha recibido antes ningún tipo de solicitud

(*) Licenciado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho con grado Summa cum Laude. Master en Derecho Laboral y Seguridad Social de la UNED con grado de Honor. Doctorando en Derecho de la Uned. Ganador del premio Ulises Odio Santos a la mejor obra jurídica del año 2016 por el libro “La prueba en materia laboral”. Magistrado titular de la Sala Segunda. Profesor de la Universidad de Costa Rica, de la Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la UNED y de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Facilitador de la Escuela Judicial en la capacitación sobre la Reforma Procesal Laboral.

1 Dicha norma había sido modificada ya con anterioridad por el artículo 1° de la “Ley sobre Riesgos de Trabajo”, número 6727, del 9 de marzo de 1982, y así reformado así tácitamente por la “Ley número 7360 del 4 de noviembre de 1993”, que modificó la numeración del antiguo 454.

Volver al índice

por parte de la autoridad jurisdiccional a la que puso en conocimiento de los hechos. En otras palabras, de tal disposición no se extrae que el procedimiento en materia de riesgos laborales ha de ser sumario, no obstante, se ha interpretado de otra forma por parte de los diversos órganos jurisdiccionales en esta materia. Reitero, esta interpretación va a ser trascendental para los efectos de análisis en este trabajo.

Ya en cuanto al conocimiento de las pretensiones propias de este proceso, el numeral 305 del Código de Trabajo -no modificado por la reforma laboral 9343-, indica que si el riesgo laboral fuera generado por dolo, negligencia o imprudencia (visión clásica de la responsabilidad civil subjetiva, conforme al numeral 1045 del Código Civil costarricense), por "delito" atribuible a la parte patronal o "falta" inexcusable del mismo, la parte trabajadora o sus causahabientes podrán **RECURRIR EN FORMA SIMULTÁNEA A DOS INSTANCIAS:**

a) Los tribunales comunes (civil, penal, contencioso administrativo, etcétera) y

b) Los Tribunales laborales.

Esta posibilidad, de acudir a ambas vías en forma simultánea, no implica la posibilidad de un doble cobro de prestaciones económicas en una doble vía, ya que la misma norma prevé que, en el caso de que en el proceso laboral se logre la satisfacción de algunas de esas prestaciones, los tribunales comunes citados le rebajarán el monto de esas prestaciones en la hipótesis de que en esos procesos se dicte sentencia contra el patrono.

Más adelante, el citado numeral 305 establece que, en caso de que la parte trabajadora decida acudir únicamente a la jurisdicción laboral, el órgano de esta materia deberá poner de oficio esto en conocimiento de los tribunales comunes. En mi criterio, lo que dicha norma establece es una posibilidad procesal de parte de quien plantea la demanda que debe ser interpretada en aras del principio de tutela judicial efectiva (artículo 41 de la Constitución Política).

Ahora bien, en torno a la posibilidad de reclamar a terceras personas por causas derivadas de un riesgo de trabajo, el numeral 306 del Código de Trabajo establece la posibilidad de reclamar ante los "tribunales comunes", sin menoscabo de los reclamos que se pueden hacer en materia laboral. Ejemplo de esta normativa sucede en muchos casos en los que la parte trabajadora sufre un accidente de trabajo, pero el mismo deriva de una tercera persona ajena a la relación laboral, en supuestos de accidentes de tránsito en los que es factible plantear reclamos a esa tercera persona -en tribunales comunes-, pero también al empleador por las situaciones derivadas de la naturaleza del percance (riesgo "in itinere) -en tribunales laborales- (Ver entre otros Voto número 111, de las nueve horas treinta minutos del treinta de mayo de mil novecientos noventa y siete, de la Sala Segunda).

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA (ANTES DE LA REFORMA LABORAL DE LA LEY 9343) EN RELACIÓN CON LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE UN RIESGO LABORAL.

Hago la aclaración de que la totalidad de esos pronunciamientos fueron dictados antes de la entrada en vigencia de la ley 9343.

Dentro del marco de análisis de los votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, el primero al que voy a hacer referencia es el número 93-2013, de las nueve horas cuarenta minutos del treinta de enero de dos mil trece. En ese proceso se planteó una demanda dirigida contra el Instituto Nacional de Seguros -al cual identificaré desde este momento con las siglas INS-, el Estado y una universidad estatal. La parte accionante pretendía, además de las peticiones a las que hacen referencia las normas que cité anteriormente, los daños y perjuicios, los cuales le fueron denegados en primera y segunda instancia. La actora recurre el aspecto del daño moral, sin embargo, solo aduce que los tribunales laborales son competentes para conceder ese rubro. La Sala analiza que no existe un verdadero agravio jurídico de parte de la recurrente que de pie para analizar la procedencia del daño moral. A pesar de esto, la Sala deja ver que la denegatoria de esa pretensión la efectuaron las personas juzgadoras **no basados en un aspecto de falta de competencia de los órganos jurisdiccionales laborales para conocer ese rubro** (supuesto que no es analizado

por la Sala debido a esto), sino que los juzgadores de instancia denegaron el daño moral en un aspecto muy concreto, como lo es que ese daño no fue demostrado por la accionante. A pesar de esto, y quizás es lo trascendental de este voto, la Sala indica que el daño moral no es procedente en procesos de riesgos de trabajo, ya que según dicho órgano jurisdiccional las pretensiones que pueden ser concedidos en dichos procesos **son únicamente las previstas en el artículo 218 del Código de Trabajo, por lo que la inexistencia de norma que permita el reconocimiento del daño moral en este tipo de procesos es la razón para denegarlo.** En síntesis, la Sala Segunda recurre al argumento de que las pretensiones en materia de riesgos están "tasadas" y que no pueden ser concedidas más allá de las indicadas por el mencionado artículo 218 ibídem.

En el Voto número 554 de las diez horas treinta minutos del veinticuatro de mayo del año dos mil, la Sala Segunda se vuelve a plantear la posibilidad de pretender el cobro del daño moral, en un proceso sumario de riesgos de trabajo, a la entidad aseguradora y a la parte patronal. Concretamente, se pretende un resarcimiento al daño moral a cargo del INS. Esa resolución se basa en un antecedente previo de la Sala -el Voto número 226, de las 10:20 horas del 18 de febrero del año 2000-, en el que se establece nuevamente el criterio del sistema "tarifado" y con criterios objetivos que cubre al derecho laboral. Se recurre a este razonamiento para esbozar la tesis que las personas víctimas no pueden pretender mayores indemnizaciones que las establecidas previamente por el ordenamiento (lo que constituye, en mi criterio, una violación al derecho fundamental del resarcimiento previsto por el artículo 41 de la Constitución Política). A pesar de esta restricción esencial al derecho fundamental al resarcimiento, la Sala establece que la idea de un "sistema tarifado y objetivo" es beneficioso para las personas víctimas, dado que esa naturaleza objetiva les da la ventaja a éstas de tener que acreditar el daño (por su difícil cuantificación). Más adelante, la misma Sala reconoce que ese sistema "tarifado" puede tener "deficiencias" cuando se pretenden indemnizaciones mayores a las tasadas, pero esas "deficiencias" – de alguna forma que no explica el pronunciamiento-, son suplidas al establecer parámetros objetivos de resarcimiento. De seguido, el voto cita textualmente lo indicado por los artículos 223 y 224 del Código de Trabajo -a los que ya hice referencia líneas atrás-, y se dice que, a diferencia de la materia civil, se busca la "seguridad jurídica" en detrimento de una "justicia individualista" basado en una "filosofía social" que pretende un "resarcimiento genérico" para cada una de las pretensiones derivadas de un riesgo laboral (excluyendo el daño moral que la accionante pretendía cobrar al INS).

En mi criterio, el fundamento de la Sala carece de un asidero técnico, pues acude a conceptos jurídicos indeterminados como la "seguridad jurídica", la "justicia individualista" y el "resarcimiento genérico" para denegar la posibilidad de un reclamo a un daño moral a la entidad aseguradora. En otras palabras, son otros argumentos para llegar a la misma solución de que el sistema tarifado en el campo de riesgos de trabajo, a criterio de la Sala, constituye un obstáculo para denegar una tutela judicial efectiva al resarcimiento (artículo 41 de la Constitución Política). Vale destacar que en el Voto se incorpora un voto salvado del Magistrado Bernardo Van der Laat Echeverría (q.d.D.g.) en donde el eminente laboralista nacional introduce su idea de que el daño moral es resarcible en materia de riesgos laboral, con base en el Voto dictado por este magistrado número 117, de las once horas del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Otro ejemplo que nos muestra esta línea jurisprudencial, es el Voto número 1379, de las diez horas diez minutos del dieciocho de diciembre de dos mil quince. En ese asunto, también en un supuesto de riesgo de trabajo, la parte actora pretende el pago de una suma a cargo de la entidad aseguradora, por lo que se denomina una deficiente atención médico-hospitalaria de esa entidad. En segunda instancia, el Tribunal Colegiado le había brindado la suma de tres millones de colones a la parte actora por ese rubro. A través del Voto citado, la Sala deniega revoca esa condena, debido a los siguientes argumentos: a) un sistema tarifado propio de los procesos de riesgo (fundado en el artículo 224 del Código de Trabajo); b) que dicho sistema se puede calificar como de "baremos" que genera indemnizaciones fijas, en el plano del daño en sus dos dimensiones (material y moral). Al respecto, este argumento es totalmente falaz, dado que de ninguno de los lineamientos del numeral

Volver al índice

224 se puede inferir la posibilidad de resarcimiento de un daño moral, por lo que el razonamiento de que el daño moral obtiene tutela a través de los lineamientos de esa norma es una tesis que carece de todo asidero. Y aun así la Sala la utiliza como un cimiento para denegar la posibilidad de reclamarle un daño moral ante la actuación generadora de daños que pudo haber desplegado la entidad aseguradora. Se cita como fundamento del Voto, otra sentencia de la Sala (la número 226-00), pero quizás lo más grave es que se razone que los extremos de incapacidad permanente y temporal vienen a cubrir la eventualidad de un daño moral provocado por la supuesta deficiente actuación de la entidad aseguradora.

Así las cosas, si pretendiera sintetizar cuál ha sido el lineamiento jurisprudencial de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en materias de riesgos o accidentes de trabajo, y los límites a la reparación que ha seguido la línea jurisprudencial de esa Sala se centra en los numerales 218, 223 y 224 del Código de Trabajo.

Dicha línea jurisprudencial tuvo casos de excepción, fundados no en el criterio sustantivo de la Sala, sino más en casos muy concretos en donde existe normativa especial que brindaba posibilidades de resarcimiento más allá de los sugeridos por esas tres disposiciones. Me refiero a los casos en los que la Ley 8130, denominada “Determinación de Beneficios económicos para la población afectada por DBCP”, brindaba la posibilidad de indemnizar a las personas afectadas en los riesgos de trabajo como producto del NEMAGON. En estos supuestos los pronunciamientos de la Sala Segunda permitían -de acuerdo al criterio de los señores Magistrados y de las señoras Magistradas-, el brindar una reparación por el daño moral generado a las personas víctimas. Al respecto, se pueden citar varios pronunciamientos, entre ellos los números 766-11, 1131-12, 355-14, 524-14, 721-14 y 318-15.

IV. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA REFORMA PROCESAL LABORAL NÚMERO 9343 EN MATERIA DE RIESGOS DE TRABAJO.

Tal y como analicé líneas atrás, los pronunciamientos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en materia de indemnizaciones propias de los riesgos o accidentes de trabajo, se decantaron por denegar las indemnizaciones que no estuvieran taxativamente previstas en los numerales 218, 223 y 224 del Código de Trabajo. Esto porque los y las integrantes de esta Cámara consideraban que no era factible el brindar otro tipo de resarcimiento, como eventualmente lo podría ser un daño moral generado por el actuar de la parte empleadora al no contar con una póliza de riesgos de trabajo para la persona trabajadora, o bien también cuando se pretendiera un daño de esa naturaleza derivado del actuar negligente de parte de algún funcionario público o alguna funcionaria pública de la entidad aseguradora que hubiera acrecentado las dolencias de la persona que sufrió el riesgo o accidente laboral (artículos 190 y 199 de la Ley General de la Administración Pública). Tales supuestos no era factible concederlos de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, a no ser por los votos salvados y las notas consignadas en no pocos pronunciamientos de la Sala, por parte del Magistrado Bernardo Van der Laat Echeverría (q.d.D.g.).

Sin embargo, la reforma procesal laboral parece abrir dos caminos por los que esa línea jurisprudencial de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia podría ser eventualmente modificada.

El primero de estos senderos lo marca el numeral 586 del Código de Trabajo que, expresamente, le quita competencia funcional al órgano de casación para conocer los recursos formulados contra las decisiones dictadas por los juzgadores de trabajo y las juzgadoras de trabajo en procesos de riesgos de trabajo, siendo que la competencia funcional de conocer estos recursos es a través de la apelación ante los Tribunales colegiados de segunda instancia en materia laboral.

En este sentido, el numeral citado expresamente dispone:

> ***"…En los demás casos, así como en los procesos por riesgos de trabajo, cualquiera que sea su cuantía, la sentencia admite únicamente el recurso de apelación para ante el tribunal de apelaciones competente…"*** (Lo destacado es mío).

Ello implica que a raíz de esto serán los tribunales colegiados de segunda instancia y no la Sala de Casación los que establezcan la futura línea jurisprudencial en la materia de resarcimiento en los procesos de riesgos de trabajo.

El segundo de estos caminos que abre la reforma procesal deriva de la situación que ahora plantea el artículo 303 de la reforma laboral. Expliquemos el por qué.

A diferencia de lo dispuesto anteriormente por el artículo 303 -anterior a la reforma laboral-, que establecía que los reclamos por riesgos de trabajo se tramitaban de acuerdo al procedimiento establecido por los numerales 543 a 545 del mismo código, o sea a través de un procedimiento sumario (artículo 545), el actual 303 establece otra vía procesal para tramitar este tipo de pretensiones. Concretamente el numeral 303 reformado dispone:

> ***"...Los reclamos por riesgos de trabajo se tramitarán ante el juzgado competente y según el procedimiento indicado en el Título décimo de este Código…"***

Importante indicar que, el actual Titulo 10° del Código de Trabajo, es el regula la jurisdicción especial de trabajo en la actualidad, estableciendo como procedimiento concreto el procedimiento ordinario (Capítulo VI) y como únicos procedimientos especiales (Capítulo VII) (los procesos de menor cuantía (Sección I), los procesos de protección en fueros especiales y de tutela del debido proceso (Sección II), la distribución de prestaciones de personas trabajadoras fallecidas (Sección III), las autorizaciones (Sección IV) y el procedimiento para la restitución de trabajadores que sufrieron riesgos de trabajo y reinstalación de origen legal (Sección V).

Por ende, de esta nueva estructura de los procesos en la jurisdicción laboral se infiere que será en el proceso ordinario en el que se deben tramitar las pretensiones ante riesgos o accidentes de trabajo, ya que el resto de los procesos especiales indicados tienen una naturaleza totalmente distinta a la materia que nos ocupa.

Por si quedara alguna duda en tormo a la naturaleza del procedimiento ordinario para el conocimiento de las pretensiones derivadas de un riesgo laboral. El artículo 538 ibídem viene a fortalecer esta idea. Al disponer:

> ***"ARTICULO 538. Las pretensiones correspondientes a la SEGURIDAD SOCIAL se sustanciarán por el PROCESO ORDINARIO, con las siguientes modificaciones…".*** (Lo destacado no es parte del original)

Dicha nueva estructura, en mi criterio, lleva a replantearse uno de los argumentos más fuertes que había utilizado la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia para denegar el cobro de pretensiones fuera de las previstas por los artículos 218, 233 y 234 del Código de Trabajo, como lo era la naturaleza sumaria del proceso de riesgos de trabajo, lo cual, según la Sala hacía imposible -en virtud de esa sumariedad-, la sola posibilidad de plantear resarcimientos de otra naturaleza, como por ejemplo, el daño moral. Ahora que el ordenamiento procesal laboral establece que es la vía ordinaria en la que se deben tramitar los reclamos generados por un riesgo de trabajo, sería perfectamente factible pensar en resarcimientos no solo tasados, sino más bien en otros que permitan una tutela judicial efectiva del derecho de la víctima de un accidente laboral a ser resarcida.

V. ANTECEDENTES DEL VOTO NÚMERO 10910-17 DE LA SALA CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS EN MATERIA DE ACCIDENTES DE TRABAJO.

Unido a los cambios estructurales del proceso en cuanto al trámite de los accidentes de trabajo, el citado voto de la Sala Constitucional de nuestro país, vino a aclarar en cierta medida la temática que nos ocupa. Pero advierto que este voto requiere una interpretación concreta en torno a esta materia.

Dicho voto fue dictado con ocasión de una consulta judicial de constitucionalidad formulada por el M. Sc. Yury López Casal, quien para ese momento se desempeñaba como Juez de Trabajo de Heredia. La consulta fue promovida por resolución de las ocho horas diez minutos del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, dictada dentro de un proceso de riesgo de trabajo que se tramitaba en ese juzgado. En dicho proceso de riesgos, el accionante pretendía el pago de un resarcimiento por el sufrimiento generado por la entidad aseguradora, al negarle la atención por considerar que su caso no podía ser considerado un riesgo de trabajo. Debido a esa negativa, aducía el demandante, que no se le efectúo una operación de rodilla al momento del percance, lo que le provocó terribles dolores y limitaciones, a pesar de que su empleador contaba con la póliza al día debidamente cancelada y fue reportado como accidente de trabajo ante el INS. Es por esto que pretendía un resarcimiento por daño moral.

En la consulta judicial de constitucionalidad, el jugador cuestionaba los lineamientos jurisprudenciales de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, los cuales (como ya analicé líneas atrás), establecen que no es jurídicamente procedente pretender en un proceso de riesgos de trabajo el eventual pago del daño moral derivado del accidente o riesgo de trabajo, porque a criterio de esa Sala existe un sistema tarifado o tasado de indemnizaciones previamente reguladas en el Código de Trabajo, dentro del cual el "legislador infraconstitucional" no previó la posibilidad del daño moral. Como fundamento de la consulta se citaron varias sentencias de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (892-2015; 615-2004; 554-2000 y 1111-2015). El consultante argumentó que la jurisprudencia de la Sala Segunda violentaba el derecho constitucional a un resarcimiento eventual del daño (artículo 41 de la Carta Magna), ya que impedía la posibilidad de solicitar una reparación del daño. Aducía el gestionante que ese derecho fundamental al resarcimiento ya había sido reconocido, recientemente, por el Voto número 51 de las quince horas diez minutos del treinta de enero de dos mil nueve, dictado por la Sección Primera, del Tribunal Segundo Civil de San José (nomenclatura con la cual se designaba a dicho Tribunal en ese momento). Incluso se citan los fundamentos de esa sentencia (cuya redacción correspondió al suscrito), en el que se hace referencia expresa al Voto de la Sala Constitucional número 1562-93, que establece la necesaria existencia de normas sustantivas que garanticen el derecho al resarcimiento.

El actor del proceso de riesgos avaló la consulta efectuada por el juez. Recalcó que en el proceso iniciado en sede administrativa ante el INS se le denegó su reclamo como un riesgo de trabajo. Posteriormente, fue aceptada su gestión, pero nunca se le otorgó la incapacidad permanente ni temporal que le correspondía. Sufrió un daño en su rodilla, y se muestra disconforme con los montos brindados por el INS. Con respecto al daño moral considera que tiene derecho, ya que esa entidad se negó a atenderlo, por lo ese extremo puede ser fijado pericialmente.

La Procuraduría General de la República indicó que, si bien las particularidades del ordenamiento costarricense, específicamente el derecho laboral en materia de riesgos de trabajo deriva de una visión intervencionista legislativa ante la cuestión social y de una forma de proteger esas contingencias. Por ello, a pesar de que el resarcimiento de los accidentes de trabajo es producto de una perspectiva de la responsabilidad civil o aquiliana, ella fue reelaborada con una visión social con adaptaciones y limitaciones, estableciendo supuestos de responsabilidad objetiva ante el acaecimiento de accidentes de trabajo que provoquen una lesión corporal y disponiendo que el aseguramiento de esa responsabilidad es obligatoria y universal y aunque refuerza y mejora el sistema de reparación con garantías de carácter público -aunque el empleador haya cumplido sus obligaciones (artículos 193 y 201 del Código de Trabajo-. Lo cierto, según la Procuraduría, es que

esas prestaciones "tasadas" en que se fundamente aquel régimen de responsabilidad objetiva, solo cubren una parte de las indemnizaciones de los daños materiales o patrimoniales, dado que existen daños extra patrimoniales o no corporales (como el moral) que, si bien no son objeto de reparación por las prestaciones derivadas del régimen tasado de la seguridad social, si pueden surgir de la responsabilidad de la parte empleadora. Esto es calificado por la Procuraduría como un sistema complejo o mixto de reparación por los daños derivados de un accidente de trabajo, en el que la Seguridad Social, solo cubre parte de las prestaciones derivadas del accidente de trabajo (prestaciones asistenciales médico sanitarias, quirúrgicas, hospitalarias, farmacéuticas, de rehabilitación y prótesis, así como dinero en diversas modalidades: subsidios, gastos de traslado, de entierro e indemnizaciones por pérdida de capacidad general (artículos 206, 218, 219 del Código de Trabajo). El resto de las acciones tendientes a la reparación integral del daño, según la Procuraduría, SOLO SE PUEDEN EJERCER, contra el empresario o una tercera persona cuando éstos hayan incurrido en culpa o negligencia (artículos 305 y 306, ibídem), en donde se aplican los principios de reparación íntegra, prueba del daño y discrecionalidad judicial en la apreciación de los daños no materiales. Por ende, se argumenta que las prestaciones tasadas o tarifadas no agotan la indemnización en caso de culpa o negligencia de la parte empleadora o de un tercero, por lo que es factible dirigirse contra éstos para cubrir el daño moral no resarcido en razón de la naturaleza tasada de las prestaciones citadas. El daño moral, bajo la perspectiva de la Procuraduría, es interpretado como un tipo de indemnización complementaria de las prestaciones que brinda la Seguridad Social y, también surge como una posibilidad de cobrar el "resto" del daño patrimonial que corresponda, sin que por ello se derive en un enriquecimiento sin causa generado por el percance.

La Procuraduría interpreta que, el Código de Trabajo, establece un sistema "mixto" de indemnización en el que lo público y lo privado se combinan, de la siguiente forma: existe una responsabilidad "empresarial civil o laboral" por accidentes de trabajo, la cual no se "socializa" (en el argumento no se explica qué es lo que se entiende por este término) y hay "aseguramiento" de esta responsabilidad en el marco de la Seguridad Social, a través de prestaciones legalmente preestablecidas y razonablemente limitadas. Según dicho órgano, este sistema mixto fue una opción elegida por el Poder Legislativo para obtener una indemnización plena de los daños generados por una contingencia laboral, para así cumplir con lo establecido por el artículo 41 de la Constitución Política. Es por esto que la Procuraduría aduce que el planteamiento jurisprudencial de la Sala Segunda no resulta contrario al ordenamiento constitucional, siempre y cuando esa improcedencia se fundamenta en el régimen de responsabilidad objetiva instrumentalizado a través del contrato de seguro de riesgos de trabajo por el que el INS se subroga y limita la responsabilidad objetiva del empleador, sin excluir su responsabilidad civil o laboral ante las prestaciones no cubiertas por la seguridad social.

Especiales comentarios ameritan los planteamientos de la Procuraduría General de la República al referirse a la consulta judicial formulada. Los argumentos esbozados no son acordes a la consulta planteada. Nótese que la Procuraduría hace toda una argumentación basada en una casuística distinta al proceso laboral en el que el juzgador formula su consulta judicial. Tal y como lo reseñé al comentar los antecedentes del caso, la parte actora, no plantea un reclamo por un resarcimiento al daño moral dirigido contra su empleador o contra una eventual tercera persona, por los que los supuestos previstos en los numerales 305 y 306 del Código de Trabajo no se ajustan al proceso formulado. Lo que el actor pretende es un resarcimiento del daño moral por no haber recibido la atención en el momento debido por parte de la entidad aseguradora, la cual, en principio, no consideró que el percance pudiera calificarse como un accidente laboral. Esta situación es por la cual el accionante plantea el reclamo al daño moral de parte del INS.

En consecuencia, pareciera que la Procuraduría nunca entendió cuál era el fundamento fáctico de la consulta, dado que carece de interés la existencia de un sistema tarificado o no o mixto -tal y como se le denomina-, puesto que el reclamo del resarcimiento era contra un actuar ilegítimo del INS al negarse la atención al trabajador por no considerar su accidente como un riesgo laboral.

Volver al índice

La Sala Constitucional también solicitó un informe al Presidente de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Para él, no es correcta la consulta interpuesta, dado que los lineamientos jurisprudenciales de la Sala no infringen el numeral 41 de la Constitución Política ni el principio de reparación integral del daño. Para fundamentar esa apreciación se efectúa una cita textual de los votos 226-00, de las diez horas veinte minutos del dieciocho de febrero, 554 de las diez horas treinta minutos del veinticuatro de mayo y 615-04, de las nueve horas veinte minutos del treinta de julio de dos mil cuatro. Asimismo, él indicó que ese criterio se había reiterado en otros votos. Las citas textuales hacían mención al sistema tarifado legal y a los criterios objetivos, que según la Sala es lo único que puede brindarse en riesgos de trabajo, dado que lo único que permite brindar ese proceso es una indemnización fija, por lo que no es factible conceder indemnizaciones fuera de éstas, tales como el daño moral. Luego se resalta las "bondades" de este sistema tarifado para la cuantificación del daño, pero que escapa a indemnizaciones mayores. Dicha desventaja, según esa línea jurisprudencial se ve compensada con la organización de sistemas indemnizatorios en un régimen universal de seguridad social, que permite a la parte empleadora tomar las previsiones que correspondan. Para la parte trabajadora, según el informe de la Sala, se califica como una ventaja porque tiene certeza del valor de las indemnizaciones que se le pueden brindar (artículos 223 y 224 del Código de Trabajo). Dichas normas, según la Sala, están fundadas en una presunción que no admite prueba en contrario, respecto a la extensión del daño o del perjuicio. Es por esto que la responsabilidad del INS está limitada, de forma tal que no se pueden pretender indemnizaciones fuera del sistema tarifado.

Para el informe de la Sala Segunda, el proceso de riesgos de trabajo, fundado en sistema tarifado de indemnización, otorga un mecanismo para garantizar la tutela efectiva del daño (artículo 41 de la Constitución Política), ya que la parte trabajadora puede ser indemnizado tanto en una dimensión moral como material.

De este planteamiento, es de donde surge mi principal cuestionamiento a la jurisprudencia de la Sala, dado que no es posible encontrar ninguna norma expresa dentro del sistema tarifado que brinde la posibilidad de reclamar un daño moral al INS como el que pretendía el actor en el proceso que da pauta para la consulta judicial. Nótese que el actor solicitaba una condena de un daño moral hacia el INS por la negativa inicial de no considerar su accidente como un riesgo de trabajo, entonces ¿en dónde encontrar en el sistema tarifado una respuesta a esa pretensión? La respuesta es muy clara. No hay respuesta en tal sistema a esa pretensión, por lo que no es correcta la afirmación de que el sistema tarifado es una respuesta al derecho fundamental al resarcimiento.

VI. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

ACLARACIÓN PREVIA Y NECESARIA DEL VOTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL.

Para que la persona lectora de este artículo entienda el contexto del voto número 10910-17, de la Sala Constitucional, dentro del marco de la reforma procesal laboral, se debe tomar en cuenta un aspecto esencial. El voto fue dictado A LAS ONCE HORAS CINCUENTA MINUTOS DEL DOCE DE JULIO DE DOS MIL DIECISIETE, O SEA 13 DÍAS ANTES DE QUE ENTRARA EN VIGENCIA LA REFORMA PROCESAL LABORAL (Ley número 9343). Esta situación conlleva que mucho de los argumentos -sobre todo procesales-, que utiliza la Sala Constitucional difieren del actual procedimiento de riesgos de trabajo, que como ya vimos fue modificado de su estructura sumaria a una estructura ordinaria (artículos 303 y 538 de la reforma laboral).

Una vez indicado esto, procederé a desglosar los argumentos de la Sala Constitucional, pero teniendo lo que acabo de explicar.

PREMISA DE LA SUMARIEDAD DEL PROCESO.

En el considerando III del Voto, la Sala efectúa un resumen del planteamiento de la consulta judicial de parte del Juez de Trabajo de Heredia, citando incluso literalmente extractos de las sentencias de la Sala Segunda.

Después de esto, la Sala Constitucional interpreta que el artículo 74, párrafo 4°, de la Constitución

Política establece que los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

Para la Sala, entre esas disposiciones especiales, se promulgó la "Ley sobre Riesgos del Trabajo" #6727 del 9 de marzo de 1982, que modificó el Título IV del Código de Trabajo, para denominarlo "De la protección de los trabajadores durante el ejercicio del trabajo". Se resalta que esa ley creó un ***proceso de naturaleza sumaria que tenía fijado sus alcances y objeto.***

Para los Magistrados de la Sala Constitucional esa ***naturaleza sumaria*** conlleva que en esta vía procesal solo se puede conocer y resolver sobre las prestaciones sanitarias a que alude la ley citada, enumeradas por los artículos 218 y 223 del Código de Trabajo. Y esa ***"sumariedad"*** **vinculada con la "celeridad" es la razón por la que no es posible discutir y decidir sobre otros extremos como el relativo al daño moral. En virtud de esto, de acuerdo a la Sala Constitucional, independientemente de la decisión del proceso "sumario" no impide que la parte trabajadora acuda AL PROCESO ORDINARIO O PLENARIO correspondiente (laboral, contencioso administrativo, etcétera) a demandar a cualquier responsable la reparación de un eventual daño moral. En el que, según se indica se en el pronunciamiento, se tiene una vía procesal más amplia para ofrecer y producir prueba y ejercer el derecho de defensa, así como para determinar si se cumple o no con el nexo de causalidad y su atribución para satisfacer pretensiones como el daño moral.**

En otras palabras, el criterio de la Sala Constitucional para avalar los pronunciamientos de la Sala Segunda, con respecto a la denegatoria del daño moral en procesos de riesgos de trabajo se fundamenta en la naturaleza sumaria que deriva de la ley que modificó el procedimiento de protección de los trabajadores durante el ejercicio del trabajo. Esa argumentación merece todo un comentario al respecto.

Nótese que bajo ese razonamiento priva lo procesal en detrimento del derecho fundamental a un resarcimiento (artículo 41 de la Constitución Política), dado que, partiendo de esa premisa, la naturaleza sumaria lejos de proteger a la persona trabajadora lo coloca en un estado de desventaja, ante la eventualidad de formular dos procesos para discutir un tema accesorio de toda pretensión generadora de daños. O sea, pareciera que se argumenta que el derecho procesal está por encima de un derecho tutelado constitucionalmente, en total detrimento a la tutela judicial efectiva. Y es que jamás puede ser garantía a este tipo de tutela el tener que formular dos procesos (uno sumario y uno ordinario) para entrar la procedencia o no de un derecho que es accesorio al riesgo de trabajo, como lo es el daño moral que en este caso concreto pretendía la parte actora.

También se debe resaltar que el derecho laboral, tanto en su manifestación como procesal, tiene una raíz eminentemente social en el que priva la informalidad por sobre la rigidez que impera en el derecho adjetivo y que, incluso faculta a los órganos jurisdiccionales de la materia a diseñar procedimientos tendientes a la mayor conveniencia de la parte trabajadora (artículos 452 antes de la reforma y actual 428).

Este argumento de la naturaleza sumaria que emplea la Sala Constitucional cae por su propio peso en la actualidad, dado que como he venido explicando el proceso de riesgos de trabajo pasó de ser un proceso sumario a ser un proceso ordinario, tal y como lo establecen los artículos 303 y 538 del actual Código de Trabajo.

De acuerdo a estas normas, la persona juzgadora en materia laboral, tendría necesariamente que resolver en un proceso de riesgos de trabajo en torno al tema del daño moral -y cualquier otro daño residual-, que desee plantear la parte actora en estos procesos. Situación que conllevará toda una línea jurisprudencial distinta a la de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, puesto que como expliqué antes lo resuelto en las sentencias de los procesos ordinarios de riesgo de trabajo solo goza de recurso de apelación ante los Tribunales Colegiados y no de casación ante la Sala Segunda (artículo 586 del Código de Trabajo).

VII.- CONCLUSIÓN: Ha quedado claro que una de las principales justificaciones, tanto de la Sala Segunda, como de la Sala Constitucional, para denegar los reclamos de daños y perjuicios en

Volver al índice

procesos de riesgos de trabajo, podría suponer un replanteamiento; pues la Reforma Procesal Laboral permite discutir esos aspectos en la vía ordinaria. Este cambio, además, potenciaría el principio a la tutela judicial efectiva; en el tanto las personas trabajadoras podrían tener un mayor acceso para el ejercicio de su derecho fundamental al resarcimiento.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política. Ley 0 de 1949.

Código de Trabajo. Ley n.° 2 de 1943.

Reforma Procesal Laboral. Ley n.° 9343 de 2016.

Código Civil. Ley n.° 63 de 1887.

Ley General de la Administración Pública. Ley n.° 6227 de 1978.

Determinación de beneficios sociales y económicos para la población afectada por el “DBCP”. Ley n.° 8130 de 2001.

Ley sobre Riesgos del Trabajo. Ley n.° 6727 de 1982.

JURISPRUDENCIA.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 10910-17.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 1562-93.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 093-2013.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 892-15.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 554-00.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 226-00.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.°117-94.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 1379-15

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 615-04.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.° 111-97.

Tribunal Segundo Civil de San José. Sección Primera. Voto n.° 51-09.

VIOLENCIA DE GÉNERO Y COVID-19 DEBERES DEL ESTADO COSTARRICENSE FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Susana Salazar Marciaga (*)

RESUMEN:

Con el siguiente ensayo se pretende analizar el fenómeno de la violencia de género en Costa Rica, en el contexto de la pandemia por el COVID-19 y los deberes del Estado ante el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Palabras clave: COVID-19, mujer, violencia de género, derechos humanos, Instrumentos Internacionales de derechos humanos.

Sumario: 1. Introducción. 2. Aproximación a la violencia basada en el género. 3. Medición de la violencia contra las mujeres en Costa Rica. 3.1. Abordaje del Instituto Nacional de las Mujeres. 3.2. Cifras del Poder Judicial. 4. Derechos de las mujeres frente al COVID-19. Estudios globales y regionales. 4.1. Rastreador Global de Respuestas de Género al COVID-19. 4.2. Análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 5. Normativa que regula la violencia contra las mujeres en Costa Rica. 6. Deberes del Estado costarricense ante el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

En primer término, se realizará una explicación sucinta del fenómeno de la violencia de género, en aras de animar el análisis posterior de los factores de riesgo, que surgen como resultado de las medidas de contención sanitaria relacionadas al COVID-19. Seguidamente se abordarán las cifras de la violencia contra las mujeres, existentes a nivel nacional en el contexto de la pandemia, las cuales serán examinadas a partir de criterios con perspectiva de género. Posteriormente se estudiarán informes de los organismos internacionales encargados del abordaje de la violencia contra las mujeres ante el COVID-19, a nivel global y regional. Finalmente se revisarán las obligaciones del Estado costarricense en materia de protección de los derechos humanos de las mujeres ante el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

2. Aproximación a la violencia basada en el género

La violencia basada en el género es definida por María Nieves Rico, Consultora de la Unidad Mujer y Desarrollo de la CEPAL, como toda agresión perpetrada contra una mujer, directamente vinculada a las distribuciones desiguales de poder y las relaciones asimétricas establecidas socialmente entre hombres y mujeres, que buscan desvalorizar a la mujer para subordinarla al hombre. Se diferencia de otras formas de agresión porque el factor de riesgo o de vulnerabilidad se centra en la única condición de ser mujer[1]. La violencia de género puede adoptar diversas tipologías que la pueden llevar a clasificarse como delitos. Además, se entenderá como violencia doméstica la ocurrida en el ámbito doméstico, dentro de las relaciones de pareja, en las que puede o no existir convivencia. Mientras que se comprenderá por violencia intrafamiliar las relaciones de abuso de poder que

(*) Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica con Mención en Formación de Jueces (sic). Jueza de Familia 1.

1 Nieves Rico, María. "Violencia de género: Un problema de derechos humanos". CEPAL. *Revista Serie Mujer y Desarrollo*. Santiago, Chile, Serie Nº 16, julio de 1996, pp. 5-42.

Volver al índice

son perpetradas dentro de la familia, incluyendo niñas, niños y personas adultas mayores[2].

A partir de lo anterior, se parte de que la violencia de género es un fenómeno complejo y multifactorial, que engloba factores históricos, culturales, sociológicos, psicológicos, económicos, educativos y legales. En el contexto actual, su prevención, erradicación y sanción, requiere un abordaje interdisciplinario e interinstitucional especial, en el que resulta apremiante evaluar los factores de riesgo que pueden surgir como consecuencia de las medidas de contención sanitaria relacionadas al COVID-19. Tanto la violencia doméstica como la violencia intrafamiliar, pueden estar aumentando, aunque no se reflejen en las estadísticas institucionales. Por consiguiente, nace la necesidad de analizar el fenómeno de la violencia contra las mujeres, no solo a partir de las cifras, sino de los estudios con perspectiva de género, emitidos por organismos encargados de su abordaje a nivel nacional e internacional.

3. Medición de la violencia contra las mujeres en Costa Rica

En Costa Rica, el Sistema Unificado de Medición Estadística de la Violencia de Género en Costa Rica (SUMEVIG), integrado por el Poder Judicial, el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), el Sistema 9-1-1, el Ministerio de Seguridad Pública, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia y Paz, la Defensoría de los Habitantes y el Instituto Nacional de las Mujeres (en adelante INAMU), es el ente responsable de la homologación de registros administrativos y la definición de indicadores claves que evidencien la realidad de la violencia contra las mujeres en el país. Sin embargo, los últimos indicadores generados son del año 2016, lo que impide verificar las cifras reales de la violencia doméstica en el marco de la pandemia por el COVID-19[3].

3.1. Abordaje del Instituto Nacional de las Mujeres

En lo que respecta a la violencia contra la mujer, en el marco de la pandemia, la Ministra de la Condición de la Mujer y Presidenta Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres (en adelante INAMU), Patricia Mora Castellanos, señaló durante la Conferencia de Prensa del Gobierno de Costa Rica, del día 30 de marzo del 2020, que la crisis por el COVID-19 afecta mayoritariamente a las mujeres, quienes ante las medidas de aislamiento social son quienes mayoritariamente se quedan en casa realizando labores domésticas y de cuido, en muchos casos, en espacios pequeños y confinados, siendo las más expuestas a la violencia intrafamiliar y a la violencia de género, sin un trabajo que les brinde la cobertura de la seguridad social y sin seguridad económica[4].

Asimismo, apuntó que el INAMU, valorando dicha problemática y teniendo presente que se han suspendido actividades de seguimiento presenciales, para las mujeres en condiciones de vulnerabilidad, reforzó desde marzo del 2020, la atención de las mujeres, por medio de las líneas telefónicas de la institución, correos electrónicos y medios virtuales. Destaca como medidas para la contención, el trabajo del Centro Operativo de Atención a la Violencia Intrafamiliar (COAVIF), al cual se accede por medio de la línea 9-1-1, la atención presencial en seis Sedes Regionales del INAMU, así como los Centros Especializados de Atención y de Albergue Temporal para Mujeres Afectadas por Violencia (CEAAM)[5].

Por otra parte, los informes del INAMU muestran que las llamadas recibidas a la línea de emergencia

2 Consejo Superior del Poder Judicial. Protocolo Interinstitucional de Intervención y Valoración de Riesgo en Situaciones de Violencia Contra las Mujeres Circular 197-2014. Artículo XLVIII, Sesión N° 76-14, San José, Costa Rica, 26 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=78053&nValor3=98228&strTipM=TC

3 INAMU (c). *Violencia SUMEVIG*. INAMU. San José, Costa Rica, 30 de setiembre de 2020 Documento disponible en: https://www.inamu.go.cr/sumevig

4 Mora Castellanos, Patricia. Actualización frente a la emergencia nacional por el COVID-19 del Gobierno de Costa Rica. Gobierno de la República de Costa Rica. Conferencia de Prensa, San José, Costa Rica, 30 de marzo de 2020. Documento disponible en: https://www.presidencia.go.cr/comunicados/tag/conferencia-de-prensa/

5 INAMU (a). *Llamadas al 9-1-1 por violencia intrafamiliar se mantienen estables*. INAMU. San José, Costa Rica, 30 de setiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.inamu.go.cr/web/inamu/llamadas-al-9-1-1-por-violencia-intrafamiliar-se-mantienen-estables*

del 9-1-1 por violencia intrafamiliar en proceso, demuestran un comportamiento estable hasta el mes de abril del año 2020. Conforme a las estadísticas oficiales que registra dicha entidad, el promedio de llamadas diario en enero fue de 317, en febrero de 316 y en marzo de 307. No obstante, la Ministra de la Condición de la Mujer, asegura que, en condiciones de aislamiento, las mujeres pueden sufrir más violencia y tienen más dificultades para llamar y denunciar, porque en algunos casos el agresor puede estar a su lado las veinticuatro horas del día[6]. A lo anterior debe sumarse que las estadísticas contemplan agresiones dirigidas tanto a hombres como a mujeres, por lo que no reflejan la situación real de las mujeres y tampoco se analizan las causas de aumento o disminución de las llamadas.

3.2. Cifras del Poder Judicial

En cuanto a la cantidad de casos nuevos de violencia doméstica, la Comisión de Género y la Comisión Permanente para el Seguimiento de la Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Poder Judicial, mostró que no existe un aumento significativo de las Solicitudes de Medidas de Protección entre el primer trimestre del 2019 y el primer trimestre del 2020. Así, para el primer trimestre del año 2019 se registraron un total de 12.743 casos, 4.358 en el mes de enero, 4.023 en el mes de febrero y 4.362 en el mes de marzo, mientras que, para el primer trimestre del año 2020, los casos aumentaron a 14.513, de los cuales 5.557 se registraron en el primer mes, 4.654 en el segundo mes y 4.302 en el tercer mes del año. Sin embargo, la Comisión advierte que las estadísticas generadas durante el tiempo de confinamiento decretado como medida de prevención ante el avance del virus COVID-19, deben interpretarse con cautela, ante las posibles dificultades de las víctimas para denunciar[7].

Al respecto, el Protocolo Interinstitucional de Intervención y Valoración de Riesgo en Situaciones de Violencia Contra las Mujeres, aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial en sesión N° 76-14, celebrada el 26 de agosto de 2014, artículo XLVIII (Circular 197-2014)[8], destaca el aislamiento social como un factor que implica mayor riesgo para las mujeres inmersas en situaciones de violencia, tomando en consideración que al estar todo el día en casa con el agresor, aumentan las tensiones en el hogar y las dificultades para denunciar. La situación se agrava en la actualidad, con la restricción a la circulación y en algunos casos la cuarentena obligatoria, provocada a raíz de la situación epidemiológica del COVID-19, con las cuales, las mujeres que sufren de violencia tendrán mayores dificultades para huir de la agresión, contactar un recurso familiar o acudir a un juzgado a presentar la solicitud de medidas de protección.

Por lo anterior, resulta de gran importancia analizar los estudios realizados a nivel global y regional, respectivamente por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en conjunto con la ONU Mujeres y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de las dificultades que enfrentan las mujeres ante el COVID-19, para acceder a la justicia en condiciones de aislamiento social.

4. Derechos de las mujeres frente al COVID-19. Estudios globales y regionales

4.1. Rastreador Global de Respuestas de Género al COVID-19

A nivel global, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y ONU Mujeres, crearon el “Rastreador Global de Respuestas de Género a la COVID-19”, mecanismo dado a conocer por la Organización de Naciones Unidas, sede Nueva York, mediante el cual se analiza desde una

6 INAMU (a). *Llamadas al 9-1-1 por violencia intrafamiliar se mantienen estables*. INAMU. San José, Costa Rica, 30 de setiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.inamu.go.cr/web/inamu/llamadas-al-9-1-1-por-violencia-intrafamiliar-se-mantienen-estables*

7 Observatorio de Violencia de Género contra las Mujeres y Acceso a la Justicia. *Violencia Doméstica*. **Poder Judicial**, San José, Costa Rica, 28 septiembre, 2020. Documento disponible en: *https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/index.php/soy-especialista-y-busco/estadisticas/violencia-domestica*

8 Consejo Superior del Poder Judicial. Protocolo Interinstitucional de Intervención y Valoración de Riesgo en Situaciones de Violencia Contra las Mujeres Circular 197-2014. Artículo XLVIII, Sesión N° 76-14, San José, Costa Rica, 26 de agosto de 2014. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=78053&nValor3=98228&strTipM=TC

óptica de género, las acciones gubernamentales desarrolladas en 206 países y territorios, para atender los derechos de las mujeres frente al COVID-19. El análisis cubre tres categorías: combate a la violencia de género, apoyo a las mujeres y a las niñas con labores de cuido no remuneradas y fortalecimiento de la seguridad económica femenina[9].

En palabras de Phumzile Mlambo-Ngcuka, Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, este mecanismo ayuda a los Gobiernos a tomar decisiones acertadas en materia de políticas de género, al compartir buenas prácticas y hacer un seguimiento del progreso en las políticas y medidas de atención que permiten combatir la violencia contra las mujeres. En las actualizaciones realizadas al mes de setiembre del año 2020, el Rastreador Global muestra que durante la pandemia la respuesta en materia de protección de la mujer ha sido muy débil en lo que respecta a las necesidades de las mujeres víctimas de violencia. Señala que, al encontrarse confinadas en el ámbito privado con sus agresores, las mujeres, como cuidadoras no remuneradas de una familia o trabajadoras en puestos sin protección social, se encuentran en la actualidad mayormente expuestas a vivir situaciones de violencia[10].

Los datos de PNUD revelan que, en sus esfuerzos por hacer frente a la pandemia y en lo relativo al género, los Gobiernos han enfocado sus esfuerzos principalmente en evitar la violencia contra las mujeres y las niñas, estas medidas representan el 71% de todas las acciones identificadas, equivalentes a 704 medidas en 135 países. De este total, el 63% se ha centrado en fortalecer servicios esenciales, como refugios, líneas telefónicas de ayuda y otros mecanismos de denuncia, entre ellos Costa Rica. Pero solo 48 países, consideraron los servicios relacionados con la violencia contra las mujeres y las niñas como parte integral de sus planes de respuesta frente al COVID-19 y muy pocos previeron la financiación adecuada para esas medidas. Se identifica a Europa como el continente que mayores medidas a brindado para dar respuesta a la violencia contra las mujeres y las niñas, mientras que, el continente americano es señalado como el que ha adoptado la mayor cantidad de medidas tendientes a reforzar la seguridad económica de las mujeres, seguido de África[11].

4.2. Análisis de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

En el ámbito regional, la relatora especial sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), Soledad García Muñoz, señaló en lo que respecta o los derechos de las mujeres y las niñas, que esta crisis sanitaria, económica y social ha profundizado las desigualdades económicas y sociales existentes, puesto que las mujeres y las niñas suelen ser las más afectadas cuando las Escuelas cierran y las personas que integran su familia se enferman, corriendo además un riesgo mayor de sufrir violencia intrafamiliar y reduciendo sus posibilidades de acceder a la salud y a la justicia. Señala que el confinamiento alimenta la preocupación, el estrés, la ansiedad y refuerza el aislamiento de las mujeres que tienen parejas violentas, separándolas de los recursos familiares e intensificado todos los tipos de violencia en el mundo[12].

Es por eso que la CIDH, ha realizado un llamado a los Estados, para que, en el contexto de la pandemia, ejecuten medidas oportunas que contribuyan a contener sus efectos nocivos sobre los derechos humanos de las mujeres y niñas, mayormente expuestas a situaciones de violencia intrafamiliar. Desde tres aspectos esenciales, en

9 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Rastreador Global de Respuestas de Género a la COVID-19*. New York, NY 10017 USA, 2020. Documento disponible en: *https://data.undp.org/gendertracker/*

10 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *El PNUD y ONU Mujeres lanzan el Rastreador Global de Respuestas de Género a COVID-19*. New York, NY 10017 USA, 28 de septiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.undp.org/content/undp/es/home/news-centre/news/2020/undp-and-un-womens-newly-launch-covid-19-global-gender-response-.html*

11 Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *El PNUD y ONU Mujeres lanzan el Rastreador Global de Respuestas de Género a COVID-19*. New York, NY 10017 USA, 28 de septiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.undp.org/content/undp/es/home/news-centre/news/2020/undp-and-un-womens-newly-launch-covid-19-global-gender-response-.html*

12 García Muñoz, Soledad. *La situación de los derechos de las mujeres en el contexto de la pandemia*. [Webinar]. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Documento disponible en: *https://youtu.be/i6J6E8QR4RA*

primer lugar, la violencia doméstica, teniendo en cuenta que muchas de las víctimas ahora se ven obligadas a vivir con sus agresores, en segundo lugar, la violencia sexual que no solo ocurre en sus hogares, sino que aumenta en las calles, por la reducción en el movimiento de personas y, por último, teniendo en cuenta los efectos económicos, que afectan especialmente a las trabajadoras informales y domésticas.

En ese sentido la CIDH dictó la resolución 01-20 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas"[13], mediante la cual se exige a los Estados, el fortalecimiento de los servicios de respuesta a la violencia de género, en particular la violencia intrafamiliar y la violencia sexual en el contexto de confinamiento, mediante la reformulación de los mecanismos tradicionales de respuesta, adoptando canales alternativos de comunicación y fortaleciendo las redes comunitarias para ampliar los medios de denuncia y órdenes de protección en el marco del periodo de confinamiento. Así como el desarrollo de protocolos de atención, distribución de materiales de orientación sobre el manejo de casos de violencia en todas las instituciones estatales y el fortalecimiento de todos los involucrados en materia de investigación y sanción de hechos de violencia intrafamiliar.

Si bien podría resultar evidente que los Estados cuentan actualmente con recursos más limitados producto de la crisis económica derivada de la pandemia del COVID-19, esto no es excusa para que dejen de ofrecer una respuesta adecuada a las mujeres en aislamiento social, especialmente cuando se encuentran en condiciones de vulnerabilidad por ser víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar. La crisis económica y social no suspende sus responsabilidades a nivel internacional, por el contrario, aumenta el desafío en el cumplimiento de sus deberes, relativos al derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. En el ámbito costarricense, resulta importante destacar la normativa nacional e internacional que rige en materia de violencia contra las mujeres.

5. Normativa que regula la violencia contra las mujeres en Costa Rica

La protección de la mujer tiene fundamento en el artículo 51 de la Constitución Política[14], que dispone el deber del Estado costarricense en cuanto a la protección de la familia y sus integrantes, contra cualquier forma de violencia, en especial de las mujeres, niños, niñas y adolescentes. Con ese objetivo se creó en 1996 la Ley Contra la Violencia Doméstica N°7586[15], cuyo objetivo primordial, es la protección de la vida, la integridad física y psíquica y la dignidad de las mujeres víctimas de violencia, en las relaciones de pareja o de abuso sexual intrafamiliar. En su capítulo V establece las responsabilidades del Estado y sus instituciones, en lo referente a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer, con el fin de hacer cumplir lo dispuesto por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención de Belém do Pará) (1994).

En suma a lo anterior, se creó en el año 2007, la Ley de Penalización de la violencia contra de las mujeres, N° 8589[16], mediante la cual se amplían las medidas de protección a favor de las mujeres y se tipifican como delitos de acción pública la violencia física, psicológica, sexual, patrimonial y el femicidio. Sin embargo, su ámbito de aplicación queda restringido a la esfera privada, es decir, a las relaciones de matrimonio y unión de hecho, declarada o no, excluyendo la violencia de género en el ámbito público. A su vez, conforme a los artículos 7 y 8 constitucionales, los Tratados Internacionales ratificados por Costa Rica forman parte de la legislación interna aplicable.

Sobresalen en el tema de la prevención, erradicación y sanción de todas las formas de violencia doméstica contra las mujeres, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación

13 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020.* CIDH. Washington, D.C., 10 de abril de 2020. Documento disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*

14 Constitución Política, del 07 de noviembre de 1949, publicada el 08/11/1949.

15 Ley Contra la Violencia Doméstica. N° 7586, del 10 de abril de 1996, publicada el 02/05/1996.

16 Ley de Penalización de la violencia contra de las mujeres, N° 8589, del 25 de abril de 2007, publicada el 30/05/2007.

contra la mujer de 1979 (en adelante CEDAW)[17], la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 (en adelante Convención de Belém do Pará)[18], la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969[19], así como Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sic) de 1948[20], que forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, es importante tener en consideración la interpretación realizada por la Sala Constitucional a los artículos 7 y 48 constitucionales, en los votos N° 282-90 de las 17:00 horas del 13-03-1990[21], N° 1147-90 de las 16:00 horas del 21-09-1990[22], N° 1739-92, de las 11:45 horas del 01-07-1992[23], N° 3435-92 de las 16:20 del 11-11-1992[24], su aclaración mediante sentencia N.° 5759-93, de las 14:15 horas del 10-11-1993[25] y N° 2313-95 de las 16:18 horas del 09-05-1995[26], conforme a los cuales se puede afirmar que las disposiciones de los tratados internacionales, tendrán carácter supraconstitucional siempre que brinden mayor protección a los derechos humanos. Por lo anterior resulta claro que, en lo referente a la protección de los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia, Costa Rica, cuenta con abundante regulación normativa, tanto nacional como internacional, que se ha venido a reforzar mediante los criterios y resoluciones de la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), los cuales se estudiarán seguidamente.

6. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la CorteIDH son los órganos específicos del Sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En lo referente a los derechos de las mujeres, el organismo especializado es la Comisión Interamericana de Mujeres, adscrito a la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA). Todos los estados miembros de la OEA están sujetos a la actuación de la Comisión, entre ellos, Costa Rica. A su vez, la Corte IDH, fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en su competencia jurisdiccional está legitimada para resolver los casos que le son presentados por la CIDH, que es el órgano consultivo de la OEA, encargado de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos frente a la Corte IDH.

En el año 1998, la CIDH recibió por primera vez una denuncia vinculada a un escenario de violencia doméstica. El caso fue presentado por la señora Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil, tras no encontrar una respuesta oportuna del Estado Brasileño contra todas las agresiones recibidas durante su vida matrimonial. La señora Maria da Penha fue víctima de tentativa de homicidio por parte de su esposo en dos ocasiones, la primera ocurrió mientras ella dormía, cuando le disparó con un arma de fuego simulando un asalto. Estos hechos ocurridos en el año 1983 le ocasionaron una paraplejia irreversible, además de traumas físicos y psicológicos. En una ocasión posterior, intentó electrocutarla en el baño. El Estado de Brasil dejó transcurrir más de quince años sin dictar a una

17 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), N° 6968, del 18 de diciembre de 1979, publicada el 02/10/1984.

18 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem do Pará”, N.° 7499, del 9 de junio de 1994, publicada el 02/05/1995.

19 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Nº 4534, del 22 de noviembre de 1969, publicada el 23/02/1970.

20 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, publicada el 30/04/1948.

21 Sala Constitucional. Resolución Nº 00282-90, del 13 de marzo de 1990.

22 Sala Constitucional. Resolución N° 1147-90, del 21 de septiembre de 1990.

23 Sala Constitucional. Resolución N° 1739-92, del 01 de julio de 1992.

24 Sala Constitucional. Resolución N° 3435-92, del 11 de noviembre 1992.

25 Sala Constitucional. Resolución N° 5759-93, del 10 noviembre 1993.

26 Sala Constitucional. Resolución N° 2313-95, del 09 de mayo de 1995.

sentencia definitiva en contra del agresor, que, a su vez, se encontraba en libertad[27].

El expediente fue presentado a la Corte IDH, por la transgresión de Brasil a los artículos 1.1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con los artículos 2 y 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sic), 3, 4. a, b, c, d, e, f y g, 5 y 7 de la Convención de Belém do Pará. El año 2001 la Corte IDH concluyó que el Estado de Brasil era responsable ante la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, por la dilación injustificada y la tramitación negligente del caso. Destaca que a pesar de las medidas tomadas por el Estado para reducir el alcance de la violencia doméstica, las mismas fueron suficientes para considerar que no hubo tolerancia estatal, en particular ante la inefectividad de las acciones de seguridad y justicia brasileños, respecto a la violencia contra la mujer[28].

Esta es la primera vez que la CIDH aplica la Convención de Belém do Pará, sentando como precedente jurisprudencial, no solo que la violencia doméstica constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres, sino, que el acceso a la justicia debe ser real y el Estado tiene el deber de imponer las sanciones judiciales oportunamente[29].

En el mismo sentido, la Corte IDH señaló en el caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, en la sentencia del 31 de agosto de 2010, que la violencia contra la mujer, en los términos de la Convención de Belém do Pará, no sólo constituye una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres, que limita total o parcialmente su reconocimiento, goce y ejercicio, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases[30].

Atendiendo a lo señalado por la CIDH en la resolución N°1-20 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, el Estado costarricense no solo está obligado a adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, sino que tiene el deber de emplear los recursos disponibles con el fin de adecuar los mecanismos para la denuncia de casos de violencia doméstica a la situación epidemiológica actual del COVID-19, de modo que las posibilidades la protección de mujeres en riesgo por sufrir algún tipo de violencia sea real, oportuna y efectiva. En el contexto actual resulta necesario, adoptar medidas desde una perspectiva de género, de modo que las restricciones de movilidad y confinamiento, no se conviertan en un impedimento para acceder a la justicia o en un retroceso en el disfrute de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres. La omisión a este deber puede ocasionar graves repercusiones en la vida de las víctimas de violencia.

Hasta ahora, Costa Rica ha centrado su atención a la problemática, en la atención de las mujeres, por medio de las líneas telefónicas, correos electrónicos y medios virtuales del INAMU. La línea del Centro Operativo de Atención a la Violencia Intrafamiliar (COAVIF), la línea 9-1-1, la atención presencial en algunas Sedes Regionales del INAMU, así como los Centros Especializados de Atención y de Albergue Temporal para Mujeres Afectadas por Violencia (CEAAM). Conviene preguntarse ¿cuál

27 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *INFORME N° 54/01*. CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL.* CIDH, Washington, D.C., 16 de abril de 2001. Documento disponible en: *https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm*

28 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *INFORME N° 54/01*. CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL.* CIDH, Washington, D.C., 16 de abril de 2001. Documento disponible en: *https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm*

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *INFORME N° 54/01*. CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL.* CIDH, Washington, D.C., 16 de abril de 2001. Documento disponible en: *https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm*

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos Nº 4: derechos humanos y mujeres*. Corte IDH, San José, Costa Rica, 2018, pp. 32-33. Documento disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf?fbclid=IwAR2HYPKRUcCXGiGrRHLc49Kn9GkpdW3da0j_B10lYbiNGAq_miATVLFUtwg*

ha sido su alcance y difusión?, es decir, si estas medidas son conocidas por las mujeres que se encuentran en riesgo y especialmente si resultan suficientes para la protección de los derechos humanos de las mujeres inmersas en ámbitos domésticos o intrafamiliares marcados por la violencia, considerando los escenarios actuales de aislamiento social, restricciones en la movilización y confinamiento, donde el acceso de muchas mujeres a los mecanismos para la atención y denuncia de la violencia podría ser nulo, al permanecer todo el día en casa con su agresor.

7. Conclusiones

Por todo lo expuesto, es posible concluir que la violencia de género es un fenómeno marcado por las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres que se ha visto agudizado ante la situación epidemiológica del COVID-19. Las estadísticas de la violencia doméstica en el contexto de la pandemia, podrían no estar reflejando la cantidad real de casos de violencia contra las mujeres, porque el acceso a los mecanismos de atención y denuncia ante el confinamiento se ve mayormente limitado. Lo anterior hace imperante la necesidad de evidenciar la violencia doméstica e intrafamiliar como problemáticas que atañen a toda la sociedad y que no pueden seguirse tratando como asuntos del ámbito privado, especialmente en el marco del COVID-19. La ciudadanía puede ejercer un importante rol en el control y la prevención de la violencia, mediante la denuncia de los casos. Mientras tanto las instituciones encargadas de la protección de las mujeres víctimas de violencia, deben adaptar y flexibilizar los mecanismos de denuncia y atención de la población en riesgo, tal y como lo exige el Sistema interamericano de protección de los derechos humanos al Estado costarricense, con el fin de generar medidas de contención y prevención de la violencia de género, que resulten efectivas ante el COVID-19.

8. Bibliografía

Documentos publicados en Internet

- BARQUERO, Karla. *Solo uno de cada ocho países tiene medidas de protección para las mujeres contra impactos de la pandemia: ONU*. La República, San José, Costa Rica, 28 septiembre, 2020. Documento disponible en: *https://www.larepublica.net/noticia/solo-uno-de-cada-ocho-paises-tiene-medidas-de-proteccion-para-las-mujeres-contra-impactos-de-la-pandemia-onu*

- BINNUR DÖNMEZ, Beyza. *ONU: el mundo no hace lo suficiente para proteger a las mujeres en medio de la pandemia. El sistema de rastreo de la ONU descubrió que la protección social global, la crisis de atención y la respuesta laboral "ha obviado" en gran medida a las necesidades de las mujeres*. Ankara, Turquía. Anadolu Agency, 29 de setiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.aa.com.tr/es/mundo/onu-el-mundo-no-hace-lo-suficiente-para-proteger-a-las-mujeres-en-medio-de-la-pandemia/1989938*

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *INFORME N° 54/01*. CASO 12.051. MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES. BRASIL.* CIDH, Washington, D.C., 16 de abril de 2001. Documento disponible en: *https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm*

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *La CIDH exhorta a los Estados a garantizar los servicios de salud sexual y reproductiva de mujeres y niñas en el contexto de la pandemia del COVID-19.* CIDH. Comunicado de prensa 217/20. Washington, D.C., 14 de septiembre de 2020. Documento disponible en: *http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/217.asp*

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/2020.* CIDH. Washington, D.C., 10 de abril de 2020, *pp. 17*. Documento disponible en: *https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf*

- Consejo Superior del Poder Judicial. *Protocolo Interinstitucional de Intervención y Valoración de Riesgo en Situaciones de Violencia Contra las Mujeres Circular 197-2014*. Artículo XL-VIII, Sesión N° 76-14, San José, Costa Rica,

26 de agosto de 2014. Disponible en: *http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=78053&nValor3=98228&strTipM=TC*

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos Nº 4: derechos humanos y mujeres*. Corte IDH, San José, Costa Rica, 2018, pp. 32-33. Documento disponible en: *https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf?fbclid=IwAR2HYPKRUcCXGiGrRHLc49Kn9GkpdW3da0j_B10lYbiNGAq_miATVLFUtwg*

- GARCÍA MUÑOZ, Soledad. *La situación de los derechos de las mujeres en el contexto de la pandemia*. [Webinar]. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Documento disponible en: *https://youtu.be/i6J6E8QR4RA*

- INAMU (a). *Llamadas al 9-1-1 por violencia intrafamiliar se mantienen estables*. INAMU. San José, Costa Rica, 30 de setiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.inamu.go.cr/web/inamu/llamadas-al-9-1-1-por-violencia-intrafamiliar-se-mantienen-estables*

- INAMU (b). *Medición estadística de la violencia de género en C.R. visibiliza necesidades y realidad que viven las mujeres*. INAMU. San José, Costa Rica, 30 de setiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.inamu.go.cr/medicion-estadistica-de-la-violencia-de-genero-en-c.r.-visibiliza-necesidades-y-realidad-que-viven-las-mujeres*

- INAMU (c). *Violencia SUMEVIG*. INAMU. San José, Costa Rica, 30 de setiembre de 2020 Documento disponible en: https://www.inamu.go.cr/sumevig

- MORA CASTELLANOS, Patricia. *Actualización frente a la emergencia nacional por el COVID-19 del Gobierno de Costa Rica.* Gobierno de la República de Costa Rica. Conferencia de Prensa, San José, Costa Rica, 30 de marzo de 2020. Documento disponible en: https://www.presidencia.go.cr/comunicados/tag/conferencia-de-prensa/

- NIEVES RICO, María. "Violencia de género: Un problema de derechos humanos". CEPAL. *Revista Serie Mujer y Desarrollo*. Santiago, Chile, Serie Nº 16, julio de 1996, pp. 5-42.

- Observatorio de Violencia de Género contra las Mujeres y Acceso a la Justicia. *Violencia Doméstica*. Poder Judicial, San José, Costa Rica, 28 septiembre, 2020. Documento disponible en: *https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/index.php/soy-especialista-y-busco/estadisticas/violencia-domestica*

- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *El PNUD y ONU Mujeres lanzan el Rastreador Global de Respuestas de Género a COVID-19*. New York, NY 10017 USA, 28 de septiembre de 2020. Documento disponible en: *https://www.undp.org/content/undp/es/home/news-centre/news/2020/undp-and-un-womens-newly-launch-covid-19-global-gender-response-.html*

- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *Rastreador Global de Respuestas de Género a la COVID-19*. New York, NY 10017 USA, 2020. Documento disponible en: *https://data.undp.org/gendertracker/*

- RODRÍGUEZ VALVERDE, Andrea. *¿Hay menos casos de violencia doméstica durante la pandemia? Veamos más allá de los datos.* La Voz, Guanacaste, 23 de abril de 2020. Documento disponible en: *https://vozdeguanacaste.com/hay-menos-casos-de-violencia-domestica-durante-la-pandemia-veamos-mas-alla-de-los-datos/*

Leyes

- Constitución Política, del 07 de noviembre de 1949, publicada el 08/11/1949.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Nº 4534,

del 22 de noviembre de 1969, publicada el 23/02/1970.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem do Pará”, N.° 7499, del 9 de junio de 1994, publicada el 02/05/1995.

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), N° 6968, del 18 de diciembre de 1979, publicada el 02/10/1984.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, publicada el 30/04/1948.

- Declaración Universal de Derechos Humanos. N° 217, del 10 de diciembre de 1948, publicada el 10/12/1948.

- Ley Contra la Violencia Doméstica. N° 7586, del 10 de abril de 1996, publicada el 02/05/1996.

- Ley de Penalización de la violencia contra de las mujeres, N° 8589, del 25 de abril de 2007, publicada el 30/05/2007.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, N°4229, del 16 de diciembre de 1966, publicada el 11/12/1968.

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador). N° 7907, del 17 de noviembre de 1988, publicada el 03/09/1999.

Citas de jurisprudencia

- Sala Constitucional. Resolución Nº 00282-90, del 13 de marzo de 1990.

- Sala Constitucional. Resolución N° 1147-90, del 21 de septiembre de 1990.

- Sala Constitucional. Resolución N° 1739-92, del 01 de julio de 1992.

- Sala Constitucional. Resolución N° 3435-92 del 11 de noviembre de 1992.

- Sala Constitucional. Resolución N° 5759-93, del 10 de noviembre de 1993.

- Sala Constitucional. Resolución N° 2313-95, del 09 de mayo de 1995.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ÉTICA JUDICIAL Y SU IMPACTO EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA

Nain Isaac Monge Segura (*)
Jose Manuel Arroyo Gutiérrez (**)

Resumen: El tema a tratar en este ensayo es la ética en el ejercicio profesional, con enfoque en la ética judicial y sus repercusiones en la gestión de calidad a lo interno de la administración de justicia.

Introducción:

En el presente ensayo, dedicaremos las siguientes páginas a hablar sobre la ética en el ejercicio profesional, principalmente sobre la ética judicial y sus efectos en la gestión de calidad a lo interno de la administración de justicia. En nuestros días es una necesidad imperante revisar los procesos de transformación en la prestación del servicio judicial, en el marco de las discusiones acerca de las reformas integrales de los sistemas de justicia. Es claro también que, en los últimos tiempos, los Poderes Judiciales democráticos han ido dando pasos firmes para declarar –al menos en teoría- a la persona usuaria como el eje central de sus funciones y resultados, siendo su objetivo y misión fundamental la satisfacción plena de los derechos de todas las personas. No hay duda de que se ha pasado de la pretensión simple de cumplir con requisitos mínimos en el servicio, a querer posibilitar un verdadero acceso a la justicia, generando con ello un cambio de paradigma que asegure legitimidad y confianza en la justicia. Pero este proceso es arduo y complejo. El sistema es inercialmente conservador, con dificultad para autocriticarse y con poca disposición a renovarse. De ahí la importancia de que los empleados y funcionarios judiciales adquieran la conciencia y asuman la actitud necesaria -que es de naturaleza cultural y ética y no sólo administrativa o jurídica-, para un efectivo cambio de paradigma.

Normalmente, los sistemas de justicia padecen problemas como: escasos recursos; injerencias políticas indebidas en la función judicial, y, por ende, corrupción o pérdida de imparcialidad a la hora de tomar decisiones jurisdiccionales; asimismo, falta de capacitación en los funcionarios que toman decisiones y de quienes administran el sistema; y, por último, falta de compromiso y responsabilidad ética en el quehacer judicial, lo que termina por socavar el sistema.

Si el recurso humano que integra un Poder Judicial está cimentado en valores éticos sólidos, en el marco de una institucionalidad estatal también fuerte, la prestación del servicio y la atención de las necesidades de las personas usuarias, siempre van a ser la prioridad, teniendo como centro en todo momento la dignidad humana y sus derechos. No obstante, si el recurso humano que integra el sistema de justicia constituye más bien un obstáculo para el progreso y la adecuada prestación del servicio, el sistema como tal no podrá generar los cambios requeridos, convirtiéndose en un factor negativo y en un lastre para la prestación adecuada del servicio.

Premisas estructurales. Evidentemente, éste último problema o barrera en el desarrollo de un sistema judicial tiene que abordarse también en la perspectiva de que la misma institución judicial debe fortalecer las condiciones y el entorno en el cual trabajan las personas dentro del Poder Judicial. Lo anterior es necesario porque ante la existencia de inadecuadas condiciones laborales e institucionales, resulta probable que los flagelos de la corrupción entren al sistema, o al menos, que las personas dejen de trabajar con motivación y

(*) Juez del Poder Judicial de Costa Rica
(**) Ex magistrado y ex vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia

Volver al índice

ética. Los valores no son entelequias que flotan en la atmósfera. Al contrario, están encarnados en instituciones, estructuras de poder y en personas de carne y hueso, en circunstancias muy concretas y humanas, que pueden prosperar y fortalecerse en medios adecuados, o, por el contrario, pueden debilitarse y degradarse en ambientes descuidados. Por eso es que el recurso humano debe ser considerado como un factor muy importante dentro de un sistema de justicia, cuya importancia debe ser considerada en relación a adecuadas condiciones estructurales de trabajo; a la vigencia efectiva de claros estatutos profesionales de obligaciones y derechos; salarios competitivos y sistemas jubilatorios dignos; infraestructura edilicia y equipamientos requeridos; justa distribución de cargas de trabajo; así como también debe ser considerado un régimen de calificación y rendición de cuentas; estímulos a la calidad y excelencia de los mejores funcionarios; y el fortalecimiento continuo de valores éticos como la responsabilidad y el compromiso.

Independencia judicial y contra-poder republicano. La institucionalidad del Poder Judicial y su independencia son el eslabón más importante en un Estado de Derecho. La más moderna teoría política concibe al Judicial, más que como un "poder", como un auténtico "contra-poder" cuya misión es lograr corregir los desequilibrios sociales entre los más fuertes *versus* los más débiles, reparando el tejido social y devolviendo la paz a las partes y al conjunto en conflicto. Cuando el aparato estatal, como poder político, falla en el resguardo de los derechos de las personas, ya sea porque permite que entre ciudadanos pares se vulneren esos derechos, sea cuando el mismo Estado es quien los vulnera por acción o por omisión; será entonces el Poder Judicial a quien le corresponde restablecer el orden social y proteger aquellos derechos que desde el mismo núcleo duro del Estado han sido vulnerados. De ahí la importancia que el Poder Judicial se encuentre libre de participaciones político-partidarias, libre de injerencias indebidas de grupos de presión y libre de influencias mediáticas que hagan de su labor, una labor cuestionable y turbia.

La independencia judicial, frente a todo tipo de poderes, -formales o informales, legales o ilegales-, en tanto principio fundamental del Estado de derecho, debe ser la base sobre la cual se sostiene todo sistema de justicia y, por ende, todo régimen democrático. Es solo a través de la defensa institucional por medio de los mecanismos legales creados para tal fin, que se puede hablar o no, de una verdadera independencia judicial ante las constantes intromisiones que hemos visto que sufren los poderes judiciales en nuestra región latinoamericana y el mundo entero. Precisamente el primer receptor de los ataques de toda forma de poder -legítimo o ilegítimo-, es el sistema judicial, en razón que su principal misión institucional es controlar y evitar que todas esas entidades de poder atropellen o cometan abusos en contra de los derechos de terceros.

Sin embargo, la independencia judicial no solo se protege ante los ataques del poder político, o de cualquier otra índole externa a la institución. También internamente pueden darse eventuales conductas contrarias a los principios y valores institucionales que brindan un marco de referencia profesional para quienes trabajan dentro del sistema, el cual posibilita poder tener control acerca de la debida o indebida actuación de los que toman decisiones jurisdiccionales o administrativas. Por eso, la ética es la herramienta interna en la cual debe invertir el Poder Judicial, para que cada uno de sus integrantes tenga claro cuáles son los deberes y las correctas actuaciones en su diario quehacer judicial, obteniendo como resultado un personal o funcionariado íntegro, que pueda atender las situaciones más difíciles teniendo muy claras cuáles son sus responsabilidades.

Servicio judicial ético y profesional. Los valores éticos son los estándares de calidad en el ejercicio profesional; tratándose de la administración de justicia, eso es sumamente importante, debido a que las personas profesionales que trabajan con ética, son las que generan el cambio y sostienen el sistema de justicia funcionando correctamente, además que ayudan a recobrar la confianza y la legitimidad del poder judicial; dicho en otras palabras, solo él trabajo profesional ético es lo que permite que día con día se pase de un sistema de justicia obsoleto a un sistema de justicia moderno, en donde se coloque a la persona usuaria como el eje central de la acción jurisdiccional y en donde, a través de las acciones diarias se proyecte una imagen del Poder Judicial con transparencia y probidad, así como

se recobre la institucionalidad de la justicia como valor fundamental dentro de un democracia. Por eso, se debe considerar la importancia que tiene el fortalecimiento de los valores de las personas que trabajan dentro del engranaje judicial, ya que lo que termine haciendo una sola persona que trabaja en el ámbito judicial terminará afectando a todo el sistema y la legitimidad de éste; no en vano es que la filósofa española Adela Cortina ha indicado que una profesión es una actividad que realizan distintas personas al servicio de otras, por ende es una actividad cooperativa en la cual intervienen diversos profesionales que buscan satisfacer necesidades; además que, todas esas personas profesionales terminan estando conectadas unas con otras y por eso es que se debe comprender que lo que un profesional haga, tarde o temprano termina afectando o beneficiando a los demás. Cabe mencionar que, en esa acción el profesional representará a todo su gremio. De tal manera que, las consecuencias que se generen para todas las demás personas involucradas en la acción de un profesional, benefician o afectan a su propio gremio. Por eso, ser un buen profesional hoy en día demanda mucha responsabilidad, primero que todo esa persona debe sentirse apropiada de su profesión para poder generar un vínculo importante que conlleve a resultados positivos y beneficiosos para todos, porque entre el profesional y las personas que a él acuden en busca de su servicio, se genera un lazo de confianza, que solo se crea cuando ese profesional actúa con compromiso y responsabilidad en lo que hace y las personas están satisfechas del servicio recibido.

Los deberes de excelencia y fundamentación de actuaciones y resoluciones. En el ámbito judicial tiene especial relevancia el compromiso y la responsabilidad debido a que en el sistema de justicia convergen diversas profesiones y todas ellas están conectadas entre sí con la finalidad de brindar un único servicio llamado *"servicio de justicia"*, en consecuencia resulta coherente indicar que la labor de una persona dentro del sistema de justicia repercute en la labor de todas las demás y también en la imagen del Poder Judicial; principalmente cuando hablamos de la actuación de la persona juzgadora, la cual tiene la gran responsabilidad de tomar decisiones sobre derechos de los ciudadanos y esto no es cualquier función, sino que implica un gran esfuerzo para poder tomar las mejores decisiones apartándose de prejuicios sociales y personales; de presiones mediáticas generadas por las mismas partes; de presiones propias que se generan por parte de la misma institución o de sus jerarcas y; de presiones internas que toda persona juzgadora enfrenta como ser humano. De ahí la dura tarea que el juez y la jueza trabajen con excelencia, nunca dejen de estudiar y actualizarse y den lo mejor de sí en cada una de sus actuaciones y resoluciones. También deben contar con la formación suficiente no solo en la materia objeto de su competencia, si no en los valores éticos que deben tener como profesionales, los cuales serán los mecanismos de control de legalidad, para que las decisiones judiciales revistan un sello distintivo llamado justicia, y no que sean solamente decisiones antojadizas o poco fundadas, en donde se pueden esconder prejuicios y consolidar discriminaciones o incluso vulneraciones de derechos estructurales, toleradas y permitidas por el contexto cultural dominante o por el mismo sistema judicial.

Servicio público y derecho ciudadano. Las personas funcionarias judiciales deben tener muy claro, que su función dentro del sistema constituye la materialización de un valor fundamental para el ser humano, como lo es la justicia y que no están trabajando ahí solo por el salario u otros beneficios laborales o profesionales que puedan percibir. Precisamente de eso trata la ética dentro de una institución, sea que el profesional tenga muy claro para que está ahí, y que realice todos los esfuerzos necesarios para que esa labor cumpla el fin para la cual fue puesta al servicio de los demás. La noción de justicia se vive, se siente y se busca todos los días a partir de la labor que hacemos en nuestros juzgados y por más modesta que a ratos parezca, dicha labor es parte de todo el engranaje judicial y la sociedad lo requiere para que las personas superen sus conflictos y satisfagan sus intereses.

Ética y servicio de calidad. El trabajo diario de todas las personas dentro del Poder Judicial está al servicio de los demás y eso no es más ni menos que la ética de la responsabilidad y el compromiso, porque sabemos y tenemos muy claro que debemos asumir nuestro compromiso como funcionarios judiciales, no sólo sacando una determinada cantidad de trabajo, sino haciéndolo con calidad. Al fin y al cabo, el servicio judicial de

Volver al índice

justicia es ante todo un derecho de la ciudadana y el ciudadano y no un privilegio burocrático de las personas juzgadoras.

La calidad de la justicia es fundamental, porque no se puede medir en términos de números aquello que es justo, aquello que es equitativo y legal. No podemos medir en cuestión de números la confianza y la legitimación del sistema, ya que eso depende del aporte de cada persona, para que el resultado sea el esperado, lo cual tiene que ver con los valores éticos de la institución y de sus colaboradores. Igualmente es importante mencionar que la sociedad hoy en día está reclamando mayor compromiso y responsabilidad del sistema de justicia, lo que se traduce en la necesidad de que los derechos de las personas sean verdaderamente tutelados y que las personas juzgadoras tomen decisiones apegados a la justicia. Igualmente reclaman de los jueces y juezas un comportamiento ético. Todos estos llamados y reclamos han ido calando en la cabeza de algunos jueces y juezas y ha generado que poco a poco vayan sintiendo esa necesidad de dar respuestas ante las necesidades que presentan las personas cuando acuden al sistema judicial; y con ello se han generado diversas acciones de cambio, para atacar las debilidades que la institucionalidad ha tenido y que han imposibilitado la prestación de un servicio judicial de calidad. Sin embargo, el cambio no ha sido tan rápido y tampoco la necesidad de cambio ética de quienes estamos tomando decisiones sobre derechos de otros dentro de un estado de derecho.

Conciencia del rol social clave de la judicatura. En la consecución de ese objetivo propio de toda democracia, a saber, administrar justicia dentro de estándares adecuados de calidad, la persona juzgadora debe adquirir un papel preponderante, activo y crítico de la realidad, tanto social como jurídica; a través del cual se preocupe por el impacto que tienen sus actuaciones y decisiones dentro del sistema. Por ello, es que tiene que cuestionarse sobre la aplicación efectiva del régimen jurídico y dimensionar la necesidad que las normas procesales deban garantizar que todas las personas puedan acceder al sistema de tutela de derechos, así como que, en el momento de aplicar las normas sustantivas, esos derechos puedan ser protegidos a través de la decisión jurisdiccional, mediante una tutela judicial efectiva. Pero también es necesario que las y los juzgadores comprendan que en muchos casos la aplicación de la norma en forma literal o rígida, genera una mayor afectación a los derechos que se pretende proteger; y por eso deberán ser conscientes de esa situación para que les permita tomar decisiones que generen acciones afirmativas de cambio, ante las falencias del sistema o las lagunas del cuerpo normativo. La labor de interpretación y fundamentación, tanto fáctica como jurídica en toda resolución judicial, es indispensable en la legitimación política –ante el público o la población a la que va dirigida-, porque sólo con “buenas razones”, logrando un efectivo convencimiento y dimensionando el impacto que sus decisiones puedan tener en la comunidad, se alcanza el valor ético-político de un quehacer judicial legítimo a los ojos de ese conglomerado humano.

Así, resulta fundamental el papel que desempeña hoy en día la persona juzgadora para la defensa y garantía, no solo del sistema de justicia en general, si no de su finalidad esencial que es la protección de los derechos de las personas que demandan justicia. Por eso el juez y la jueza deben sentirse enteramente comprometidos en su quehacer jurisdiccional y deben comprender que las decisiones y acciones que, en ese ámbito toman, siempre tienen que estar conducidas hacia el fin principal que es la satisfacción de los derechos de las personas usuarias, y de garantizar que esa satisfacción llegue en un tiempo razonable. Pero, además, deben estar atentos a todas aquellas situaciones o circunstancias que existen en el sistema judicial y en el entorno social, y que imposibilitan que las personas puedan acceder al sistema en resguardo de sus derechos. Por ello y no menos importante, es que la persona juzgadora deba contar con competencias que le confieran el perfil ético idóneo para ejercer su cargo. Hoy en día ese rol requiere de un gran compromiso y vocación para ser ejercido dentro de una sociedad que ha cambiado, y que amerita que el sistema de justicia se siente sobre las bases de una persona juzgadora independiente, imparcial, conocedora de la realidad social y jurídica de quienes acuden a ella.

Esa persona juzgadora comprometida con la justicia y con la necesidad de obtenerla en todos

los casos sometidos a su jurisdicción, comprende que de su correcto actuar depende efectivamente que se puedan o no tutelar los derechos de las personas. Además posee un claro entendimiento para proteger tales derechos, muchas veces tiene que cuestionar la realidad jurídica a través de la cual las personas acuden al sistema de justicia y que éste, lejos de dárseles una respuesta oportuna y ágil, les genera una serie de barreras que imposibilitan la garantía de protección de sus derechos y con ello, se genera una descontento social, sumado a una pérdida de confianza hacia la institucionalidad, lo cual causa a la vez una pérdida de credibilidad en el sistema y que las personas no acudan a solicitar la protección requerida.

Por eso es que este perfil de juez o jueza y de los profesionales en derecho al cual aspiran los sistemas de justicia hoy en día y que además lo necesita la sociedad, es un profesional que confronta las normas con la realidad social, jurídica y cultural y, solo entonces, determina en qué niveles esa confrontación genera un impacto beneficioso o perjudicial para los derechos que debe proteger. Por esta misma vía, elige aquella decisión que mayor protección brinda al derecho, plenamente convencido que su actuar justifica exclusivamente la protección de principios y valores jurídicos fundamentales.

Conclusión:

Ésta persona juzgadora debe estar atenta a las condiciones a través de las cuales acuden las personas al sistema de justicia y tratar por todos los medios de visibilizar las barreras que podrían obstaculizar el fácil acceso al sistema, generando acciones y tomando decisiones que permitan ver y escuchar aquello que no está a la simple vista o no se dice pero que de una u otra forma afecta la participación de las personas en los proceso judiciales y con ello la protección de sus derechos a partir de las decisiones judiciales. Esta persona operadora de justicia alcanzaría un perfil muy distinto al que estamos acostumbrados, ya que rompe el esquema rígido de juez o jueza imperante en nuestras sociedades, incluso aún hoy en día y que ha generado tanta distancia entre las personas y el sistema de justicia; el cual es aquel juez o jueza que solo se limita sin cuestionar nada a aplicar la ley sin medir sus impactos en los derechos de las personas y sin analizar el impacto de sus decisiones como resultado de la convergencia ley y decisión jurisdiccional y sin ponderar el efecto temporal de las leyes dentro de la realidad social; todo lo cual quiere decir que ésa persona juzgadora está atenta al resultado de la aplicación de la ley y a los cambios sociales que en gran medida afecta la aplicación de las normas. Es por ello que en ésta labor adquiere gran relevancia la aplicación de normativas internacionales vigentes en el Estado en materia de garantías de protección a los derechos humanos y principalmente en materia de acceso a la justicia y en gran medida aplicará los principios constitucionales y generales del derecho para fortalecer en el caso concreto el resultado de la decisión, sin olvidar que nuestro ordenamiento jurídico se integra en forma global y que ante ausencia o insuficiencia de una norma para proteger un derecho deberá integrarlas para buscar la tutela judicial efectiva y no la justicia retórica.

Podrá fallar el Poder Ejecutivo al momento de crear o aplicar políticas públicas para proteger los derechos de las personas; podrá fallar el Poder Legislativo al momento de crear las leyes necesarias y efectivas para proteger esos derechos; pero si un Poder Judicial se mantiene inalterable al poder político; independiente e imparcial, él Estado Social, democrático y de derecho se mantiene inquebrantable.

No existe nada más injusto que estar ante un juez o jueza injusto, ahí habrá fallado todo el sistema y seremos cómplices de la tiranía de la ley y muchos la pasarán mal.

A manera de reflexión y como mensaje final se recuerda que en su momento histórico la esclavitud fue legal; la negación de los derechos políticos de la mujer fue legal y la muerte de muchas personas en la Alemania Nazi fue legal; no todo lo legal es justo y la legalidad es una manifestación del poder y no de la justicia en la mayoría de los casos.

Volver al índice

SECCIÓN II

JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA

JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA

EN MATERIA LABORAL

SE DENIEGA RESTITUCIÓN DE INCENTIVO SALARIAL POR MÉRITOS ACADÉMICOS EN LA UCR. FALTA REQUISITO: TÍTULO DE LICENCIATURA.

VOTO N° 000092-2020.

[…]

IV.- SOBRE EL INCENTIVO SALARIAL POR MÉRITOS ACADÉMICOS Y EL CASO CONCRETO: […] La Sala estima que, para superar el requisito de licenciatura, el accionante debía ostentar ese grado académico y, además, haber seguido estudiando hasta obtener un título de mayor jerarquía (en este caso, la maestría). Ese es, precisamente, el espíritu de la norma que regula el incentivo por mérito académico, estimular esa superación en el personal que presta sus servicios a la demandada. Es por medio de una ficción jurídica que la UCR ha determinado que, para las plazas en las que sea requisito contar con una licenciatura, este se tenga por cumplido si la persona interesada cuenta con un bachillerato universitario y una maestría en el área afín. Dicho de otro modo, para la accionada ambos grados académicos -en conjunto- otorgan a la persona los conocimientos necesarios para el desempeño de sus labores, únicamente para efectos de nombramiento. Ahora bien, el hecho de que, por una ficción jurídica, para efectos de acceder al cargo, se haya equiparado el título de licenciatura a un bachillerato más una maestría, no implica que el demandante realmente cumpla con el requisito exigido para el puesto (licenciatura). Y es que no hay duda de que posee mayor nivel de conocimiento una persona que primero obtiene el grado de licenciatura y luego una maestría, que otra que solamente cuenta con un bachillerato aunado a una maestría. En razón de lo anterior, para la asignación del beneficio citado es imprescindible que la persona ostente el grado de licenciatura, para que así los conocimientos adquiridos en el posgrado sean efectivamente superiores a los establecidos en el Manual Descriptivo de Puestos. […] Finalmente, el hecho de que el servidor haya gozado durante varios años de ese plus salarial obedeció a un error de la Administración que, como tal, no genera derecho. Por lo expuesto, la decisión de no prorrogarle el sobresueldo al actor fue legítima. **[…]**

CONTRATO DE TEMPORADA POR TIEMPO INDETERMINADO. PERÍODOS INTERMEDIOS (VACACIONES ESCOLARES) NO INTERRUMPEN LA RELACIÓN LABORAL. NO EXISTIÓ PRESCRIPCIÓN.

VOTO N° 000110-2020.

[…]

IV.- SOBRE EL CONTRATO A PLAZO FIJO Y EL CASO CONCRETO: […] Esta Sala comparte lo fallado por el órgano de alzada, en cuanto a la naturaleza indeterminada de la relación, cual contrato de temporada. Así, en la sentencia n.° 875, de las 9:50 horas del 11 de octubre de 2000, se explicó: *"…el actor fue contratado como chofer por la Junta de Educación de Santa Cruz -bajo la modalidad de plazo fijo, de marzo a noviembre en los cursos lectivos 93, 94, 95 y 96-, para que prestara el servicio de transporte -en un bus propiedad de la Junta-, a los menores discapacitados que recibían educación especial en la Escuela… En el caso que nos ocupa, subsiste la causa que dio origen al contrato de trabajo del actor -la necesidad de prestar el servicio de transporte, a los menores discapacitados que reciben enseñanza especial-, así como el puesto de trabajo que él ocupaba… De allí que, no pueda conceptuarse el vínculo que ligó al actor con la demandada, por más de cuatro años en el mismo puesto, como un contrato a plazo determinado… En el presente asunto, nos encontramos ante un contrato de trabajo permanente y discontinuo, que se suspende por la terminación del curso lectivo y se reanuda con el inicio del mismo. En consecuencia, no deja de existir al terminar el ciclo lectivo, por el contrario, subsiste y reaparece al iniciarse el siguiente. Sea que, durante el lapso de vacaciones*

de los menores discapacitados, la relación jurídica entre actor y demandada permanece latente, y continúa apenas se den las circunstancias que la originaron". […] Esa línea jurisprudencial es de aplicación al caso en estudio, pues la relación del actor con el Estado tuvo efectivamente naturaleza de contrato por tiempo indeterminado, en la modalidad de contrato por temporada, es decir, que la prestación se brindaba únicamente durante un cierto período en el año, que corresponde al del ciclo lectivo, el cual se extendía de marzo a setiembre u octubre, según correspondiera. Si bien durante los meses de octubre, noviembre, diciembre, enero y febrero no había prestación alguna de su parte, esos períodos no tienen efectos interruptores de la continuidad, según se explicó en los fallos trascritos. Finalmente, no se omite indicar que el hecho de que el accionante se le haya contratado por inopia, lo que –en todo caso- no constituye un hecho probado, no exime al demandando de asumir las consecuencias legales de su decisión de ponerle término a la relación laboral, al no prorrogar el nombramiento de aquel partir de marzo de 2013. **[…]**

JORNADA ACUMULATIVA EN MUNICIPALIDAD NO EXCEDE EL MÁXIMO LEGAL. NO PROCEDE PAGO DE MEDIA HORA EXTRA DIARIA. CONVENCIÓN COLECTIVA.

VOTO N° 000009-2020.

[…]
III.- ANÁLISIS DEL CASO: […] Tal y como se hizo constar en el dictamen de la Procuraduría General de la República C-38-2015, aportado por la parte accionada, en décadas pasadas, las y los empleados del Sector Público laboraban el día sábado completo. Posteriormente, pasaron a trabajar solo cuatro horas en ese día y mediante distintos mecanismos se logró compactar la jornada, a fin de que las personas servidoras contaran con dos días libres por semana. Esa es la situación que se advierte en la Municipalidad de San José, sin que la interpretación de la norma de la convención colectiva pueda realizarse en los términos pretendidos por el recurrente. No es necesario, como lo demanda, que el texto normativo expresamente establezca que se trata de una jornada acumulativa o extendida, según los parámetros que posibilita el artículo 136 del *Código de Trabajo* en su párrafo segundo, conforme al cual "*…en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, podrá estipularse una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de las cuarenta y ocho horas".* La evolución histórica de las normas convencionales y las pruebas aportadas hacen concluir, sin margen de duda, que en la Municipalidad de San José también operó aquel proceso generado con mayor énfasis en el Sector Público, por medio del cual se pretendía compactar la jornada para que las personas servidoras pudieran gozar un día libre más a la semana. En el acta de inspección y prevención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social también se hizo constar que en la demandada opera un régimen de jornada acumulativa. El recurrente sostiene que era indispensable el consenso entre las partes, para que eventualmente pudiera aplicarse ese tipo de jornada. Tal tesis no deriva del canon 136 citado, razón por la cual la decisión queda en el ámbito del poder de mando y organización de la parte empleadora y, en el caso bajo análisis, la disposición derivó de la negociación pactada entre los sindicatos y la entidad empleadora, que convergió en un instrumento colectivo con rango de ley (artículo 62, *Constitución Política*). La interpretación no resulta contraria al artículo 58 constitucional y tampoco lesiona derechos irrenunciables de la parte actora. No se detecta que la jornada así negociada afecte algún derecho particular de las y los demandantes. […] De ahí que no sea posible conceder como tiempo extraordinario la media hora que las y los actores laboran por encima de las ocho horas, de lunes a jueves. Menos, ordenarle a la demandada que ajuste el horario a ocho horas por día, en tanto se trata del ejercicio activo de potestades administrativas, sobre las cuales los órganos jurisdiccionales no pueden tener ninguna injerencia. Por último, debe hacerse ver que, a partir de 1988, en las normas convencionales se estableció que, una vez cumplida la jornada ordinaria, las personas servidoras del ámbito administrativo percibirían el salario correspondiente a 120 horas ordinarias por quincena, con lo cual, la jornada laboral no solo disminuyó a 42 horas por semana, sino que se estableció esa ficción de horas laboradas en cuanto al pago, todo lo cual superaba los mínimos de ley en beneficio de las personas empleadas

municipales. Así las cosas, no se observa que lo resuelto afecte derechos irrenunciables o que exista alguna duda en la interpretación de la norma que permita entenderla en los términos pretendidos por la parte actora. **[…]**

PENSIÓN POR INVALIDEZ ES INCOMPATIBLE CON PERCEPCIÓN DE SALARIO O SUBSIDIO. RIGE A PARTIR DE LA ÚLTIMA COTIZACIÓN A LA CCSS.

VOTO N° 000257-2020.

[…]
III.- SOBRE EL CASO CONCRETO: […] Sobre este tema en particular, vale indicar que el artículo 19 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte, al referirse al momento a partir del cual debe ser concedido el beneficio por invalidez, en forma expresa, estatuye, *"Los derechos rigen conforme a las siguientes reglas: 1) INVALIDEZ: a) A partir de la fecha en que el asegurado sea declarado inválido por la Comisión Calificadora y haya dejado de laborar con el patrono donde cotiza para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. b) A partir de la fecha que fije la resolución judicial cuando se trate de reclamos judiciales (…)".* Es importante indicar que, en relación con esta norma, en la sentencia de esta Sala número 430 de las 9:20 horas del 29 de agosto de 2002, se explicó, *"El derecho a disfrutar de una pensión, por invalidez, está regido, principalmente, por lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 8, del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte. En cuanto a la vigencia del beneficio jubilatorio, el artículo 19 ídem, contempla distintos supuestos, según sea que la pensión se conceda administrativa o judicialmente. En el aparte 1. a), se establece que los derechos basados en una pensión por invalidez, rigen a partir de la fecha en que el asegurado sea declarado inválido, por la Comisión Calificadora y haya dejado de laborar. En consecuencia, se requiere la declaratoria de invalidez y el cese efectivo de labores. El inciso 1. b), hace referencia a la concesión de la pensión, en la sede jurisdiccional, estableciéndose que el beneficio se concederá a partir de la fecha que fije la respectiva resolución judicial; sin embargo, también la concesión queda sujeta a los requisitos indicados anteriormente; pues, el beneficio, no puede concederse sino se ha declarado la invalidez –aspecto técnico y médico- y si la persona asegurada no ha dejado de laborar. La pensión tampoco podrá concederse sino hasta que se hayan cumplido todos los requisitos, exigidos por la respectiva reglamentación. Los parámetros para fijar el momento a partir del cual se ha de conceder una pensión, por invalidez, pueden variar según las circunstancias; y, por lo general, se ha dispuesto su concesión a partir de la correspondiente gestión administrativa, cuando el estado de salud que originó la solicitud fue el mismo sobre el cual se dispuso, luego, la invalidez; desde la fecha de la valoración médica, por la cual se reconoció la incapacidad; o desde que realmente se haya dejado de laborar. Por último, según el aparte 1. c), cuando la Comisión Calificadora establezca el estado de invalidez, de la persona asegurada, el disfrute de la pensión iniciará cuando se dejen de recibir los subsidios del Seguro de Enfermedad y Maternidad".* Con base en la norma transcrita, y según se desprende del antecedente expuesto, esta Sala ha desarrollado el criterio de que el pago de la pensión resulta procedente a partir del momento en que la persona asegurada haya dejado o deje de laborar, o bien, haya dejado o deje de percibir subsidios por enfermedad, siempre y cuando cumpla los demás requisitos. Se ha considerado incompatible el pago de la pensión al mismo tiempo que el de salarios o subsidios, dado que aquella constituye un sustituto del salario y los segundos también tienen como fin sustituir la pérdida de este a causa de la enfermedad (en ese sentido se pueden consultar las sentencias de esta Sala números 931 de las 10:45 horas del 2 de setiembre de 2015; 1107, de las 10:35 horas del 25 de setiembre de 2013; 756, de las 9:55 horas del 5 de julio de 2013; 471, de las 10:35 horas del 8 de mayo de 2013, y 444, de las 9:40 horas del 30 de abril de 2013). **[…]**

SE DENIEGAN DIFERENCIAS POR FALTA DE REAJUSTE EN PLUS DENOMINADO RIESGO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA. PRINCIPIO DE IGUALDAD. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

VOTO N° 000500-2020.

[…]
IV.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: […] Con el panorama expuesto y con ocasión del recurso que se conoce puede arribarse a las siguientes conclusiones: 1) A estos funcionarios de la Dirección de Adaptación Social se les paga en forma exclusiva el Riesgo por Seguridad y Vigilancia (artículo 12 de la Ley n.° 7370) y 2) Por este motivo y con sustento en lo formulado por la

Sala Constitucional cuando expuso: "*si por virtud de otra norma, o acuerdo especial, determinados servidores policiales ya reciben algún incentivo específico por el riesgo originado en la función desempeñada, no podrían derivar ventaja del presente pronunciamiento, puesto que no estarían en condiciones de desigualdad con relación a los que se refería la norma aquí impugnada*", a estos funcionarios no se les aplicó el riesgo policial; sin embargo, ante sus objeciones (de la parte actora) de que ese riesgo se les remunera con un monto inferior al resto de cuerpos policiales que sí gozan de dicho rubro, a cuyo efecto pretenden en la acción "*el pago de las diferencias salariales generadas… por no reajustar el plus salarial denominada 'Riesgo de Seguridad y Vigilancia' de un monto fijo a un monto porcentual, sea el 18% del salario base",* se advierte que no llevan razón en su planteamiento, pues la Sala Constitucional cuando tomó aquella decisión en virtud de la aplicación del principio de igualdad hizo la especial consideración de que "*si por virtud de otra norma, o acuerdo especial, determinados servidores policiales ya reciben algún incentivo específico por el riesgo originado en la función desempeñada, no podrían derivar ventaja del presente pronunciamiento, puesto que no estarían en condiciones de desigualdad con relación a los que se refería la norma aquí cuestionada*", sin hacer ninguna precisión sobre el porcentaje, rubro o cantidad que los servidores involucrados devengaran por aquel concepto, pues lo único relevante era que se les compensara ese extremo, con independencia de la forma y monto en cómo se hiciera. Así las cosas, si a los actores ya se les paga el riesgo al que se exponen con el incentivo de riesgo de seguridad y vigilancia, eso es lo importante y ninguna discriminación se les hace con lo que reciben al efecto, sin que pueda accederse a la pretensión planteada en la acción, pues existe una norma expresa así como un pronunciamiento de la Sala Constitucional que en el análisis de igualdad no hizo distinción alguna en lo que ahora se conoce, circunstancia por la que los operadores del derecho como aplicadores de la ley debemos sujetarnos a lo que en el ordenamiento jurídico se dispone, sin que podamos extralimitar los límites que éstas imponen mientras se encuentran vigentes, haciendo la llamada de atención que la constitucionalidad de la norma aplicada a su caso no ha sido cuestionada. **[…]**

SE CONFIRMA PROCEDENCIA Y RIGE DE PENSIÓN POR INVALIDEZ DEL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO. OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE HIJOS CON LOS PADRES NO ES IRRESTRICTA.

VOTO N° 000194-2020.

[…]

IV.- ANÁLISIS DEL CASO: […] De lo expuesto con anterioridad, se observa que no lleva razón el recurrente al afirmar que el actor recibe un ingreso económico mensual por parte de sus dos hijos. Por el contrario, en el dictamen socioeconómico en mención, se dijo que estos actualmente tienen obligaciones personales por cumplir (entre ellas el pago de pensiones alimentarias), por lo que ya no cuentan con capacidad económica para ayudarle a su padre. A mayor abundamiento, esta Sala ha dicho que si bien, no se desconoce la obligación de alimentos de los hijos mayores para con sus progenitores, dispuesta en el numeral 169 del Código de Familia, esa norma no puede valorarse como una prueba en detrimento de la persona solicitante y partir -sin más- de que, por el hecho de tener hijos en edades productivas, la persona solicitante cuente con redes de apoyo para solventar sus necesidades económicas. En ese sentido, se ha resuelto que el Código de Familia lo que tutela es un derecho de alimentos, de modo que como supuesto normativo, al que se le atribuyen determinados efectos jurídicos, no puede tenerse como un hecho cierto y verdadero como demostrativo de esa circunstancia. Se ha indicado, además, que dicho supuesto debe analizarse conjuntamente con las demás circunstancias que rodean la situación de la persona peticionaria, a los efectos de determinar si ciertamente esa ayuda es real, actual y efectiva. Tampoco se consignó en dicha pericia que el accionante contara con el ingreso de ¢228.688.95 mensuales por concepto de la pensión de su padre; toda vez que en el hecho tercero de la demanda se indicó: *"…**las condiciones económicas han variado** , por cuanto mis hijos ya no me otorgan el monto mensual toda vez que tienen familia y pagan pensión alimentaria. Además, mi padre el señor [Nombre 007] ya no vive conmigo, esto, por cuanto se fue a vivir con una hermana en razón de la dificultad que genera al estar los dos enfermos"* (Énfasis suplido). De modo que, este

Volver al índice

órgano considera que -en efecto- en el dictamen socioeconómico impugnado se tuvo por acreditado el cambio de las condiciones socioeconómicas del grupo familiar, lo cual fue advertido por el actor desde la presentación de la demanda. En ese mismo sentido, el recurrente afirma que en esa probanza se determinó que el actor, a la fecha, logra la satisfacción de sus necesidades, por lo que no es merecedor de la pensión solicitada. Al respecto el Juzgado resolvió: "*Por otra parte queda en evidencia que, al momento de la valoración por parte de la CCSS el actor residía con tres personas más que le proveían el sustento diario, una de las cuales recibe una pensión de dicha entidad, sin embargo al momento de realizar el estudio en sede judicial se determina que,* ***las circunstancias del actor han variado considerablemente****, viviendo solo en la actualidad, por lo que* ***si bien es cierto logra de momento satisfacer sus necesidades básicas, es con la ayuda de terceros que no tienen obligación con este, es decir no cuenta con una forma segura de sobrevivir por si solo y mucho menos realizar los cuidados necesarios que sus enfermedades requieren, es decir que, a criterio de la suscrita no cuenta con los medios necesarios y fijos para satisfacer sus necesidades básicas****"* (énfasis suplido). Analizado el dictamen socioeconómico, se observa que el demandante figura como beneficiario del Régimen no Contributivo, en razón de que existen factores que lo vulnerabilizan y le impiden formar parte del mercado laboral. Asimismo, dicha probanza concluyó que a la fecha se identifican dificultades para accesar por sus propios medios a los satisfactores requeridos en la atención de las necesidades derivadas de su condición de salud, como lo es la adquisición de alimentos recomendados en su dieta diaria. Como se observa, el informe o dictamen social está debidamente sustentado, lo que permite una aplicación ineludible, de los numerales 2 y 3 del Reglamento del Régimen no Contributivo de la CCSS. **[…]**

PROCEDE PENSIÓN VITALICIA EN SUSTITUCIÓN DE PENSIÓN COMÚN DEL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO.

VOTO N° 000725 - 2020.

[…]

III.- ANÁLISIS DEL CASO: […] Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que no es cierto el reproche conforme al cual se acusa que el Juzgado ignoró o soslayó la prueba aportada por la Caja. Dicho órgano jurisdiccional valoró todos los elementos probatorios y expuso las razones por las cuales confirió mayor valor a unos respecto de otros. En el caso, se decantó por conferirle un peso probatorio mayor al dictamen médico legal sobre el criterio técnico-médico del personal de la accionada. En el recurso no se invoca una razón suficiente que haga posible concluir sobre la ilegalidad de tal proceder. El agravio sobre el particular se reduce a señalar que la accionante es capaz de caminar, hablar, ir a la escuela y controlar esfínte res, por lo que su situación médica no se subsume en los supuestos de la ley especial aplicable al caso. No obstante, como lo hizo ver el Juzgado, la pericia médico-forense valoró esas condiciones y aún así concluyó sobre la subsunción del padecimiento médico de la niña en los supuestos de hecho regulados en la norma que regula el beneficio mayor ahí contemplado. La oposición formulada por la parte accionada al dictamen pericial que concluyó con la equiparación de la severidad del padecimiento de la niña a los regulados en el artículo 1º de la Ley 7125 no se observa como suficiente para restarle valorar a dicha prueba técnica. Es cierto que al rendir su testimonio, la médico forense señaló que en el dictamen no se plasmaron los parámetros objetivos de la comparación, pero eso no significa que la conclusión se haya basado en cuestiones subjetivas. Ante los cuestionamientos específicos formulados por el juez, la médico explicó cuáles fueron los aspectos valorados para concluir sobre la equiparación de la enfermedad de la actora con los padecimientos regulados en la Ley 7125. Comenzó señalando que se valoró la historia médica, las referencias hechas por la madre, los trastornos de conducta y aprendizaje, la dificultad para comunicarse, las alteraciones a nivel mental, la desorientación físico-temporal, la baja capacidad intelectual, las alteraciones del juicio, los problemas de marcha, así como los diagnósticos y los resultados de las interconsultas. Apuntó que se trata de una niña

Volver al índice

fácilmente influenciable y manipulable, aparte de que se auto infli ge daños. Cuando el juez le consultó sobre los parámetros objetivos para concluir sobre la equiparación, la testigo indicó que se trataba de todos esos hallazgos, sobre la marcha, el equilibrio, los problemas de comunicación, la simplicidad del lenguaje con dificultades de expresión, la dependencia casi total para realizar sus actividades básicas, la imposibilidad de desarrollar un aprendizaje adecuado y para realizar las actividades propias de niños y niñas de su misma edad. La testigo-perito dijo que todos esos elementos se valoraron para concluir sobre la equiparación. También se le consultó sobre las características que determinan la parálisis cerebral profunda, las cuales explicó con detenimiento y aunque pueden advertirse como más severas que las de la demandante, eso no constituye motivo suficiente para desestimar la demanda, en tanto el artículo 1º de la Ley 7125 citada hace referencia a otras enfermedades ocurridas en la primera infancia, cuyas manifestaciones neurológicas sean equiparables a la parálisis cerebral, al autismo o al mielomeningocele, sin que pueda considerarse excluida de esa condición y tampoco que el parámetro de equiparación sea respecto de la parálisis cerebral profunda, únicamente. El testigo-perito aportado por la Caja partió de las manifestaciones de este último padecimiento, pero no hizo referencia expresa a las otras enfermedades (autismo y mielomeningocele) y dio preponderancia al problema de la movilidad. El testigo médico manifestó que se trataba de una pensión por parálisis cerebral profunda, por lo que se requería la presencia severa de problemas de movilidad, que la actora no presentaba. No obstante, como lo concluyó el Juzgado, la Ley no solo abarca el padecimiento de parálisis cerebral profunda, sino que incluye el autismo, el mielomeningocele y cualquier otro padecimiento, ocurrido en la primera infancia, cuyas manifestaciones neurológicas sean equivalentes en gravedad. De ahí que no sea correcto el planteamiento del testigo-perito [Nombre 008] en el sentido de que solo se analiza el tema de la parálisis cerebral profunda, comenzando por ponderar la situación de la persona en relación con su capacidad para movilizarse. La equivalencia es en relación con cualquiera de los padecimientos especificados en el numeral primero. Por consiguiente, la Sala no encuentra motivos que hagan viable acoger el recurso y anular lo fallado. **[…]**

PROCEDE REAJUSTE DE PENSIÓN POR VIUDEZ DEL MAGISTERIO NACIONAL. ARBITRARIEDAD DEL REBAJO EFECTUADO.

VOTO N° 000819-2020.

[…]

IV.- SOBRE LA PROCEDENCIA DEL REAJUSTE DE PENSIÓN DE LA ACTORA: […] El Tribunal Administrativo de la Seguridad Social del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, mediante voto 078-2018, del 27 de febrero de 2018, confirmó lo resuelto en las instancias anteriores, pues determinó que la pensión fijada estaba correcta porque se estableció tomando en cuenta el salario devengado por el causante como profesor instructor en la Universidad de Costa Rica. Ahora bien, el argumento principal de los accionados, bajo el cual se han amparado para denegar la pretensión de la gestionante en vía administrativa, ha sido que resulta improcedente considerar los salarios que el causante percibió cuando laboró en el Instituto Nacional de Seguros, ya que esas funciones no se prestaron dentro del campo de la educación. Debe enfatizarse que tal y como se colige claramente de los autos, el derecho del causante fue declarado desde el año 1994, y lo disfrutó ininterrumpidamente hasta su fallecimiento. Es preciso aclarar que si bien existe una posición jurisprudencial según la cual ha de entenderse que el cálculo del beneficio jubilatorio en casos como el que nos ocupa, debe hacerse tomando en cuenta los salarios devengados por la ejecución de labores educativas o docentes; lo cierto es que para el momento en que la actora solicitó la pensión por sucesión, el causante ya tenía un derecho declarado a su favor por parte de las entidades accionadas, motivo por el cual el tema de análisis de la litis no es propiamente la forma de cálculo del beneficio jubilatorio, sino más bien, la arbitrariedad del rebajo efectuado. De lo anterior resulta que, si la Administración tomó en cuenta los salarios percibidos por el servicio al Instituto Nacional de Seguros como válidos, a efecto de calcular el monto del derecho de jubilación del causante, no puede modificarse ahora la forma de fijar la pensión de la cónyuge sobreviviente. En otras palabras, se debe señalar que, aprobado el derecho de fondo del causante, no es dable analizar en un proceso de esta naturaleza, la

procedencia o no del cómputo de los emolumentos derivados de labores distintas a las de educación y docencia, puesto que se podría caer en el error de revocar la voluntad administrativa creadora de derechos subjetivos en el difunto esposo de la demandante; decisión que está reservada a la especial jurisdicción contenciosa-administrativa, dispuesta en la Ley General de la Administración Pública en el inciso 3 de su artículo 183, mediante el denominado proceso de lesividad. Por otro lado, debe apuntarse que el derecho a una pensión se constituye y adquiere cuando acaecen en cada caso particular las condiciones o hechos previstos legal o reglamentariamente, para que tal beneficio pueda válidamente concederse. En el sub júdice el señor [Nombre 002] disfrutó de una pensión desde el año 1994 hasta julio de 2017 cuando falleció. Es decir, existió un reconocimiento de que el causante cumplió con los requisitos necesarios, y, por ende, se consolidó su derecho jubilatorio (en este sentido puede consultarse entre otros los votos de esta Sala n.° 1288 de las 10:15 horas del 23 de octubre de 2013 y el 423 de las 09:50 horas del 4 de mayo de 2016). En relación con el derecho de la actora, beneficiaria en este caso de la pensión por sucesión, resulta claro el ordinal 58 de la ley n.° 2248 al disponer que: *"Requisitos de elegibilidad. El cónyuge supérstite del funcionario protegido, que haya cumplido por lo menos con veinticuatro meses de cotizaciones, tendrá derecho a la prestación por viudez."* Por su parte el artículo 61 de esa ley establece: " *Cuantía de la prestación. La cuantía de la prestación por viudez se determinará, teniendo como base de referencia, la pensión que devengaba o hubiera podido devengar el causante, y será equivalente al ochenta por ciento (80%) de ese monto".* Finalmente , en el canon 62 de aquel cuerpo normativo se indica: *"Vigencia de la pensión por viudez. La pensión por viudez regirá a partir del primer día del mes siguiente a la fecha del deceso del funcionario o pensionado".* De modo que de la lectura de las normas transcritas, se desprende queuna vez fallecido el pensionado, el o la cónyuge supérstite adquieren el derecho, ya que el beneficio rige a partir del primer día del mes siguiente de la defunción, así como que el monto de la prestación es el 80 % del que devengaba el jubilado, o el que le correspondiera en caso de que el trabajador aun no estuviera percibiendo la pensión. **[…]**

DESPIDO EN PERÍODO DE LACTANCIA NO FUE DISCRIMINATORIO. ALTERACIÓN DE DOCUMENTO QUE JUSTIFICABA CITA MÉDICA. SE TOMARON EN CUENTA SOLO PROBANZAS ESENCIALES PARA RESOLVER.

VOTO N° 000550-2020.

[…]

IV.- ANÁLISIS DEL CASO: […] Por otro lado, manifiesta que el A quo hizo una incorrecta aplicación del régimen probatorio. Afirma que el A quo únicamente se limitó a citar lo que cada testigo refirió en audiencia, sin explicar por qué estos le merecían o no credibilidad. Al respecto, el Juzgado después de detallar lo expuesto en cada uno de los testimonios recibidos, resolvió: *"En el caso que nos ocupa, considera la suscrita que no le corresponden a la actora rubros, que por concepto de despido en estado de lactancia se le hubieren otorgado, toda vez que dicha señora* ***no aportó a los autos prueba idónea alguna, en la cual demostrare en forma efectiva, que al momento del despido su empleadora sabía de que gozaba del período de lactancia o bien, que al momento del despido ella haya comunicado que gozaba de ese período****, la actora tenía la obligación de presentarle a sus patronos un dictamen médico que justificara, que se encontraba en el período de marras, de conformidad con la disposición arriba transcrita y el segundo párrafo del artículo 94. Sin embargo, es evidente que el niño nació diez meses antes de que la actora empezara a trabajar, por cuanto el niño según certificación y declaración de la madre y padre, nace el cinco de febrero del dos mil dieciséis y está es contratada el quince de diciembre de ese mismo año, ósea diez meses después del nacimiento del menor, lo que quiere decir que cuando nació el niño ella no se encontraba laborando para las demandadas y el despido se da el 16 de agosto del dos mil diecisiete, y según la norma del artículo 95, se gozará de tres meses de lactancia, prorrogables por prescripción médica; período que para la actora ya había precluido, por cuanto el menor tenía diez meses de edad cuanto empezó trabajar; de la prueba recaba, las testigos de la demandada* ***son conteste y enfáticas*** *en afirmar, que la actora no les indicó que se encontraba en período de lactancia por su hijo, que tenía diez meses de edad, y tampoco presentó dictamen médico que así lo hiciera*

constar, en autos la accionante no cumplió con el referido requisito, pues no presento nunca el dictamen médico", por lo que no es cierto que el juez únicamente mencionara lo dicho en la prueba testimonial evacuada sin mayor análisis de la credibilidad que le merecían dichas declaraciones. En relación con la prueba testimonial, la recurrente asegura que no se analizó aspectos de relevancia, entre ellos los daños y perjuicios ocasionados a la actora con el despido y el hecho de que la parte demandada tenía conocimiento de la existencia del menor de edad. De la cita expuesta con anterioridad se extrae que se llegó a la conclusión de que no se tuvo por acreditado que la actora haya informado del supuesto período de lactancia a la parte demandada; o bien, que esta última tuviere conocimiento de ello. De modo que no existe prueba, ni siquiera indiciaria, de que su cese haya sido discriminatorio. Por el contrario, de la carta de despido se denota que este tuvo lugar por otras razones, a saber: *"Se le informa que a partir de esta fecha hemos decidido prescindir de sus servicios sin responsabilidad patronal por falta grave, de conformidad con el art. 81 inciso L del Código de Trabajo. Lo anterior debido a que usted presentó a su patrono un documento de justificación de asistencia a una cita médica propia (número E6839402) del área de salud de Goicochea 2- Clínica Dr Jiménez del día 22 de Julio del 2017, el cual se muestra alterada en la hora de salida. Debido a lo anterior, se realiza la consulta al área de registros médicos de este centro de salud y directamente al empleado que lo efectuó, nos adjuntan una carta de confirmación donde igualmente se revisó con los registros digitales y se determinó que existe una alteración en el comprobante no provocada en el centro de salud. La gerencia de la tienda le consultó a su persona sobre la alteración del documento y usted no brindó una respuesta satisfactoria, por lo contrario, niega haber realizado una modificación del mismo. Su conducta es absolutamente inaceptable por la empresa y bajo ninguna circunstancia esta compañía permitirá que en el futuro se repita este tipo de desacato e incumplimiento. Esta empresa no tolera conductas como la desplegada por usted"*(Sic. Folios 21,110 y 112 del expediente electrónico del Juzgado). **[…]**

ADMINISTRACIÓN NO ESTÁ OBLIGADA A OTORGAR "MOVILIDAD LABORAL VOLUNTARIA".

VOTO N° 000184-2020.

[…]

V.- SOBRE LA MOVILIDAD LABORAL QUE INTERESA: […] En el caso concreto es cierto que el demandado estaba valorando llevar a cabo cambios relacionados con el servicio que brindaban los agentes, para lo cual había realizado varias consultas, por ejemplo a la Procuraduría General de la República y a la Contraloría General de la República, todo con el propósito de determinar opciones. Ahora bien, la gestión de la actora de acogerse a la movilidad laboral le fue denegada. Lo que se pretende mediante el presente proceso es revisar si dicho acto es legítimo o si, por el contrario, la institución estaba obligada a acoger esa gestión, aún en el supuesto de que la actora fuera servidora pública. Mas, debe tenerse presente que conforme con el citado artículo 25 de la Ley para el Equilibrio Financiero del Sector Público, no existía obligación alguna para el INVU de acoger dicha gestión, toda vez que, resultaba ser una potestad de la Administración ofrecer el pago de sus prestaciones más una bonificación a los servidores que ella estimara conveniente. Es decir, a la Administración le correspondía valorar en cada caso, atendiendo a las necesidades y a la conveniencia la procedencia de la medida, pues estas tienen consecuencias. En ese orden de ideas, para la Sala, si no hay ninguna base para afirmar que el demandado no estaba obligado legalmente a reestructurar la organización de los agentes vendedores siguiendo el camino de la movilidad laboral, lo pretendido en la demanda es improcedente. En la demanda y en el recurso se sigue una línea en el sentido de que la demandada debía haber acogido obligatoriamente la solicitud de la actora, pero, se echa de menos, la razón por la cual, desde el punto de vista jurídico, la Administración no ejerció correctamente sus potestades al no aceptar la oferta hecha por la actora de acogerse a la movilidad laboral de comentario. **[…]**

SE ANULA SENTENCIA DEL JUZGADO PUES INTRODUJO ILEGALMENTE PRUEBA AL PROCESO. SE VE DENEGADO EL ACCESO A LA JUSTICIA. PRINCIPIO DE DEFENSA.

VOTO N° 000673-2020.

[…]
IV. ANÁLISIS DEL CASO. El Código de Trabajo establece , cuáles serán los momentos procesales oportunos para ofrecer los mecanismos probatorios en los que descansará la defensa de las partes o contendientes procesales. El primer estadio acaece con la presentación de la demanda, según el numeral 495 inciso 6) ídem, obligatoriamente contendrá " *el ofrecimiento detallado de todos los medios de prueba*…". Luego, se tiene la contestación, regulada en el artículo 497 ibídem "*presentada la demanda en debida forma, se dará traslado de esta por un plazo perentorio de diez días para su contestación. En esta se expondrá con claridad si se rechazan los hechos o si se admiten con variantes o rectificaciones, y se deberán ofrecer todas las pruebas de interés para la parte*…" (en línea similar véase el artículo 500 del citado cuerpo normativo). Pero también se cuenta con la potestad del juzgador o de la juzgadora de ordenar prueba complementaria, conforme lo dispone el mandato 486, al expresar que los tribunales de trabajo podrán ordenar las pruebas complementarias que juzguen necesarias para resolver con acierto los casos sometidos a su conocimiento, incluyendo elementos probatorios nuevos o no propuestos por las partes, antes del dictado de la sentencia. Claro está que estas probanzas deberán estar previamente delimitadas por el marco del debate fijado por la litis, siendo improcedente ordenarse con este carácter, una prueba ajena que no reúna esta condición, pues de hacerse de esa forma, constituiría más un capricho o desviación de poder del órgano jurisdiccional y por ende se estaría violando también el ordenamiento jurídico. Dicho esto, se aprecia que lleva razón la parte impugnante en sus agravios. El numeral 587 inciso 4) establece dos presupuestos independientes relacionadas con la sentencia: 1). Haberse apoyado en medios probatorios ilegítimos; 2). Haberse apoyado en medios probatorios introducidos ilegalmente al proceso. Para la Sala se configuró el segundo de los presupuestos normativos, puesto que resulta evidente que la juzgadora usó, e incorporó en el fallo, un medio demostrativo que no siguió el cauce legal adecuado; es decir, se introdujo ilegalmente al proceso, sin siquiera, habérsele dado audiencia a las partes como corresponde según las reglas del contradictorio y los principios de inmediación y concentración de prueba. Este actuar resultó contrario a derecho, pues colocó a la parte actora en un estado de indefensión, transgrediéndose el principio de acceso a la justicia garantizado por el artículo 41 constitucional. El proceder de la juzgadora, además, fue intempestivo y no pudo combatirse oportunamente con el fin de enderezar los procedimientos. Por ello, aplicaría lo dispuesto por el mandato 474 del Código de Trabajo, respecto de que los "vicios procesales deberán ser corregidos, subsanados o saneados y la nulidad se decretará, únicamente, cuando la subsanación sea posible; pero en tal caso procurará siempre evitar la pérdida, repetición o destrucción innecesarias de etapas del proceso". Este órgano estima que el vicio cometido no podría ser subsanado con la intención de resolver, a su vez, en una única instancia, siendo procedente anular la sentencia combatida, debiéndose remitir los autos a la juzgadora para que encamine el dictado de la sentencia conforme a derecho. La Sala no duda que la jueza puede ordenar los medios de prueba necesarios para resolver con acierto el asunto en cuestión, pero en todo caso, deberá seguir los lineamientos que el Código de Trabajo establece en todas sus normas.
[…]

PROCEDE PENSIÓN POR VEJEZ DEL RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO. TENENCIA DE BIEN INMUEBLE NO ES OBSTÁCULO. FUE DEMOSTRADA LA NECESIDAD DE AMPARO ECONÓMICO.

VOTO N° 000373-2020.

[…]
III.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: La representación de la Caja Costarricense de Seguro Social aduce que la actora no cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión por vejez del Régimen No Contributivo que pretende. Como primer aspecto expone sobre la propiedad de la actora, que dado que se probó que cuenta con un terreno para construcción de 600 metros cuadrados, por lo que no cumple con el requisito establecido en el artículo 3 inciso b) del Reglamento

Régimen No Contributivo, ya que excede las medidas establecidas en la normativa. El citado numeral establece: *"… El solicitante de pensión puede tener únicamente una propiedad inscrita a su nombre (…). Las medidas de dicha propiedad no deben superar los 400 (cuatrocientos) metros cuadrados en área urbana y 1000 (mil) metros cuadrados en área rural".* Dado que la medida de la propiedad de la actora, según se desprende de la certificación del Registro Nacional visible a imagen 49 es de 600 metros cuadrados, lo que debe determinarse para verificar el cumplimiento de este requisito es su ubicación. De manera atinada, el juzgador, realizó este análisis a la luz de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley n.º 9036 "Transforma el Instituto de Desarrollo Rural (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y crea la Secretaría Técnica de Desarrollo Rural", que establece que dicha institución es la especializada en el desarrollo rural del país, razón por la cual lo que este determine con respecto a las áreas rurales, es el punto de partida para valorar si la propiedad de la demandante se encuentra un área rural o urbana. En acuerdo de fecha 8 de enero de 2013 "Establece los territorios de actuación del INDER", se determinan las áreas rurales de país, siendo una de ellas [...] de la Provincia de Puntarenas, por lo que estimó que el terreno de la señora [Nombre 004], se encuentra localizado en zona rural y, por ende, cumple con los requisitos del numeral 3 del Reglamento en cuestión, pues tratándose de estas zonas, las propiedades pueden tener una medida de hasta mil metros. Cabe destacar que el razonamiento que presenta la presentación de la CCSS ante la Sala, no ataca el análisis realizado por el juez, únicamente se limita a reiterar la falta de cumplimiento del contenido del referido numeral, acusando que se resolvió en contra del principio de legalidad, pues la Administración no puede otorgar un beneficio a quien no cumple los lineamientos. No obstante, en ningún momento se pronunció sobre la diferencia fundada en la norma, en cuanto a la ubicación del bien inmueble. Por lo anterior, se tiene como bien resuelto este punto en el fallo recurrido. […] Ella presentó dos solicitudes de pensión por vejez del Régimen No Contributivo, la primera fue denegada porque supuestamente contaba con tres propiedades a su nombre, lo que realmente no se ajustaba a la realidad. Posteriormente, volvió a interponer la gestión, el 10 de junio de 2015, que fue admitida (imagen 132), porque demostró que dos de las tres propiedades fueron adjudicadas por un proceso sucesorio a sus verdaderos dueños. […] En esa ocasión la pensión se denegó en resolución n.º 600680698 del 29 de agosto de 2016 (imagen 80), por falta de cumplimiento de lo establecido en el artículo 3 inciso b) y d) del Reglamento del Régimen No Contributivo, ya que tiene un bien de 600 metros cuadrados inscrito a su nombre. **Y se indicó que no reporta ingreso fijo a través de salarios o rentas, por lo que su situación socieconómica se encuentra por debajo del indicador de línea de pobreza vigente.** Es decir, que desde el momento en que se emitió la Resolución en sede administrativa (que es el acto administrativo cuya motivación se ha sometido a revisión) la misma Caja concluyó que la situación de la actora se encontraba por debajo del indicador de línea de pobreza vigente; sin embargo, se le negó el derecho, no porque contara con los medios para mantenerse, sino porque era propietaria de un terreno que supera las medidas legalmente permitidas, lo que, tal y como se explicó líneas atrás, es un error cometido en el acto denegatorio de la pensión. Entonces el aspecto de la necesidad económica fue probado desde sede administrativa, por lo que no fue el sustento para la denegatoria de la pensión, razón por la cual no es procedente que se alegue ante instancias judiciales ese elemento como sustento del acto administrativo que se revisó por el Juzgado y se conoce por la Sala. **[…]**

TRASLADO DE LUGAR DE TRABAJO NO IMPIDE CONTINUAR RECONOCIENDO EL VIÁTICO CORRIDO.

VOTO N° 000193-2020.

[…]

V.- FONDO DEL ASUNTO: […] En el artículo 22 del *Reglamento* citado se regulan los supuestos en los cuales no se reconocerá el viático. La redacción del primer inciso señala: "*Cuando el funcionario sea trasladado a laborar al lugar que figura como lugar de contrato de trabajo o de su residencia habitual, o cuando esté a menos de 25 km de ambos".* Se entiende en el sentido del traslado de la persona servidora al lugar del contrato o aquel donde esté ubicada su vivienda, cuando la distancia con el centro de trabajo no alcance los veinticinco kilómetros referidos en el numeral 20. Los siguientes tres supuestos no tienen relación

alguna con el aspecto debatido, y el último estipula: " *e) Cuando el funcionario, por cualquier razón, se desplace temporalmente del centro de trabajo en donde se le está pagando el Viático Corrido hacia el lugar de contrato de trabajo o de su residencia habitual."* El supuesto tampoco hace referencia a la condición echada de menos por la representación estatal -dormir en la localidad donde se ubica el centro de trabajo-. Se trataría de aquellos casos en que, de manera temporal, la persona pasa a laborar al lugar del contrato de trabajo o deba ejecutar sus labores en la misma localidad donde esté ubicada su casa de habitación. Ninguna de esas condiciones se presenta en el asunto bajo análisis y, de conformidad con las pruebas practicadas, la situación del demandante se ajusta a los supuestos del artículo 20 reglamentario, con lo cual le asiste derecho al reconocimiento del *viático corrido* . En efecto, según la documental aportada por las partes, el lugar de contratación fue [...] y su vivienda está ubicada en [...]. El servidor fue destacado en el Departamento Regional de Educación Vial de [...] y mientras prestó servicios en ese lugar se le canceló el *viático corrido,* al menos del año 2008 al 2012. Mediante oficio DG-0814-12, del 18 de julio de 2012, se le informó la decisión de trasladarlo al nuevo Departamento Regional de Educación Vial que se abriría en [...], a partir del 23 de julio siguiente. El accionante gestionó la "*solicitud de asignación del viático corrido"* para el período 2013, pero consta que en el formulario correspondiente se consignó una nota de " *No tramitar*", con lo cual dejó de pagársele el sobresueldo. Esa omisión generó el reclamo judicial que se conoce. Ahora bien, el cambio en las condiciones de servicio del servidor, concretamente el traslado de [...] a [...], no impide que se le siga reconociendo el *viático corrido* , porque a pesar del cambio en el centro de labores, su situación se sigue enmarcando en los supuestos de hecho regulados para la concesión del plus. Como se advirtió, el lugar del contrato fue [...] y no fue trasladado a este lugar, sino a [...]. Luego, es cierto que él tiene su domicilio en este cantón, pero concretamente en [...]. Según la certificación aportada, entre el centro de trabajo y su lugar de habitación hay una distancia de 33,340 kilómetros, que supera la cantidad determinada en el reglamento -25 kilómetros- para el reconocimiento del sobresueldo, y el traslado no se advierte como temporal, sino con vocación de permanencia. Así las cosas, no hay razones que permitan acoger el recurso de la representantión estatal. **[…]**

DESPIDO INJUSTIFICADO DE MUJER EMBARAZADA. NOTIFICACIÓN OPORTUNA DEL ESTADO DE EMBARAZO. PREVALECE PRINCIPIO DE INFORMALIDAD Y VERDAD REAL.

VOTO N° 000233-2020.

[…]
VI.- ANÁLISIS DEL CASO: La demandada se muestra inconforme con lo fallado porque considera que la accionante debió demostrar, con pruebas fehacientes, que informó sobre su estado de embarazo al señor [Nombre 002], antes del despido , tal y como lo afirmó en el hecho sétimo de la demanda. Ese reproche no es de recibo. Como bien lo indica el Tribunal en la sentencia que se ataca, en materia laboral la informalidad y la prevalencia de la verdad real deben ser guías de las decisiones judiciales. En este sentido, se ha indicado que, *"El proceso laboral busca la verdad; para llegar a ella debe hacer prevalecer el fondo sobre la forma, limitar ésta a lo indispensable. La solemnidad ritual, el excesivo apego a fórmulas sacramentales, el carácter absoluto de ciertas pruebas, la rigidez de los trámites, conducen inexorablemente a elevar el continente sobre el contenido (…) El proceso laboral debe ser sencillo, prevalentemente oral, exento de solemnidades. (…) las formalidades deben estar limitadas al mínimo indispensable"* (PASCO COSMÓPOLIS, M. (1997). *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*, segunda edición, A.E.L.E, p.42). En el caso de estudio, p retender que no debió tenerse por probado que la demandada conoció del estado de embarazo de la trabajadora cuando procedió con el despido, por el solo hecho de que se alegó que desde antes del despido las autoridades de la accionada ya conocían de dicho estado, sería incurrir en un excesivo formalismo, impropio del Derecho Laboral, y negando la tutela efectiva del derecho de la trabajadora embarazada a no ser despedida salvo por causas justificadas, previo permiso de las autoridades administrativas competentes para otorgarlo (en este sentido puede consultarse el voto n.° 335 de las 9:40 del 31 de marzo del 2000 de esta Sala). Respecto a este mismo tema, la demandada reprochó que las

personas juzgadoras obviaron analizar la totalidad de la prueba, incluso, afirma que tergiversaron las declaraciones de [Nombre 008] y [Nombre 009], al indicar que la accionante le comunicó al presidente de la Asociación que estaba embarazada al momento de entregarle la carta de despido, pero no se analizó la participación de [Nombre 002] . Ese reproche tampoco es de recibo. Después de escuchar las declaraciones de las testigos, se constata que son coherentes sobre el conocimiento que tuvo el señor [Nombre 002], jefe inmediato de la actora, sobre el estado de embarazo de ésta al momento del despido. […] A mayor abundamiento, debe considerarse que, el numeral 94 del Código de Trabajo establece: " *Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido. Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social " (…)".* En aplicación de esta norma, la jurisprudencia ha externado el criterio que el aviso de la trabajadora a su patrono puede incluso omitirse cuando se trate de hechos notorios, evidentes, o cuando, por cualquier causa, se desprenda que la parte empleadora ha tenido conocimiento del embarazo (en este sentido pueden consultarse las sentencias números 278 de las 10:00 horas, 284, de las 11:00 horas, ambas del 18 de junio del 2003; 354 de las 10:00 horas del 19 de mayo del 2006 y 743 de las 10:00 horas del 10 de octubre de 2007). Sobre el tema, la Sala Constitucional, en su voto número 6262 de las 9:18 horas del 25 de octubre de 1994 consideró: "*B) Las disposiciones constitucionales y legales que amparan a la madre y al niño no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora: La trabajadora debe comprobar ante la Inspección General de Trabajo o en su caso ante el juez laboral, que en efecto está embarazada o está en el periodo de lactancia. Como medio de prueba se le exige aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social. Estos son elementos probatorios, no requisitos solemnes que pudieran erguirse en obstáculos al ejercicio del derecho… La certificación o la constancia o el aviso entonces, no operan a modo de requisitos de admisibilidad -requisitos solemnes cuya omisión acarrearía ab initio la pérdida de protección de la Ley-; son requisitos probatorios que han de aportarse a la administración y en su caso al juez, y cuyo propósito es evitar el fraude, y no, obviamente, facilitar el despido de la embarazada que preliminarmente omite presentarlos*". También respecto del mismo punto, la Sala Segunda en la sentencia número 47 de las 9:50 horas del 3 de febrero de 2006 indicó: "*En la construcción jurisprudencial, de la aplicación de la norma al caso concreto, reiteradamente se ha dicho que la certificación médica bien puede ser aportada con posterioridad, pues no se trata de un requisito esencial para que opere la protección, dado que basta la mera comunicación -que incluso puede ser hasta verbal-, para que operen los mecanismos de protección. Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (ver, entre otras, las sentencias números 91, de las 10:10 horas del 2 de febrero; 136, de las 9:35 horas del 23 de febrero; y, 281, de las 10:10 horas del 25 de mayo, todas del 2001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el fallo número 438, de las 9:30 horas del 3 de agosto del 2001), y la protección aún prospera cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora (al respecto, pueden verse las sentencias números 589, de las 10:00 horas del 28 de setiembre del 2001; y, 229, de las 9:00 horas del 17 de mayo del 2002)*". Lo cual demuestra que el Juzgado resolvió con apego a es os criterios jurisprudenciales y su decisión fue mantenida correctamente por el Tribunal. De igual manera, la Sala considera que el empleador, al enterarse de que la trabajadora se encontraba en estado de embarazo, aunque fuese de forma verbal y después de haber entregado la carta de despido, debió suspender el cese e iniciar el procedimiento correspondiente, para demostrar las faltas que estaba atribuyendo. Por lo expuesto, debe mantenerse el fallo recurrido. **[…]**

Volver al índice

SE ANULA SENTENCIA DEL JUZGADO POR INDEBIDA INTEGRACIÓN DE LA LITIS. EXISTIÓ GRAVE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.

VOTO N° 000158-2020.

[…]
III.- INDEBIDA INTEGRACIÓN DE LA LITIS. El actor expresa en su demanda que contrajo deudas en virtud de préstamos de dinero (cuyo objetivo o fin se desconoce) con Caja de Ande y Coopeande, para lo cual firmó sendas autorizaciones para que el Estado, como empleador, le dedujera las respectivas cuotas de amortización. En el juicio pretende que esas autorizaciones se limiten al monto de la suma de embargable de su salario, según el artículo 172 del Código de Trabajo, en vista de que su remuneración disminuyó sensiblemente al habérsele eliminado algunos componentes salariales que existían cuando se le otorgaron los créditos. Como lo pretendido busca afectar o limitar las indicadas autorizaciones (no eliminándolas) en perjuicio de las prestamistas, estas últimas como partes de la relación sustancial deben integrar la procesal, razón por la cual debió haberse dispuesto esa integración desde el inicio, a efecto de que tengan la oportunidad de ejercer sus derechos (artículo 496, párrafo 2 de dicho Código). Como no se hizo así, se incurrió en una violación grave al debido proceso y, por consiguiente, debe anularse la sentencia de que se conoce, para que proceda a la integración de Coopeande y Caja de Ande. Artículo 471, inciso 9 de dicho Código. **[…]**

NO EXISTIÓ PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN (ARTÍCULO 602 DEL ANTERIOR CÓDIGO DE TRABAJO). LOS PLAZOS EN AÑOS SE CUENTAN SEGÚN EL CALENDARIO -DE FECHA A FECHA- (ARTÍCULO 881 DEL CÓDIGO CIVIL).

VOTO N° 000201-2020.

[…]
IV.-PRESCRIPCIÓN: De conformidad con el numeral 602 anterior del Código de Trabajo, el plazo de prescripción aplicable al *subexamine* es de un año, contado a partir de la terminación de la relación laboral. Luego, de acuerdo con el ordinal 881 del Código Civil, los plazos en años se cuentan según el calendario, es decir, de fecha a fecha. Si en el caso concreto el vínculo se extinguió el 14 de agosto de 2012, el término fatal vencía el 14 de agosto de 2013; siendo esta precisamente la data en que se interpuso la demanda (o sea, en tiempo, el último día del término). Por ende, la excepción fue debidamente rechazada por los juzgadores de instancia. **[…]**

PROCEDE PAGO DE INDEXACIÓN E INTERESES, AUNQUE NO SE HAYAN INCLUIDO EN EL RECLAMO ADMINISTRATIVO. SON ACCESORIOS AL PRINCIPAL.

VOTO N° 000125-2020.

[…]
III.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: La accionante, a pesar de no haber solicitado el pago de intereses e indexación en sede administrativa ni haber objetado el monto cancelado, tiene derecho a que estos le sean retribuidos, ya que se tratan de aspectos accesorios al pago del monto principal como sanción a su falta de cancelación en el momento en que debió hacerse (artículo 706 del Código Civil). Aunado a ello, la Sala Constitucional mediante sentencia n.° 15.487, de las 17:08 horas del 25 de octubre de 2006, declaró inconstitucional el segundo párrafo del numeral 402 del Código de Trabajo, en cuanto establecía la obligación de agotar previamente la vía administrativa cuando se tratara de reclamos contra el Estado o contra sus instituciones (en igual sentido, véase el voto de esta Sala n.° 138, de las 10:40 horas del 11 de febrero de 2011). A mayor abundamiento, esta Sala, en casos semejantes al que nos ocupa, ha ordenado reconocer la indexación conjuntamente con los intereses legales (sobre el particular, se pueden consultar las sentencias números 50, de las 12:20 horas del 12 de enero de 2018; 1537, de las 11:00 horas del 27 de setiembre de 2017; 1034, de las 16:15 horas del 26 de julio de 2017; 263, de las 11:15 horas del 24 de febrero de 2017; entre otras) y se estima que no hay razón para variar ese criterio, por lo que el recurso debe declararse sin lugar. La demandante tiene derecho al pago de intereses sobre el monto cancelado en vía administrativa por concepto de diferencias salariales a partir de la fecha en que cada monto resultó exigible y hasta su efectivo pago, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 565 del Código de Trabajo; tal y como lo dispuso el Juzgado. Igualmente, tiene derecho a que el monto cancelado sea indexado con base en

Volver al índice

las variaciones del Índice de Precios al Consumidor en el Área Metropolitana, a la fecha en que se hizo el pago en sede administrativa. **[…]**

CONTRATO LABORAL Y NO POR SERVICIOS PROFESIONALES. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD. TIENE VOTO SALVADO.

VOTO N° 000004-2020.

[…]
IV. ANÁLISIS DEL CASO. Sobre las relaciones entabladas por la Unidad Ejecutora del Programa de Regularización de Catastro y Registro, esta Sala -en anteriores ocasiones- ha reconocido su naturaleza laboral, amén de que los elementos básicos señalados por el Código de Trabajo, se encuentran presentes en esas contrataciones. […] La accionante suscribió con la parte accionada dos contratos, uno de ellos fue el [Valor 001] y [Valor 002], más once adendas emitidas con posterioridad. […] De la lectura del contrato antes mencionado, se desprende, con total claridad, que la demandante estaba subordinada al Coordinador General y/o al Coordinador Operativo de la Unidad Ejecutora; elemento esencial de las relaciones de trabajo (cláusula décima primera). Asimismo, en la cláusula novena se definió una remuneración de $3000 dólares exactos, pagaderos en cuatro tractos mensuales de $750 dólares "los pagos se efectuarán en colones costarricenses al tipo de cambio del dólar…fijado por el Banco Central vigente a la fecha de pago". Si bien este contrato tenía un plazo de ejecución definido en la cláusula séptima, del 21 de enero de 2008 al 20 de mayo de ese período, también se contempló la posibilidad de prorrogarlos dentro del plazo de ejecución del Programa (imagen 538 de la vista completa del expediente electrónico del Juzgado). Luego, a través de la suscripción de 11 adendas, este finalizó el 28 de febrero de 2014. La parte accionante no sólo demostró la prestación personal de un servicio sino que además acreditó la presencia de típicas manifestaciones de subordinación jurídica y el pago de una remuneración periódica y estable. Con base en lo anterior, no es posible encasillar el vínculo bajo el régimen de servicios profesionales. Así las cosas, la teoría argüida por el demandado sobre la existencia de un contrato por servicios profesionales no desvirtúa lo que se viene exponiendo, toda vez que esta Sala ha sostenido que ello constituye un recurso espurio al que los empleadores recurren con la intención de evadir responsabilidades en relación con derechos fundamentales de las personas trabajadoras, entre ellos los relativos a la seguridad social (entre muchas otras, se pueden las sentencias números 137, de las 9:45 horas del 17 de febrero de 2012; 136, de las 9:40 horas del 17 de febrero de 2012; y 127, de las 10:10 horas del 15 de febrero de 2012).

[…]
VIII. VOTO SALVADO DE LA MAGISTRADA CHACÓN ARTAVIA. […] En el voto de mayoría se aplica la presunción *iuris tantum* que dispone que si el trabajador prueba la prestación personalísima del servicio, la relación se presume laboral. Sin embargo, estimo que la interpretación realizada y, por ende, la conclusión no es correcta, toda vez que ante la comprobación de la prestación de labores, el patrono tiene la carga de desvirtuar la laboralidad de la relación, lo que en efecto hizo en este caso, no solo con la presentación de la prueba documental que es clara, sino que, incluso en aplicación del principio de primacía de la realidad, pues se probó que el promovente conocía las condiciones de contratación, mismas que aceptó y sobre las cuales se desempeñó durante los plazos de vigencia de los contratos, mismas que, como se verá, son propias de un contrato por servicios profesionales. Procedo entonces a valorar los demás elementos que componen la relación laboral, a efecto de evidenciar que estos no se encuentran presentes en este caso. Con relación al **salario,** en los contratos que firmó el actor se dispone que se pagará, con fondos del Banco Interamericano de Desarrollo, por concepto de honorarios por los servicios profesionales cierta suma en dólares, que cubre todo su plazo. La retribución es un elemento que evidentemente estará presente tanto en un contrato laboral como de servicios profesionales, pues ambos son sinalagmáticos. Lo que sucede es que no todo pago como contraprestación de un servicio puede ser considerado salario, toda vez que lo que el monto pagado a la gestionante compensa son los servicios profesionales por ella prestados. En cuanto a la **subordinación**, tampoco se encuentra presente. Es evidente que el Banco Interamericano de Desarrollo no va a destinar sus fondos a un préstamo sin tener control de la forma de inversión. Es por ello que para prorrogar el contrato, era necesario que la actora brindara un

informe final de la consultoría, al cual el Banco no podía presentar objeciones. Bajo ninguna óptica este procedimiento podía ser considerado como subordinación, pues no existía un jefe directo a quien la actora tuviera que reportarle, sino que debía presentar un producto final, que tenía que ser evaluado, con lo que no solo se evaluaba la posibilidad de prorrogar la contratación, sino que a su vez, Costa Rica era examinado por el cumplimiento de la finalidad del Programa de Regularización de Catastro y Registro. No desconozco que el hecho de que la promovente prestara sus servicios en una oficina proporcionada para ese propósito ubicada en la Unidad Ejecutora no es correcto y fue un error cometido por la Administración, pues quien presta se desempeña por servicios profesionales como consultor o consultora, por lo que debe contar con su propio espacio físico y asumir las erogaciones que ello suponga, así como los servicios básicos y material requerido para la realización de las tareas que le han sido encomendadas. No obstante, tal error de ninguna manera genera ningún derecho, pues las condiciones de contratación siempre se mantuvieron inalteradas durante el plazo de cada uno de los contratos firmados. **[…]**

SE RECONOCE JORNADA EXTRAORDINARIA. REDISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN NO SON SUSCEPTIBLES DE SER AMPLIADOS O MODIFICADOS (ARTÍCULO 590 DEL CÓDIGO DE TRABAJO REFORMADO).

VOTO N° 000065-2020.

[…]
IV.- RECURSO POR EL FONDO: […] En relación con las razones por las cuales se invierte la carga de la prueba y se determina el número de horas extra ordenado, la jueza A quo expresamente señaló que erraba la parte demandada al reprochar que el actor no aportó prueba de las horas extraordinarias laboradas pues esa carga procesal compete a la empleadora según los artículos 478 y 18 del Código de Trabajo, el segundo de los cuales -dice la jueza- establece la presunción de veracidad de los hechos de la demanda. Esa consideración, en torno a la carga de la prueba, es acertada, sustentada adecuadamente en el numeral 478 del Código de Trabajo; y en la vasta jurisprudencia que en torno a este tema ha dictado esta Sala. Ha dicho la Sala "*... debe tomarse en cuenta que ha sido criterio reiterado de que es al patrono a quien le incumbe la carga probatoria respecto de las regulaciones básicas o normales de la contratación, por ser la parte que durante la efectiva vigencia de la relación, tiene mayores posibilidades de recabar las pruebas que demuestren las verdaderas condiciones de ejecución del contrato. Mientras que, cuestiones invocadas por el trabajador como excepcionales, tal es el caso del trabajo en jornada extraordinaria, es a éste a quien le corresponde acreditar su dicho en ese sentido. Claro está que esta regla se aplica únicamente cuando dicha jornada se invoca como excepcional dentro de la relación de trabajo, pero no cuando ha sido impuesta como la normal jornada que debe laborarse. Así, si la parte actora, como en el asunto que nos ocupa, invocó como ordinaria o normal una jornada legalmente extraordinaria, contrario a lo expresado en el recurso, correspondería a la parte demandada acreditar que la jornada efectivamente cumplida por ella era otra distinta. Mas, dicha carga probatoria, tal y como lo sostuvo el Tribunal, no la cumplió la accionada. Por ello, el reproche entorno a que se echa de menos la prueba que permitiera concluir que la actora laboró horas extra, resulta intrascendente, pues, se repite, era al demandado y no a la accionante, a quien le correspondía traer la prueba al proceso con base en la cual en forma indubitable poder concluir que la jornada aludida en la demanda no concordaba con la realidad*." (voto número 2019- 428 de las 11:05 horas del 2 de abril de 2019; y en el mismo sentido los votos número 1548-2010, 110-2011, 844-2013 y 693-2016). De modo que no fue una condena infundada o no razonada, al pago de horas extra, sino la conclusión ante la falta de acreditación por parte de la demandada, de que la jornada del actor era otra distinta a la indicada en la demanda, hecho cuya demostración, conforme se dijo, le competía a esa parte. Lo anterior descarta el argumento del recurrente en el sentido de que la carga de la prueba compete a la parte actora. La redistribución al patrono, de la carga probatoria sobre la verdadera jornada cumplida por el trabajador, obedece a la mayor facilidad que tiene esa parte de procurarse la prueba de las condiciones normales y generales de la contratación, pues es claro que el trabajador, por su propia condición dependiente del trabajo, tiene limitadas las posibilidades de procurarse y proveerse de esa prueba. La jurisprudencia que cita el recurrente no contraría este criterio. El voto

número 357-17 no analiza el tema de la carga de la prueba en estos casos y el 1468-2016, más bien confirma el criterio jurisprudencial mencionado. Tal y como se mencionó, en este caso el actor alegó haber laborado habitualmente una jornada que excede el límite ordinario razón por la cual, los agravios en torno a este tema que plantea el recurrente no merecen ser atendidos. En relación con los agravios que adiciona en escrito presentado el 21 de agosto, estos tampoco pueden ser atendidos porque conforme a la normativa introducida por la Reforma Procesal Laboral (artículo 590 del Código de Trabajo), los motivos del recurso de casación no son susceptibles de ser ampliados o modificados. **[…]**

CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL REGLAMENTO DEL SEGURO DE INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE DE LA CCSS.

VOTO N° 000121-2020 Y VOTO N° 000117-2020.

[…]
IV.- NORMATIVA A LA QUE PODRÍA LESIONAR LA NORMA CONSULTADA: […] A ello debe agregarse que el numeral 73 de nuestra Carta Fundamental prevé la Seguridad Social en el país en los siguientes términos: "*Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales,(regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad,* ***invalidez****, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine* …" (énfasis suplido); que tiene carácter irrenunciable, aplicables a todos sin discriminación y como parte de una política permanente de solidaridad nacional (numeral 74 siguiente).

Esta Sala se cuestiona si el artículo 8 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, al supeditar, como se dijo, la declaratoria del derecho a pensión, al hecho de que "… ***el estado de invalidez se origine en fecha posterior a la de ingreso a este Seguro***", roza con la referida normativa; pues, crea una diferenciación injustificada en detrimento del derecho de las personas a obtener una pensión del Régimen al cual han contribuido como asalariados, con gran sacrificio personal, imponiendo un requisito que no pueden cumplir, precisamente, porque la invalidez se originó con fecha anterior al ingreso al Seguro.

Para este órgano, resulta a todas luces contradictorio que, a pesar de normativa internacional, incorporada al ordenamiento jurídico y otra de rango constitucional, que promueven y tienden a garantizar la no discriminación, la tutela a las personas desvalidas, el derecho que ellas tienen a la autonomía personal, a la independencia económica, al acceso a los puestos de trabajo y, en general, a su pleno desarrollo; cuando con grandes esfuerzos -por sus especiales condiciones-, se incorporan exitosamente a la fuerza laboral, realizan en condición de igualdad sus aportes al Sistema de Pensiones que les corresponde, en este caso al del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte administrado por la Caja Costarricense de Seguro Social, cuando han alcanzado la edad y cotizaciones establecidas reglamentariamente, se les niegue su derecho a pensión, en atención a la exigencia contemplada en la norma citada, de que el estado de invalidez debe originarse en fecha posterior a la de ingreso a este Seguro. Lo preceptuado en esos términos limita en forma injustificada y discriminatoria a las personas con discapacidad, pues, el Sistema les obliga a cotizar sin posibilidad alguna de llegar a obtener un derecho a pensión por invalidez, con inobservancia de las obligaciones estatales de garantizarles los derechos a los cuales se ha hecho referencia. A lo que debe agregarse que es cuestionable que se pueda justificar la exigencia por el hecho de que exista un Régimen no Contributivo de Pensiones, en primer término porque las personas con discapacidad que se han sumado a la fuerza laboral como asalariadas han cotizado al Régimen Contributivo y por tanto deben tener derecho a sus beneficios y, además, porque aquel otro Régimen -el no contributivo- tiene como exigencia la pobreza extrema, es decir, el encontrarse en riesgo social.

[…]
Si lo que cubre el Régimen es la invalidez como imposibilidad de laborar y procurarse una forma de vida autónoma e independiente, es cuestionable la norma según la cual solo la invalidez posterior al ingreso al régimen se puede tomar en cuenta para adquirir el derecho pensionístico, cuando la persona, a pesar de los obstáculos de una

discapacidad, se ha incorporado al mercado laboral, cumple con las cotizaciones y edad, y la aplicación en ese sentido, vulnera el principio de razonabilidad, es discriminatoria y se contrapone a la esencia misma de la seguridad social.
[…]

Consecuentemente, a la Sala le surge una duda razonable acerca de si la frase contenida en el artículo 8 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte, que supedita la declaratoria del derecho a pensión al hecho de que "… ***el estado de invalidez se origine en fecha posterior a la de ingreso a este Seguro***", se encuentra en armonía con la Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 159 sobre Readaptación Profesional y Empleo de Personas Inválidas y los precedentes de la Sala Constitucional sobre la igualdad de trato y protección a la persona desvalida. Lo anterior por cuanto, a la luz de la jurisprudencia constitucional resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viole cuando se trata desigualmente a los iguales (votos números 3692-2013 y 618-01). En ese orden de ideas, para ese órgano contralor de constitucionalidad, la diferenciación de trato sólo es admisible si: el trato desigual es constitutivo de una diferenciación admisible (determinada por la desigualdad de los supuestos de hecho que son los que justifican el trato diferente); la finalidad de la medida diferenciadora debe ser constitucionalmente legítima (que se ajuste a las normas y principios que recoge la Constitución); la relación entre la desigualdad misma y su finalidad guarda la proporcionalidad debida (lo cual se entiende en aras del principio de razonabilidad que también es constitucional) (Voto número 7228 de las 14:58 horas del 9 de junio de 2005).
[…]

V.- CONSIDERACIÓN FINAL: Con fundamento en lo expuesto y a la luz de los artículos 102 a 108 de la Ley de Jurisdicción Constitucional procede solicitar a la Sala Constitucional emitir criterio sobre la constitucionalidad de la frase del artículo 8 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social en cuanto supedita la declaratoria del derecho a pensión al hecho de que "… ***el estado de invalidez se origine en fecha posterior a la de ingreso a este Seguro***". Además debe emplazarse a las partes para que dentro del tercero día se apersonen ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Al igual que, procede suspender la tramitación de este proceso hasta tanto esa Sala no haya evacuado la consulta.
[…]

DESPIDO POR ACOSO SEXUAL. DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA. PROCESO PENAL Y PROCESO LABORAL.

VOTO N° 000141-2020.

[…]
V.- SOBRE EL CASO CONCRETO: […] Aunado a lo anterior, y como se ha en dichos precedentes jurisprudenciales, en la mayoría de asunto de hostigamiento sexual no hay personas testigas directas de los hechos que se denuncian, puesto que lo usual es que se cometan en la clandestinidad, de ahí se deriva la importancia de contar con la declaración directa de la víctima del hostigamiento, y paralelo a ello se deben analizar las pruebas directas, indirectas o indicios para establecer si la versión de los hechos que presenta la denunciante es certera y veraz. […] Es relevante indicar que el proceso de suspensión de proceso a prueba es un instrumento procesal que suspende la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un hecho ilícito, siendo que se le somete a un período de prueba en el que debe cumplir una serie de obligaciones que determine el Tribunal Penal correspondiente, a cuyo término se declara extinguida la acción penal; sin embargo, en caso de incumplimiento de alguna de dichas obligaciones, el Tribunal tiene facultad de revocar la medida y ordena la persecución penal nuevamente, previa audiencia. […] ***Para otorgar el beneficio, son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba***" (énfasis no es del original) . […] Ahora bien, dicha aceptación de hechos no puede ser considerada como una confesión del acusado, en caso de que la aplicación de la medida no prospere o se reanude el procedimiento penal. Lo anterior,

en virtud de lo normado en los artículos 36 y 39 de la Constitución Política y 2 de la Convención sobre Derechos Humanos, en los cuales se determina que nadie está obligado a declarar en contra sí mismo. Dado lo cual, dicha admisión de hechos no puede ser valorada como una prueba confesional en el proceso penal, únicamente puede ser apreciada para acoger la medida de la suspensión del proceso a prueba. Sin embargo, la Sala Constitucional en su jurisprudencia ha determinado que la garantía contemplada en el ordinal 36 de la Constitución Política y regulada también en los numerales 24 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se circunscribe al ámbito penal únicamente. […] En virtud de lo anterior, no existe fundamento para justificar la garantía de no declarar contra sí mismo en la materia laboral, aún y cuando se estén revisando consecuencias pecuniarias derivadas de acciones penales. Únicamente en la sede penal existe impedimento para valorar la admisión de hechos que la persona imputada rinde, con la finalidad de acogerse a una suspensión del proceso a prueba. Así, para los efectos del presente proceso, la admisión de los hechos por parte del promovente en la sede penal constituye un medio de prueba en la vía laboral, por lo que dicha declaración debe ser valorada como un elemento probatorio más en el presente proceso, según lo normado en el artículo 314 del anterior Código Procesal Civil, la cual se brinda con todas las garantías procesales del caso, pues se rinde ante un órgano jurisdiccional y con la asesoría de una persona defensora. En virtud de ello, la admisión de los hechos por parte del actor, con la finalidad de acogerse a una de suspensión de proceso a prueba, en la instancia penal, se debe valorar como una prueba más que consta en el expediente, lo cual justifica el despido disciplinario (sin responsabilidad patronal). Además, en el caso se cuenta con la pericia emitida por la sicóloga, …, quien valoró a la actora y en la cual se concluyó: *"Existe coherencia entre la situación vivida y su estado emocional, viéndose perturbada a nivel emocional al momento de revivir los eventos. Hay presencia de sentimiento de incomodidad, culpa, rabia y miedo. A nivel psicológico se perciben consecuencias como inseguridad en el desempeño de sus funciones y sentimientos de culpa por la situación vivía. La colaboradora cuenta con los recursos internos a nivel psicológico y emocional, a fin de superar las secuelas, particularmente en la autoconfianza y autoimagen. De acuerdo con las características presentadas en el relato de [Nombre 004], destacan ideas con presencia de una estructura lógica y consistencia interna, por lo cual se concluye que existe congruencia entre la situación vivida y su estado emocional, lo que en su conjunto indican una alta probabilidad que se relato sea veraz. Por otra parte, los indicadores emocionales mencionados en este informan, dan cuenta de la presencia de sintomatología reactiva a una experiencia estresa"* (véase folios 144-146 del expediente de prueba rotulado "Exp. 15-00519-1027-LA [Nombre 001] Contra BANCO NACIONAL DE COSTA RICA). También, se cuenta con la declaración de [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016] -sicólogo-, [Nombre 017] -sicóloga que valoró a la señora [Nombre 004], declarantes recibidos en la sede administrativa, quienes refirieron tener conocimiento de los hechos denunciados por la señora [Nombre 004] contra el señor [Nombre 001], ya sea porque ella lo comentó o por lo dicho en el trabajo, pero no son testigos directo de la situación (véase folios 1-5 del expediente de prueba rotulado "Exp. 15-00519-1027-LA [Nombre 001] Contra BANCO NACIONAL DE COSTA RICA). Considera esta Sala que, con la prueba referida se acreditan los actos de hostigamiento sexual cometidos por el señor [Nombre 001] contra la señora [Nombre 004]. Lleva razón la representación del Banco Nacional, pues resultaría contrario a derecho solicitar de manera obligatoria la manifestación de la víctima, constando en el expediente prueba suficiente para dar por acreditados los hechos que motivaron el despido del actor. Se debe resguardar la no revictimización de la denunciante, por lo que en el proceso bajo estudio basta con la denuncia que presentó la señora [Nombre 004] y los demás elementos probatorios para demostrar los hechos por los cuales se despidió al promovente. **[…]**

CONDENA SOLIDARIA A PAGAR DAÑO MORAL POR ACOSO SEXUAL. EXISTIÓ RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

VOTO N° 000768-2020.

[…]
V.- SOBRE EL ACOSO Y EL DAÑO MORAL: […] Quedó demostrado, como puede verse hasta con prueba técnica, que la demandante como consecuencia del hostigamiento sexual de que fue

Volver al índice

víctima sufrió un grave detrimento en su salud, aun después de haber concluido la investigación interna instaurada a lo interno de la empresa de la demandada, y sancionada la persona acosadora, no obstante la gravedad de las consecuencias en perjuicio de doña [Nombre 001] y de las cuales se comprobó que la demandada tuvo conocimiento a través de los documentos citados y las declaraciones brindadas por [Nombre 020] y [Nombre 021], quienes aseveraron que la actora ya padecía de una dermatitis desde antes de entrar en la etapa de crisis por el acoso sexual y la investigación de ese hecho, pero ello no desacredita las conclusiones a que llegaron los profesionales del INS, pues en esa enfermedad especifica señalaron un agravamiento durante el período de valoración que coincide con la denuncia, tramitación de la investigación y sanción al agresor. Considera esta Sala que sí se demostró la relación causal entre las enfermedades y padecimientos sufridos por la demandante por el acoso sexual demostrado administrativamente en IMAX de Costa Rica S.A., de igual forma quedó acreditado que la sociedad coaccionada conociendo los hechos y consecuencias, mantuvo al acosador en su condición de superior inmediato de la persona hostigada, y no bastó con recurrir a mecanismos alternos de triangulación en la gestión de jefatura mediante una tercera persona para que le comunicara las ordenes giradas por su jefe, pues en el fondo seguía siendo su superior, solo que sin mayor comunicación con la demandante. Tal y como lo expuso el Instituto Nacional de Seguros en el oficio AP-01583-2016, la reubicación de la trabajadora era inminentemente necesario por su salud física y emocional, no debía seguir siendo subalterna de [Nombre 002], sin embargo, y pese a la seriedad de la recomendación, la codemandada no la acató pues no demostró esfuerzos por cambiarle las condiciones laborales, contribuyendo así a agravar los padecimientos de la actora y revictimizándola, lo que convierte a la empleadora en solidariamente responsable al mantenerla expuesta a factores de riesgo. Amén de lo anterior, es evidente y de sentido común que la situación por la cual debió pasar la actora en su relación con el señor [Nombre 002] como representante patronal y en el entorno laboral a causa de esos hechos, debió haberle producido sufrimiento, con las consecuencias que quedaron descritas. Por lo expuesto, debe anularse la sentencia parcialmente en cuanto denegó el pago del daño moral sufrido por la acciónan te a causa del acoso sexual de que fue víctima, y condenar solidariamente a Imax de Costa Rica Sociedad Anónima y a [Nombre 002] a pagar a la actora los extremos que en el siguiente considerando se indicarán. A la empleadora le cabe responsabilidad pues las actuaciones en perjuicio de la actora las ocasionó su representante en el empleo (artículo 5 del Código de Trabajo), de manera que su escogencia y el ubicarlo en ese rol de acarrea responsabilidad por sus actos en el cumplimiento de sus tareas (doctrina de los artìculos 1045 y 1048 del Código Civil). No debe perderse de vista que esa situación se vio agravada con la decisión de la empleadora de mantener a la demandante en esa área de trabajo a cargo de quien la había estado hostigando. Así las cosas, debe anularse la sentencia de que se conoce en cuanto denegó el daño moral, para en su lugar concederlo.
[…]

PENSIÓN DEL RÉGIMEN DEL REGISTRO NACIONAL. DEROGATORIA TÁCITA DE LA LEY N ° 5 (EN LO QUE SE OPONE A LA LEY MARCO DE PENSIONES).

VOTO N° 000150-2020.

[…]
IV.-ANÁLISIS DEL CASO: […] Así las cosas, de conformidad con los artículos 1 y 41 de la Ley Marco, en lo sucesivo, las pensiones concedidas al amparo de los regímenes especiales debían ajustarse al nuevo régimen general instaurado. La Ley 7302 derogó los regímenes con cargo al Presupuesto Nacional y creó uno de naturaleza transitoria, que rige para todos aquellos servidores de los regímenes derogados que no pudieron pensionarse con el régimen anterior, pues no cumplieron sus requisitos durante su vigencia o bien posteriormente según los Transitorios de la Ley 7302. La Ley 7302 instituyó un régimen general en virtud del cual se derogaron los diversos sistemas de jubilaciones y pensiones que tenían como base la prestación de servicios al Estado y cuyo pago estaba a cargo del Presupuesto Nacional. De esa forma, se pretendió superar las diferencias existentes entre esa clase de mecanismos contributivos, que propiciaban, en algunos casos, un tratamiento privilegiado para algunos servidores públicos, en franca desigualdad con otros. En

consecuencia, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley, en lo sucesivo, las pensiones concedidas con base en algún régimen especial debían ajustarse a las condiciones del nuevo régimen general. Ahora bien, dentro de los regímenes especiales de pensiones afectados por la Ley 7302 se encuentra el del Registro Nacional, de conformidad con el artículo 2 de su Reglamento (Decreto Ejecutivo n° 21996 del 2 de febrero de 1993), que indicaba: *"Son regímenes especiales contributivos sometidos al Régimen General de Pensiones de acuerdo con el artículo 1 de la Ley N° 7302, los siguientes: (...) d) Registro Nacional. Ley N° 5 del 16 de setiembre de 1939 (...)".* Este Decreto fue derogado por el n.° 33080 del 24 de junio de 2006, pero se mantiene la norma de interés en el artículo 4 del nuevo Reglamento. Hay dos normas transitorias de la Ley Marco de Pensiones que vale la pena destacar. Primeramente, el transitorio II se lee: *"Aquellas personas que, a la entrada en vigencia de esta ley, reúnan los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, preceptuados por cualquiera de los regímenes especiales afectados en esta Ley, conservarán su derecho a pensionarse al amparo de esa normativa especial".* Por su parte, el párrafo tercero del transitorio III señala: *"Quienes al entrar en vigencia esta Ley les falten menos de dieciocho meses para poder pensionarse o jubilarse según los requisitos originales de la legislación que se deroga, podrán pensionarse o jubilarse al cumplir aquellos requisitos, pero en este caso deberán cotizar con el catorce por ciento (14%) del monto de su pensión hasta cumplir los sesenta años de edad, fecha a partir de la cual continuarán cotizando conforme les corresponda según la presente Ley*" (los 18 meses en cuestión expiraron el 14 de enero de 1994). De lo expuesto se colige que la Ley 7302 surge con el fin de instaurar un régimen general que permita uniformar los diversos sistemas de jubilaciones y pensiones que tenían como base la prestación de servicios al Estado y cuyo pago estaba a cargo del Presupuesto Nacional. En consecuencia, de conformidad con el artículo primero de la mencionada ley, en lo sucesivo, salvo el caso de derechos adquiridos conforme a las previsiones de los transitorios aludidos, las pensiones concedidas con base en algún régimen especial afectado, incluido el del Registro Nacional, deben ajustarse a las condiciones del nuevo régimen general. La Ley 7302 no derogó totalmente las leyes de regímenes especiales de pensiones que no se mencionan expresamente en su artículo 41, sino solo en lo que se le opongan. Como los requisitos para jubilarse fijados en la Ley 5 y sus reformas son diferentes (ergo, opuestos) a los establecidos en la Ley 7302, en ese sentido ha de entenderse derogada la Ley 5, contrario a lo que sostiene el recurrente. Por ello, la petente no puede exigir que se le apliquen aquellas condiciones originales de la Ley 5 para pensionarse. La única forma en que le serían aplicables esos requisitos originales sería si ella calzara en los transitorios antes transcritos, mas no es así, pues al 15 de julio de 1992 tenía apenas 26 años de edad y 5 de servicio, y al 14 de enero de 1994, contaba con 27 años de edad y 6 de servicio (nació el 11 de abril de 1966 -imagen 14 del expediente administrativo, en CD anexo- e ingresó a laborar al Registro Nacional el 19 de mayo de 1987 -imagen 38 ídem-).
[…]

EXISTIÓ PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL TRABAJADOR (ARTÍCULO 602 DEL ANTERIOR CÓDIGO DE TRABAJO). NO SE INTERRUMPE EL PLAZO CON LA INTERPPOSICIÓN DE UN AMPARO DE LEGALIDAD.

VOTO N° 000098-2020.

[…]
III.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: En primer lugar, debe tomarse en cuenta que la norma de prescripción aplicable al caso es la contenida en el artículo 602 del Código de Trabajo (anterior a la reforma procesal laboral). […] Por otra parte, en la sentencia impugnada se tuvo por probado: "***1)*** *Que la relació n laboral entre las partes concluyo ́ el di ́a* ***01 de marzo de 2015****, por haberse acogido al derecho de pensión la señora accionante. (Ver accio ́n de personal 201503-MP-972279 aportada por la actora junto a su escrito de demanda en fecha 04 de abril de 2017 y certificació n aportada por la demandada en fecha 30 de junio de 2017, emitida por la Unidad Preescolar y Primaria Direcció n de Recursos Humanos del Ministerio de Educacio ́n Pú blica). /* ***2)*** *La sen̄ ora [Nombre 001] presento reclamo administrativo por cobro de anualidades y carrera profesional ante la Unidad de Gestió n de Reclamos del Departamento de Gestió n de Trá mites y Servicios del Ministerio de Educacio ́n Pu ́ blica en fecha* ***01 de febrero de 2016****, mismo que fue resuelto mediante oficio*

Volver al índice

N°DRH-DGTS-UGR-0542-2017 de fecha ***02 de marzo de 2017*** *, en que se rechazó su reclamo. (Vé ase oficio aportado por la actora junto a su escrito de demanda de fecha 04 de abril de 2017).- /* ***3)*** *La presente demanda fue interpuesta en fecha* ***04 de abril de 2017****, segú n consta en sello de recibido visible en folio uno del escrito de demanda incorporado al expediente electró nico en esa misma fecha".* La impugnante acepta estos hechos; sin embargo, estima errada la decisión de declarar prescrita su acció n, toda vez que el 9 de mayo de 2016 interpuso un amparo de legalidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo, el cual, en su criterio, interrumpió el plazo prescriptivo del numeral 602 mencionado. El artículo 604 de la normativa aplicable a este asunto, conforme se definió desde la instancia precedente, prescribe: "*En materia laboral, la prescripció n se interrumpirá además por las siguientes causales: / a) La negativa del patrono a entregarle al trabajador la carta de cesación del contrato de trabajo, en los términos del artículo 35 de este Código, a partir del momento en que este lo solicite por escrito. Si el contrato de trabajo es verbal o si al trabajador por su condición física, mental o cognoscitiva, le es imposible solicitar por sí mismo y en forma escrita dicha carta, podrá solicitarla verbalmente o por su medio de comunicación habitual, ante dos testigos. / b) La interposición, por parte del trabajador, de la correspondiente solicitud de diligencia de conciliación laboral administrativa ante el Ministerio de Trabajo. / c) En casos de reclamos contra el Estado o sus instituciones, a partir del momento en que al trabajador se le notifique la resolución que da por agotada la vía administrativa, en los términos que dispone el inciso a) del artículo 402 de este Código. / d) En el caso de acciones derivadas de riesgo de trabajo, la interposición del reclamo respectivo en sede administrativa ante el INS. / e) Mientras se encuentre laborando a las órdenes de un mismo patrono*". La circunstancia descrita por la actora (la interposición de un amparo de legalidad) no se encuentra dentro de los presupuestos de hecho previsto en la disposición normativa descrita, por lo que no tuvo la suerte de interrumpir el curso de la prescripción; haciendo la necesaria aclaración, en relación con el inciso c) de este artículo, que la Sala Constitucional en el voto n.º 15487 de las 17:08 horas del 25 de octubre de 2006, declaró inconstitucional la frase "*Si se tratare de reclamos contra el Estado o contra sus instituciones, deberá agotarse previamente la vía administrativa"*, contenida en el párrafo 2 del artículo 402 ídem. **[…]**

CÁLCULO DE PENSIÓN DE HACIENDA DEBE REALIZARSE CONFORME CON LEY VIGENTE AL MOMENTO DE PENSIONARSE.

VOTO N° 000191-2020.

[…]
IV- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Como se desprende de los agravios expuestos ante la Sala, el tema a dilucidar en esta instancia es si fue correcta la forma de cálculo empleada por la Administración, al reconocerle al actor su derecho a la pensión del régimen de Hacienda. Según el apoderado del demandante, se debe aplicar lo dispuesto en la ley original número 148 y no lo establecido en la Ley n.° 7302. Se estima que no lleva razón el recurrente. El actor obtuvo su derecho de pertenencia al régimen de Hacienda por haber laborado para la Contraloría General de la República y haber cotizado para dicho régimen. Sin embargo, según la edad y tiempo de servicio, él solamente llegó a consolidar su derecho a la jubilación de acuerdo con las regulaciones introducidas por la mencionada Ley n.° 7302. De ahí que su derecho se reconociera de acuerdo con las modificaciones implantadas por esa normativa luego de entrar en vigencia. Eso es lo que se observa de los antecedentes que constan en el expediente administrativo y en las resoluciones de la Dirección Ejecutiva de la Dirección Nacional de Pensiones, donde el actor solicitó revisión de su derecho de pensión. El artículo 1° de la Ley n.° 7302 dispone: "*Créase el Régimen General de Pensiones con cargo al Presupuesto Nacional, al cual se ajustará, en lo sucesivo, el otorgamiento de todas las jubilaciones y pensiones de los regímenes contributivos que tengan como base la prestación de servicio al Estado, originada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley y cuyo pago esté a cargo del Presupuesto Nacional. Para los funcionarios que ingresen a servir al Estado con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, se aplicará lo que dispone el artículo 38".* El hecho de que la relación de servicio se hubiere iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de esa normativa no le da derecho -por sí solo- a que se calcule su pensión según lo dispuesto en la Ley n.°

148. Al actor se le aplicó la Ley n.° 7302, vigente desde el 15 de julio de 1992, al estar cubierto por un régimen de pensiones con cargo al presupuesto nacional (como lo es Hacienda) y cumplir con los requisitos para su jubilación con posterioridad a la entrada en vigencia de esa legislación. En consecuencia, no existe una aplicación retroactiva de la ley. En lo que respecta al antecedente de esta Sala que cita la parte accionante (voto número 139-13), en esa resolución se analiza un cuadro fáctico diferente al del presente caso. En ese otro proceso, al funcionario se le otorgó la pensión de Hacienda de acuerdo con el transitorio III de la Ley n.° 7302 y no se analizó lo referente a la forma de cálculo aplicable. Por esas razones, no se dio la violación a las normas y demás principios que se indican en el recurso ante la Sala, ni a la jurisprudencia citada en ese libelo, ya que se trata de supuestos distintos a los que informan el caso concreto.
[…]

BAJO RENDIMIENTO NO ESTÁ PREVISTO EN SÍ MISMO COMO CAUSAL DE DESPIDO SEGÚN ARTÍCULO 81 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. PRUEBA DEBE SER CATEGÓRICA. LA TESTIMONIAL OFRECIDA NO ES SUFICIENTE.

VOTO N° 000161-2020.

[…]
IV.- SOBRE EL FONDO: En la carta de despido, se le indicó al actor que los motivos de aquella decisión eran: "*su bajo rendimiento en igual forma por no acatar órdenes por parte del patrono en la dirección del patrono las normas que este o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando*" (sic) (imagen 5 del archivo incorporado en fecha 22-05-2013), a cuyo efecto se sustentó en la causal prevista en el artículo 81 inciso h) del Código de Trabajo. […] Sobre el bajo rendimiento, esta Sala, en la sentencia número 821 de las 11:05 horas, del 12 de setiembre de 2012, sostuvo: "*De conformidad con el documento visible al folio 7, el demandante fue despedido por reiterado bajo rendimiento. En el inciso b), del numeral 71 del Código de Trabajo entre otras obligaciones de las personas trabajadoras prevé la de ejecutar el trabajo '…con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, y en la forma, tiempo y lugar convenidos'. Así, a quien trabaja le corresponde realizar sus labores de manera eficiente, con el cuidado y el esmero respectivos, tal y como lo indica la norma, pues su trabajo constituye la obligación principal dentro del contrato. El bajo rendimiento en sí mismo no está previsto como una de las causales de despido contempladas en el artículo 81 del Código de Trabajo; sin embargo, de reunir ciertas características, puede quedar inmerso en el último inciso de dicho numeral, como una falta grave a las obligaciones laborales. El legislador no estableció en cuáles condiciones el bajo rendimiento puede ser considerado como justa causal de despido, más la doctrinaria y la jurisprudencia han perfilado las características que debe reunir para que pueda dar lugar a la destitución sin responsabilidad del empleador. De manera general, se ha señalado que el bajo rendimiento debe ser voluntario y reiterado. El primer elemento, de naturaleza subjetiva, se exige para diferenciarlo de la ineptitud, dado que en esta última también está presente el mismo resultado -ineficiencia o bajo rendimiento-, pero esa circunstancia no deriva de la voluntad del trabajador sino de alguna condición intrínseca a él, o externa, que le impide rendir eficientemente en su trabajo. Por consiguiente, se requiere no solo la voluntariedad sino además la imputabilidad, ya que es necesario que la disminución en el rendimiento sea directamente atribuible al trabajador. El otro elemento es objetivo y hace referencia a la continuidad requerida para que pueda ser enmarcado como causal de despido. Hechos aislados de baja productividad no tienen la virtud de configurar la causal de despido. En relación con la prueba del bajo rendimiento, jurisprudencialmente se ha exigido una de naturaleza calificada, por medio de la cual se acredite sin lugar a dudas la ineficiencia del trabajador. Se ha considerado que la prueba testimonial normalmente resulta insuficiente y la parte empleadora debe procurar aportar estudios de productividad reales, que le permitan a quien juzga establecer, a partir de un análisis comparativo, si la persona trabajadora ha incurrido en la falta grave atribuida. En casos como estos, la prueba debe ser categórica, de forma tal que no quede duda en el ánimo del juzgador, respecto de la comisión de la falta, pues el bajo rendimiento podría ser valorado subjetivamente y de lo que se trata es de evaluar, en forma objetiva, una*

Volver al índice

conducta reprochable al trabajador (sobre el tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias números 2000-999; 2002-15; 2002-225; 2002-434; 2002-541; 2003-105 y 2006-144)". Analizadas las pruebas que constan en los autos, la Sala concluye que no puede resolverse en forma diferente de como se hizo en las instancias precedentes. Respecto del bajo rendimiento, la testimonial aportada por la parte demandada, no es suficiente para concluir de manera objetiva sobre su existencia, pues como se apuntó en la resolución trascrita, lo que se requiere es una prueba objetiva que permita constatar que en comparación con los demás empleados la persona a quien se le imputa la falta ha incurrido en una disminución de la productividad general de manera voluntaria. Tampoco acreditó, pese a que la norma empleada como sustento para la rescisión contractual prevé un "*perjuicio"* para el patrono, una baja de ingresos producto del achacado bajo rendimiento del trabajador o alguna otra repercusión sufrida como consecuencia de esto. Ante estas circunstancias, no puede tenerse por debidamente acreditada la falta atribuida al actor. En todo caso, la duda conlleva a la ineludible aplicación de la regla del in dubio pro operario, que constituye una de las manifestaciones del principio protector.
[…]

NO PROCEDE SILENCIO POSITIVO A PESAR DE QUE DIRECCIÓN DE PENSIONES NO SE PRONUNCIÓ EN TIEMPO. SE TRATA DE UN ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO QUE REQUERÍA DE DOS VOLUNTADES PARA EL DICTADO FINAL.

VOTO N° 000199-2020.

[…]
IV.-ACERCA DEL SILENCIO POSITIVO: El ordinal 89 de la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional dispone: *"La resolución de la Junta de Pensiones y Jubilaciones referida en el artículo 88, junto con el expediente, serán elevados ante la Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para la resolución final, con el refrendo del Auditor Interno. Para resolver, dicha Institución tendrá un plazo máximo de un mes calendario contado a partir del momento en que la Dirección Nacional de Pensiones reciba la resolución y el expediente completo. / En caso de que la resolución no se emita en el plazo citado se ejecutará lo resuelto por la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (…)".* Según el impugnante, como la resolución de la Dirección Nacional de Pensiones (DNP) referente a su caso se emitió fuera del plazo ahí previsto, operó el silencio positivo. El canon 330 de la Ley General de la Administración Pública reza: *"1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela. 2. Tambi én se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones".* El artículo 89 citado no estatuye expresamente el silencio positivo. Luego, es claro que no estamos ante un supuesto de permisos, licencias o autorizaciones. Debe entonces dilucidarse si se presenta en la especie la hipótesis de la aprobación que deba acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela. La conclusión es que no, por cuanto la intervención de la DNP dispuesta en el ordinal 89 fue ideada por el legislador con la finalidad de implementar un procedimiento agravado para el dictado de un acto administrativo complejo. Este acto administrativo es complejo pues se consideró necesario que, para el dictado del acto final en el cual se declara por parte de la Administración el derecho a la pensión, participaran dos voluntades. Cuando existe una aprobación en el sentido técnico, el acto aprobatorio es independiente del acto que es aprobado, es decir, en ese procedimiento existen dos actos: el acto administrativo que se somete a aprobación y el acto en que se otorga o no la aprobación. Si bien es cierto el segundo acto es requisito de eficacia del primero, ambos son actos independientes. Finalmente se debe advertir lo que, en relación con el dictado de un acto final fuera del plazo previsto por la Ley General de la Administración Pública, indica en su numeral 329 inciso 3) dicha ley: *"El acto final recaído fuera del plazo será válido para todo efecto legal, salvo disposición en contrario de la ley".* En otro orden de ideas, el artículo 3 de la Ley 8777 ("Creación de los Tribunales Administrativos del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional y del Servicio Civil") estatuye: *"El Tribunal conocerá y resolverá, en alzada, los recursos de apelación, que interpongan contra las resoluciones de la*

Volver al índice

Dirección Nacional de Pensiones, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dentro de los procesos declaratorios de derechos del Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, así como los demás asuntos que por ley o reglamento deban ser sometidos a su conocimiento. Para resolver los asuntos que se sometan a su conocimiento, el Tribunal contará con un plazo de dos meses". Aquí tampoco opera el silencio positivo, ya que no está establecida esa figura expresamente; no se trata de un supuesto de permisos, licencias o autorizaciones; y, por último, la relación entre el Tribunal y la Dirección no es de fiscalización o tutela, sino de jerarquía, por la vía recursiva ("en alzada"). Es decir, el Tribunal no aprueba la resolución de la Dirección, sino que la confirma o la revoca.
[…]

RECURSO POR LA FORMA. NO PROCEDE NULIDAD POR HABERSE DICTADO SENTENCIA FUERA DE PLAZO (ARTÍCULO 587 INCISO 6) DEL CÓDIGO DE TRABAJO).

VOTO N° 000199-2020.

[…]
III.-SOBRE EL RECURSO POR LA FORMA: El ordinal 587 del Código de Trabajo, faculta a la Sala a conocer los vicios de orden procesal que ahí se regulan. El inciso 6) del numeral en cuestión dice que el recurso procede por *"haberse dictado la sentencia fuera del tiempo previsto para hacerlo*." El canon 511 reza: *"En los asuntos de puro derecho se dictará la sentencia dentro de los quince días posteriores a la contestación de la demanda o contrademanda o, en su caso, de las excepciones interpuestas, previo traslado para conclusiones".* Sin embargo, en este caso no es dable declarar la nulidad pretendida por la parte actora, por las razones que se explicarán. El precepto 537 del Código de Trabajo estatuye: *"Expirados los plazos para el dictado, la documentación y la notificación a las partes de la sentencia, con incumplimiento del órgano, lo actuado y resuelto será nulo y el juicio deberá repetirse ante otro juez o jueza, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y disciplinarias correspondientes. Únicamente se dejarán a salvo de dicha nulidad las pruebas y los actos o las actuaciones no reproducibles que se puedan apreciar válidamente en una oportunidad posterior".* El régimen de nulidades contemplado en la Ley de Reforma Procesal Laboral parte de la máxima habitual en esta materia, conforme a la cual la nulidad no es procedente por sí misma. En ese sentido, en lo que interesa, los numerales 474 y 475 ídem, por su orden, señalan: *"Los vicios procesales deberán ser corregidos, subsanados o saneados y la nulidad se decretará, únicamente, cuando la subsanación no sea posible"*; y: *"Las nulidades no reclamadas durante el proceso y en las oportunidades señaladas se tendrán como definitivamente consentidas y subsanadas".* Además, del artículo 470 de ese mismo Código se colige que la nulidad solo debe ser declarada en caso de violación del debido proceso, del derecho de defensa o por denegación de acceso a la justicia. La Sala Primera, con ocasión del Código Procesal Contencioso Administrativo, ha considerado que el plazo legal previsto para dictar sentencia en asuntos de puro derecho es meramente ordenatorio. Ese criterio es compartido por este Despacho. La nulidad prevista para los casos en que se supere ese término es respecto de aquellos asuntos donde puede violentarse el principio de inmediación (artículo 471, inciso 7, ídem). La nulidad del fallo en caso de incumplimiento del plazo está en relación directa con la relevancia de los principios de concentración e inmediación en la nueva estructura del proceso laboral. Lo que se tutela con la previsión de nulidad en el supuesto de que se exceda el plazo legal para dictar sentencia es la conservación por parte de la persona juzgadora de la impresión directa e inmediata derivada de la evacuación personal de la prueba, es decir, la finalidad es que por el transcurso del tiempo no se diluya la percepción que ese acto procesal marca en la persona juzgadora. De esa manera, en los asuntos en los cuales no es necesaria la práctica de pruebas que requieran la percepción inmediata por parte del juez, como la testimonial, declaración de parte, entre otras, la nulidad no debe declararse cuando se ha excedido aquel plazo, porque en ese supuesto no se corre el riesgo que pretende evitarse, concretamente que la persona juzgadora pierda la noción inmediata de la prueba. En la sentencia 000848-F-S1-2015, de las 9:00 horas del 31 de julio de 2015, la Sala Primera sostuvo: *"Es claro que, en los asuntos calificados como de puro derecho, los principios procesales del sistema oral (inmediatez y concentración, principalmente), no sufren menoscabo alguno*

Volver al índice

cuando terminada la audiencia preliminar, el dictado de la sentencia se difiere para otro momento. En estos casos, no habiéndose evacuado prueba, no existe la necesidad de garantizar que el juez de la audiencia preserve en su memoria el recuerdo de lo sucedido. En la especie no se ha producido indefensión a las partes con el dictado de la sentencia impugnada y de decretarse la nulidad peticionada, nulidad por la nulidad, se estaría resolviendo en contra del principio de celeridad que informa el proceso contencioso administrativo por las consecuencias que ello tendría en cuanto al tiempo que tardaría el asunto en resolverse de nuevo" (en igual sentido, pueden consultarse las sentencias de aquella Sala, números 000414-F-S1-2014, de las 9:10 horas del 20 de marzo de 2014; 001368-F-S1-2012, de las 8:45 horas del 18 de octubre de 2012; 001039-F-S1-2012, de las 11:00 horas del 24 de agosto de 2012). Con sustento en lo apuntado, aun cuando es deseable el cumplimiento del plazo al momento de dictar sentencia, en el *sublitem* no procede declarar la nulidad requerida.
[…]

EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

SE DENIEGA HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA DE DIVORCIO DE PALESTINA. NO CUMPLE LOS REQUERIMIENTOS DEL ARTÍCULO 99 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL, NI SE AJUSTA AL NUMERAL 48 DEL CÓDIGO DE FAMILIA.

VOTO N° 000173-2020.

[…]
III.- En el ordenamiento jurídico costarricense se contempla la familia como el fundamento de la sociedad. Así lo establecen los artículos 51 y 52 de la Constitución Política. Esta normativa, se ve reforzada por el artículo 48 del Código de Familia, que de manera taxativa, establece las únicas causales que se admiten para disolver el vínculo matrimonial. De ahí que en un proceso de divorcio, debe evidenciarse, de manera clara, sin suposiciones ni elementos subjetivos la existencia de las causales. En el caso concreto, se pretende la homologación de una sentencia emitida por el Tribunal de la Sharia (del Islam) de Tubas, Palestina en la cual se decreta la disolución del vínculo matrimonial de las partes. Esa resolución, donde figura como demandante el señor [Nombre 001], reza: *"En el nombre de Dios Altísimo / Sobre la base de la demanda, de la solicitud, de la declaración, de la evidencia personal convincente, del informe de las dos sentencias, y de la incapacidad del tribunal para conciliar entre los litigantes, y de conformidad con el derecho según los artículos 79 y 1817 del diario y los artículos 132 y 133 del Código de Familia, y en virtud del fallo de las dos sentencias, el Tribunal decide la separación entre el demandante [Nombre 001] de calidades arriba dichas y su esposa con quien contrajo matrimonio en virtud de un contrato de matrimonio según la Sharia, la demandada [Nombre 004] de calidades arriba dichas. Esta separación se realiza en razón de la disputa y discordia que existe entre las dos partes, según la modalidad de la ley islámica, por medio de una sola llamada de repudio, y según la condición que implica que el esposo puede recuperar su esposa cuando desee, antes de que se cumplan los tres meses, sin que medie una dote o un contrato o la presencia de testigos. Rige a partir de la fecha mencionada más adelante, y se determina el porcentaje del maltrato por las dos sentencias en un porcentaje de 70% para el esposo, el demandante antes mencionado y 30% para la esposa, la demandada antes mencionada. La suma total de la dote (adelantado y diferido) es de diez mil Dinar Jordano, cinco mil Dinar Jordano es la dote adelantada y cinco mil Dinar Jordano es la dote diferida. La demandada declaró que ha recibido la totalidad de su dote adelantada, por lo tanto el demandante [Nombre 001] debe pagar a la demandada [Nombre 004] la dote diferida que es la suma de dos mil Dinar Jordano. En caso que el demandante quiera recuperar a su esposa se tendría que elaborar un nuevo contrato y que se adelante una nueva dote. La demandada corrió con los gastos legales más cincuenta Sheqalim por concepto de honorarios al abogado del demandante"* (sic) (resolución visible a folios 31 a 35). De lo anterior, se colige que el divorcio decretado por el Tribunal de la Sharia obedeció al "*repudio* " por parte del señor [Nombre 001] quien a su vez es quien solicita se homologue la sentencia extranjera. Ahora bien, el canon 23 de nuestro Código Civil establece: *"Las leyes de la República concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los costarricenses para todo acto jurídico o contrato que deba tener*

su ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el contrato; y obligan también a los extranjeros; respecto de los actos que se ejecuten o contratos que se celebren y que hayan de ejecutarse en Costa Rica". En el sub litem, la disolución del vínculo matrimonial se refiere al estatuto personal de las partes, o sea a la posibilidad de aplicar disposiciones legislativas nacionales a sus relaciones personales, y al tenor de la norma transcrita, los extranjeros en Costa Rica se rigen por las leyes nacionales en todos los actos o contratos que ellos hayan realizado, sin importar donde sucedieron, cuando deban tener efectividad o ser ejecutados en Costa Rica, que es lo que sucede en la especie. Consecuentemente, a la luz del artículo 48 del Código de Familia, no procede ordenar el cumplimiento de la sentencia de divorcio de que se trata, pues la causal en que se funda, sea la voluntad de uno de los cónyuges, sin dar razón alguna para ello, no la reconoce nuestra legislación entre aquéllas que autorizan la ruptura del vínculo matrimonial. En efecto, en Costa Rica las causales de divorcio y separación son taxativas, y son sólo las establecidas en los artículos 48 y 58 del Código de Familia, las cuales son de orden público (Brenes Córdoba, Tratado de Las Personas, Editorial Costa Rica, San José, l974, pág. 112). **[…]**

SE CONCEDE EXEQUÁTUR A SENTENCIA DE ADOPCIÓN PLENA, A PESAR DE QUE NO SE SIGUIÓ EL PROCEDIMIENTO INTERNACIONAL REQUERIDO ENTRE LOS ESTADOS CONTRATANTES DE LA HAYA.

VOTO N° 000302-20 Y VOTO N° 000329-2020.

[…]
III.- […] Ahora bien, en el caso que nos ocupa, no se siguió el procedimiento establecido por la normativa indicada. Es necesario apuntar que la República de Guinea – Bissau no ha suscrito ni ratificado los convenios internacionales que regulan la adopción internacional. Sin embargo, aunque el país de origen del menor no ha firmado esos instrumentos de derecho, esto no es motivo suficiente para denegar la solicitud de reconocimiento de la sentencia extranjera. En materia de familia, las normas aplicables deben interpretarse a la luz de los principios que informan el ordenamiento jurídico, en procura siempre de garantizar el interés superior del menor. […] Ahora bien, todo niño y toda niña tiene derecho a poseer una familia permanente en su estado de origen o en otro país siempre y cuando se siga un debido proceso de adopción internacional ajustado al interés superior del niño y de la niña y a los derechos humanos. En el caso que nos ocupa, la autoridad jurisdiccional tomó en cuenta que no se conoce la identidad del padre biológico del niño y su madre falleció. Su familia extensiva se circunscribe a un tío materno que declaró no poseer condiciones económicas para sustentar y educar a su sobrino por lo cual lo entregó al orfanato [...]. Por otra parte, el juzgador valoró la aptitud de la señora ([Nombre 001]) como adoptante. Al respecto indicó: " *La requirente es una persona idónea e instruida y reúne condiciones económicas, sociales, intelectuales y familiares para garantizarle una buena educación y subsistencia*". Asimismo, en el informe de fecha 4 de abril de 2019, elaborado por especialistas de los campos de psicología y trabajo social del Departamento de Adopciones del Patronato Nacional de la Infancia se concluyó: *"Del análisis integral realizado se puede destacar que la persona menor de edad se encuentra en buenas condiciones físicas y emocionales al lado de la señora [Nombre 001]. Además, existen indicadores de que las necesidades básicas están siendo atendidas en este momento por el adulto responsable. [Nombre 001] le brinda estabilidad domiciliar, económica y emocional a la PME, además de brindarle protección y seguridad, otorgándole un ambiente sano en el cual el niño se desarrolla y se desenvuelve. / [Nombre 003] posee capacidad de adaptación y se encuentra en un proceso de conocimiento a nivel cultural, sin embargo, el mismo, muestra poseer sentido de pertenencia hacia este país y sobre todo hacia su madre y familia materna, el niño expresa sentirse muy bien y se observan buenas condiciones físicas y emocionales, al momento de la valoración"* (folios 46 a 48). Por lo anterior se estima que la adopción del niño [Nombre 003] conocido como [Nombre 003] no es contraria al orden público pues no se presenta ninguno de los impedimentos contemplados por el canon 107 del Código de Familia y se ajusta en lo sustancial a las reglas contenidas en los numerales 100, 102, 103 y 109 del mismo cuerpo normativo.
[…]

Volver al índice

SECCIÓN III

REFERENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Volver al índice

Volver al índice

REFERENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL*

021785-20. SOBRE HUELGA EN SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES.
Norma impugnada: Artículos 371 y 377 del Código de Trabajo y el Decreto Ejecutivo No. 38767-MP-MTSS. Parte dispositiva: Se declara sin lugar la acción.

002908-20. REBAJOS DE SALARIO POR DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA.
Norma impugnada: Artículo 379 del Código de Trabajo. Parte dispositiva: Se rechaza por el fondo la acción.

022741-20. PERMISOS CON GOCE DE SALARIO A FUNCIONARIOS PÚBLICOS QUE SE HAN ELEGIDO EN PUESTOS DE ELECCIÓN POPULAR.
Norma impugnada: Artículo 154 párrafo cuarto del Código Municipal. Ley No. 7794. Parte dispositiva: Se rechaza de plano la acción.

021333-20. SE ACUSA QUE, EN TERNAS DE JUECES, NOMBRA A PERSONAS QUE VAN CON MENOR PUNTAJE Y, NO A QUIENES VAN EN PRIMER LUGAR.
Se rechaza por el fondo el recuso. Está en redacción.

022355-20. PERSONA CON DISCAPACIDAD QUE LABORA EN UN CENTRO EDUCATIVO, ADUCE FALTA DE CONDICIONES FÍSICAS.
No obstante, no consta que haya planteado las gestiones ante las autoridades administrativas. **SOBRE LA SOLICITUD DE UN NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD, CONSTA QUE DEPENDE DE LOS REQUISITOS.** Sin embargo, el MEP debe tener presente la solicitud de la tutela, valorarla y ofrecerle disponibilidad de puestos vacantes, para que se materialice el traslado que requiere, atendiendo a su condición especial.

011169-20. JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA SOBRE EL PAGO DE INDEMNIZACIONES POR EJERCICIO DE FUNCIONES DE MAYOR RANGO.
Norma impugnada: Jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia sobre el pago de indemnización por el ejercicio de funciones de mayor rango. Parte dispositiva: Se declara sin lugar la acción.

0010591-20. DEDUCCIÓN DE SALARIO DE CUOTAS DE COOPERATIVAS O SINDICATOS.
Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 69 inciso k) del Código de Trabajo. La norma cuestionada per se no presenta la inconstitucionalidad alegada, y los alcances de su aplicación en cada caso en concreto, deberán ser revisados en la vía de legalidad respectiva.

009188-20. SALARIO ESCOLAR SE ENCUENTRA DENTRO DEL PATRIMONIO DEL EMPLEADO.
Acción de inconstitucionalidad contra el acuerdo de política salarial para el sector público del 23 de julio de 1994, el Decreto Ejecutivo número 23.907-H del 21 de diciembre de 1994, el artículo 2 del Decreto Ejecutivo número 39202-MTSS-H, el acuerdo número 11260 de la Autoridad Presupuestaria, las resoluciones números DG-062-94 del 5 de agosto de 1994, DG-112-94 del 22 de diciembre de 1994, DG-005-95 del 12 de enero de 1995, DG-114-95 del 22 de diciembre de 1995, DG-054-96 del 3 de julio de 1996, DG-103-96 del 17 de diciembre de 1996, DG-041-97 del 1 de julio de 1997, DG-011-2016 del 19 de enero de 2016 y las circulares números SI-04-94-0 del 9 de septiembre de 1994 y SI-002-95, todas de la Dirección General del Servicio Civil. El salario escolar “tiene su origen en el acuerdo de la Comisión Nacional de Salarios para la fijación de los salarios mínimos para el segundo semestre del año 1994, y no en los actos que se señalan en el libelo de interposición”. Surge “como un porcentaje

* Fuente: Sitio web de la Sala Constitucional: https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/boletines

Volver al índice

del aumento salarial de los trabajadores que sería pagado por los patronos en forma acumulada y diferida durante el mes de enero de cada año y que, por lo tanto, se encuentra dentro patrimonio del empleado. Lo anterior, implica que no se trata de un pago extraordinario, como es el caso del aguinaldo, sino que forma parte del salario del trabajador". Se rechaza por el fondo la acción.

08848-20. APLICACIÓN DE LA LEY DE INCENTIVOS MÉDICOS PARA SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO.

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 23 de la Ley No. 6836, Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas del 22 de diciembre de 1982, reformado por Ley No. 8423 de 07 de octubre de 2004. Se rechaza por el fondo la acción. La Magistrada Garro Vargas salva el voto.

002908-20. LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO O, EN SU DEFECTO, EL REBAJO SALARIAL O CUALQUIER TIPO DE SANCIÓN, SOLO SERÁ PROCEDENTE A PARTIR DE LA DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA.

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 379 del Código de Trabajo. Esta "Sala ya se había pronunciado respecto agravios similares a los formulados en este proceso de constitucionalidad", en los que se alegaba que esa disposición normativa era omisa por no mencionar que el rebajo salarial debía operar de forma retroactiva desde el inicio del movimiento de huelga, una vez que se contaba con la declaratoria de ilegalidad en firme". El criterio de este Tribunal fue que "la respectiva regulación legal, referente a la suspensión o no del pago del salario a los trabajadores que estaban participando en un movimiento de huelga, o bien, su eventual cobro retroactivo una vez declarada su ilegalidad, era un tema de libertad de configuración normativa del legislador. Se rechaza por el fondo la acción.

000799-20. TRASLADOS HORIZONTALES EN REESTRUCTURACIÓN DE JAPDEVA.

Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Transformación de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica de Costa Rica (JAPDEA) y Protección de sus Personas Trabajadoras. No. 9764. La "Sala no considera que la norma impugnada resulte inconstitucional, pues tiene fundamento en las potestades con las que cuenta la Administración dentro de un proceso de reestructuración y que, en el caso concreto de JAPDEVA, busca garantizar su funcionamiento ante los problemas financieros que atraviesa, y que ponen en serio riesgo su continuidad, según se denota del voto número 2019-18505. Por otra parte, el Tribunal tampoco estima que el artículo cuestionado conlleve al despido de los trabajadores sin justa causa y sin garantía del debido proceso, pues los ceses que se hagan, deben respetar las reglas que la propia Sala fijó en la sentencia 2019-18505".

011166-20. LEY QUE TRANSFORMA JAPDEVA (RÉGIMEN DE PREJUBILACIÓN Y REINSERCIÓN LABORAL).

Norma impugnada: Artículos 8 incisos a) y d) y 9 de la Ley No. 9764. Transforma la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica de Costa Rica (JAPDEVA). Se rechaza por el fondo la acción. No existe "un mandato constitucional expreso o implícito que defina la existencia de un supuesto derecho al plazo de 18 meses para cumplir con el requisito de edad exigido por el legislador para acogerse al régimen de prejubilación. Por el contrario, el requisito establecido por el legislador en el artículo 8, inciso a), de la Ley n° 9764, respecto a "Tener cincuenta y cinco años de edad o más al momento de la entrada en vigencia de la presente ley", constituye un aspecto de conveniencia y oportunidad, donde el legislador puede ejercer su libre discrecionalidad dentro del marco que establece el Derecho de la Constitución, conforme al artículo 121, inciso 1), de la Carta Magna".

019817-20. LA COMUNICACIÓN DE UN NOMBRAMIENTO INTERINO, POR TELEGRAMA, NO CREA A FAVOR DEL FUNCIONARIO, DERECHOS SUBJETIVOS COMO PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDA REALIZAR UNA SEGUNDA COMUNICACIÓN, REVOCANDO LA ANTERIOR.

019395-20. SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN LOS REBAJOS DE SALARIO POR SUMAS GIRADAS DE MÁS A FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

017611-20. DESPIDO POR ENCONTRARSE EN ESTADO DE INSOLVENCIA.

Norma impugnada: Artículos 12 y 26 inciso 9) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No. 7333 de

05 de mayo de 1993. Parte dispositiva: Se declara parcialmente con lugar la acción por violación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. En consecuencia, se declara inconstitucional la frase "o insolvencia" contenida en el inciso 9 del artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la ley anulada, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. En cuanto a la acusada transgresión del numeral 12 del mismo cuerpo normativo se declara inadmisible la acción.

016658-20. SUSPENSIÓN DE CESANTÍA A JUBILADOS, EN CASO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.
Norma impugnada: Artículo 685 del Código de Trabajo. Parte dispositiva: Se declara sin lugar la acción, siempre y cuando se interprete el párrafo segundo del artículo 685 del Código de Trabajo en el sentido, que iniciado el procedimiento disciplinario y hasta antes de la notificación del traslado de cargos, al funcionario no se le puede suspender el pago de su cesantía, con la finalidad de acogerse a su jubilación. Asimismo, resulta constitucional que, una vez notificado el referido traslado de cargos, al servidor público se le suspenda el pago de cesantía, únicamente en aquellos procedimientos disciplinarios pendientes que puedan conllevar el despido, no así en aquellos procedimientos que acarreen una consecuencia menor al mismo".

011264-20. ANTE UN CASO, EN DONDE SE NEGÓ UN RECURSO EN UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, PORQUE ESTABA FIRMADO DIGITALMENTE, SE INDICA QUE LA AUTORIDAD NO PUEDE DESCONOCER LA FIRMA DIGITAL ASOCIADA A UN DOCUMENTO ELECTRÓNICO, QUE TIENE EL MISMO VALOR Y LA EFICACIA PROBATORIO DE SU EQUIVALENTE FIRMADO EN MANUSCRITO, SE DEBE TENER AÚN MÁS PRESENTE, ANTE LA PANDEMIA DE COVID-19, QUE EXIGE POTENCIAR EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS.

003408-20. SE OBLIGA A CONTAR CON UN ACTO FINAL EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS, PREVIO ACUDIR A LA VÍA JUDICIAL.
Norma impugnada: Jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, en relación al artículo 540 del Código de Trabajo. Parte dispositiva: Se rechaza de plano la acción.

023901-20. SE REITERA QUE EL ATRASO EN EL PAGO DE LAS PRESTACIONES A UN FUNCIONARIO PÚBLICO, ES VIOLATORIO DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES, ADEMÁS QUE, MENOSCABA LA DIGNIDAD DEL FUNCIONARIO Y DE SU FAMILIA.

021919-20. SE DECLARA CON LUGAR RECURSO CONTRA LA CCSS, POR NEGAR EL ASEGURAMIENTO A UNA PAREJA, POR NO TENER TRES AÑOS DE CONVIVENCIA DE HECHO.
Se cita el voto 012758-19.

022779-20. SOBRE LAS INCAPACIDADES EN EL RÉGIMEN DE SEGURO VOLUNTARIO.

022802-20. SOBRE EL PAGO DEL SUBSIDIO DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A MUJERES ASEGURADAS QUE HAN ESTADO MOROSAS EN EL PAGO DEL SEGURO SOCIAL.

012322-20. CONSULTA JUDICIAL FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD FORMULADA POR LA SALA SEGUNDA.
Norma impugnada: Articulo 8 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS, frase "el estado de invalidez se origine en fecha posterior a la de ingreso a este seguro". Parte dispositiva: Acumúlese esta consulta a la que bajo expediente número 20-010033-0007-CO se tramita ante esta Sala.

SECCIÓN IV

REFERENCIAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA SOBRE ASUNTOS RELACIONADOS CON EL TEMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Volver al índice

REFERENCIAS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA SOBRE ASUNTOS RELACIONADOS CON EL TEMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA*

Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General de la República no son vinculantes para la Sala Segunda en su función jurisdiccional. La Ley Orgánica de la Procuraduría N° 6815 establece en su artículo 2°: *"DICTÁMENES: Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública."*

C-479-2020.

MUNICIPALIDAD DE DESAMPARADOS. LEY DE FORTALECIMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR PROHIBICIÓN. TEORÍA DEL ESTADO. PATRONO ÚNICO. INADMISIBLE. CASO CONCRETO.

El Alcalde de la Municipalidad de Desamparados nos planteó una consulta relacionada con los cambios en la compensación económica por prohibición operados con la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, n.° 9635 de 3 de diciembre del 2018.

Esta Procuraduría, en su dictamen C-479-2020 del 17 de diciembre del 2020, suscrito por Julio César Mesén Montoya, Procurador de Hacienda, y Mariela Villavicencio Suárez, abogada de Procuraduría, indicó que la consulta pretende que definamos, según la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, cuál es el porcentaje de compensación económica por prohibición al ejercicio liberal de la profesión que le corresponde a un funcionario específico que ingresó a trabajar a la auditoría de la Municipalidad de Desamparados. En consecuencia, la gestión resulta inadmisible por versar en un caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, y como parte de los elementos de juicio que puede tomar en cuenta el consultante para adoptar la decisión que corresponda, hicimos referencia a varios pronunciamientos relacionados con la consulta que se nos formuló.

[…]
Sin perjuicio de lo anterior, y como parte de los elementos de juicio que puede tomar en cuenta el consultante para adoptar la decisión que corresponda, debemos indicar que esta Procuraduría se ha pronunciado sobre temas relacionados con la consulta que se nos formula.

Así, en el dictamen C-173-2020 del 11 de mayo de 2020, indicamos que la teoría del Estado como patrono único está dirigida a propiciar que los trabajadores que se trasladan de una institución del Estado a otra mantengan los derechos que se reconocen en todo el sector público. Esa teoría parte de la tesis, según la cual, cualquiera que sea la institución pública a la que se sirva, se labora para un mismo patrono, que es el Estado. Además, pueden consultarse, entre otros, los dictámenes C-152-2006 del 20 de abril del 2006, C-358-2006 del 8 de setiembre del 2006, C-017-2019 del 23 de enero del 2019.

Luego, en nuestro dictamen C-377-2020 del 24 de julio del 2020 en un tema relacionado con el porcentaje de compensación económica aplicable a una persona que antes de la entrada en vigencia de la ley n.° 9635 ocupaba un puesto interino afecto a la prohibición, y posteriormente fue nombrado en un puesto en propiedad, señalamos lo siguiente:

> *"El artículo 10 del Reglamento al Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas señala que los cambios en el porcentaje*

* Fuente: Sistema Costarricense de Información Jurídica: http://www.pgrweb.go.cr/scij

de compensación económica por prohibición originados en la entrada en vigencia de la ley n.° 9635 no son aplicables a los servidores que antes de la entrada en vigencia de esa ley estuvieran sujetos a algún régimen de prohibición, siempre que haya habido continuidad laboral. El texto de esa norma es el siguiente:

> ***"Artículo 10.- Servidores sujetos al régimen de prohibición previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 9635.*** *Los porcentajes señalados en el artículo 36 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Ley N°2166, de 9 de octubre de 1957, así como aquellos señalados en las reformas legales a los regímenes de prohibición del artículo 57 de esa misma ley, no resultan aplicables a: (Así reformado el párrafo anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 42163 del 20 de enero del 2020)*
>
> *a) Los servidores que previo a la publicación de la Ley N° 9635 se encontraban sujetos a algún régimen de prohibición y mantengan la misma condición académica.*
>
> *b) Los servidores sujetos al régimen de prohibición, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N°9635, de 3 de diciembre de 2018, en razón de los incisos b), c) y d) del artículo 1° de la Ley de Compensación por pago de Prohibición, Ley N°5867, del 15 diciembre de 1975, que procedan a modificar dicha condición con referencia a Bachillerato, Licenciatura o superior. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 1° del decreto ejecutivo N° 42163 del 20 de enero del 2020)*
>
> *c) Aquellos movimientos de personal a través de las figuras de ascenso, descenso, traslado, permuta o reubicación, sea en la misma organización en la que se labora o entre instituciones, órganos y empresas del Estado indicadas en el artículo 26 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, N°2166 de 9 de octubre de 1957, siempre que el servidor se hubiese encontrado sujeto a algún régimen de prohibición, previo a la publicación de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley N°9635, de 3 de diciembre de 2018 y siempre que exista continuidad laboral. (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 2° del decreto ejecutivo N° 42163 del 20 de enero del 2020)". (El subrayado no es del original).*
>
> *Nótese que el inciso a) de la disposición transcrita no distingue entre funcionarios interinos y funcionarios en propiedad. Por ello, a un servidor interino que estaba sujeto a algún régimen de prohibición, y que luego es nombrado en un puesto en propiedad, también sujeto a prohibición, no le son aplicables los porcentajes de compensación económica dispuestos en el artículo 36 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, siempre que haya existido continuidad"*

Asimismo, en el dictamen C-292-2020 del 22 de julio del 2020 –al cual alude el criterio legal que se adjunta– sostuvimos que para determinar el porcentaje de compensación económica por prohibición que podría corresponderle a un funcionario que prestó servicios en una institución del sector público, y luego se trasladó a otra, debe conocerse si ese funcionario se encontraba sujeto a algún régimen de prohibición en la institución de origen. Las conclusiones a las que arribó dicho dictamen fueron las siguientes:

> *"1.- Para determinar el porcentaje de compensación económica por prohibición que podría corresponderle a un funcionario que prestó servicios en una institución del sector público y que luego se trasladó inmediatamente a laborar a una Municipalidad, es necesario precisar si esa persona se*

encontraba sujeta a algún régimen de prohibición en su puesto de origen, ya que los nuevos porcentajes de prohibición definidos en el artículo 36 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, reformada por la ley n.° 9635 citada, en relación con lo establecido en los artículos 9 y 10 del decreto ejecutivo n.° 41564 MIDEPLAN-H, no son aplicables a los funcionarios que estuvieron sujetos a algún régimen de prohibición antes del 4 de diciembre del 2018 y mantienen la continuidad en el servicio.

2.- En los casos de traslados entre instituciones públicas, la continuidad en el pago de la compensación económica por prohibición solo aplica si el puesto de destino está afecto a la prohibición para el ejercicio liberal de la profesión.

3.- De conformidad con el artículo 56 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, los cambios dispuestos en esa ley con respecto a los incentivos, las compensaciones, los topes o las anualidades, son aplicables a futuro y no de forma retroactiva en perjuicio del funcionario o sus derechos patrimoniales adquiridos. En la misma línea, el Transitorio XXV de la ley n.° 9635 dispone que el salario total de los servidores que se encuentren activos en las instituciones contempladas en el artículo 26 de la Ley de Salarios de la Administración Pública a la entrada en vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten. Tales disposiciones son de acatamiento obligatorio para las instituciones cubiertas por la Ley de Salarios de la Administración Pública, instituciones dentro de las cuales se encuentran las Municipalidades."

Finalmente, debemos indicar que en nuestro dictamen C-051-2020 del 14 de febrero del 2020 indicamos que el plazo máximo que podría mediar entre el final de un nombramiento y el inicio de otro, o entre el cese de un nombramiento y su prórroga, para considerar que una relación de empleo público tiene carácter continuo, es el de un mes al que se refiere el artículo 1°, inciso m), del Reglamento al Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas.

C-475-2020

CONSULTA JAPDEVA. REORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA, FINANCIERA Y OPERATIVA PARA ASEGURAR SU EQUILIBRIO FINANCIERO, SU SOSTENIBILIDAD Y EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBJETIVOS. ANÁLISIS LEY 9764 "TRANSFORMA LA JUNTA DE ADMINISTRACIÓN PORTUARIA Y DE DESARROLLO ECONÓMICO DE LA VERTIENTE ATLÁNTICA DE COSTA RICA (JAPDEVA)" Y SU TRANSITORIO II. FUERO SINDICAL, PERSONAS INCAPACITADAS, PREAVISO, TRASLADOS HORIZONTALES QUE SE DEN DENTRO DEL MARCO DE LA LEY 9764.

Por medio del oficio N° PEL-592-2019 de fecha 19 de noviembre del 2019, la señora Andrea Centeno Rodríguez, Presidenta Ejecutiva de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica, solicita el criterio de la Procuraduría General, en orden a las siguientes interrogantes:

*"**1. ACUERDO CUATRO:***
La Presidencia Ejecutiva consultará a la Procuraduría General de la República si el fuero sindical aplica a las personas contempladas en el artículo 116 de la Convención Colectiva teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 115 de la misma. De ser así, si los dirigentes sindicales y las personas contempladas en esos artículos decidan no acogerse a las opciones que da la Ley #9764 dentro del plazo del mes que contempla esta ley podrían hacerlo fuera del plazo que da la ley 9764 en el Transitorio II.

***2. ACUERDO CINCO:** La Presidencia Ejecutiva consultará a la Procuraduría General de la Republica ¿si las personas que se encuentran con una*

Volver al índice

incapacidad, pueden, en razón de su situación, acogerse a los beneficios de la Ley 9764 fuera del plazo del mes que otorga el Transitorio II de dicha Ley?

***3. ACUERDO SEIS:** La Presidencia Ejecutiva consultará a la Procuraduría General de la República y a MIDEPLAN si en el marco de la aplicación la (sic) ley #9764 la Administración debe pagar los extremos por preaviso.*

***4. ACUERDO SIETE:** La Presidencia Ejecutiva consultará a la Procuraduría General de la República y a MIDEPLAN si en el caso de los traslados horizontales que se den dentro del marco de la Ley #9764 debe indemnizarse o compensarse el cambio de remuneración debido a un posible ius variandi".*

Mediante el dictamen C-475-2020 del 14 de diciembre del 2020, suscrito por la Licda. Yansi Arias Valverde, Procuradora Adjunta, y la Licda. Engie Vargas Calderón, Abogada de Procuraduría, se concluyó:

"1.- En el caso de las personas protegidas por un fuero sindical, el plazo del mes para la elección del traslado, cese -con indemnización o incentivos- o prejubilación no podría ser ampliado ni podrían los trabajadores bajo estas condiciones acogerse a una de estas modalidades fuera de dicho plazo. En consecuencia, JAPDEVA debe iniciar la ejecución del cese del personal necesario para llegar a su punto de equilibrio financiero, tal y como lo regula el citado Transitorio II. Ello, al tratarse de un plazo taxativamente delimitado en la norma, en la intención del legislador y en lo dispuesto por la Sala Constitucional.

2.- Sin embargo, en este supuesto específico debe señalarse que no podrá despedirse forzosamente a aquellos trabajadores que gocen de fuero especial sindical, sin seguirse los procedimientos establecidos en la legislación, ni irrespetarse las medidas cautelares o resoluciones que los tribunales de justicia emitan con ocasión de casos sometidos a su conocimiento, tal y como lo dispuso la Sala Constitucional en la resolución citada en este dictamen.

3.- El plazo de un mes para la selección del traslado, cese -con indemnización o incentivos- o prejubilación, fue establecido para todos los trabajadores, sin diferenciación alguna, y siendo que en el caso de las incapacidades subsiste el nexo jurídico laboral entre las partes, es criterio de esta Procuraduría que el plazo de un mes no podría ser ampliado a aquellas personas que se encuentren incapacitadas, máxime tomando en cuenta la urgencia de la implementación de la reorganización administrativa, financiera y operativa para asegurar el equilibrio financiero de JAPDEVA y el desconocimiento del plazo que podría perdurar una incapacidad.

4.- En el caso de los supuestos regulados en los artículos 3, 4 y 8 de la Ley N° 9764, los mismos corresponden a una manifestación de voluntad del trabajador y en consecuencia no resulta procedente el pago de preaviso, en virtud de que en el traslado no hay una terminación de la relación laboral, y en el cese -con indemnización o incentivos- y la prejubilación es una decisión voluntaria del trabajador, dentro de las opciones otorgadas.

5.- El preaviso se caracteriza porque debe ser satisfecho en tiempo y sólo subsidiariamente en dinero. Tómese en cuenta lo anterior al abordar el despido forzoso de un trabajador (ya sea servidor público o sometido al régimen del derecho común) que no se acogió a la movilidad horizontal, cese -con indemnización o incentivos-

y prejubilación, en los términos que dicta la Ley 9764 y respetando lo dispuesto por la Sala Constitucional en la resolución 2019-018505 de reiterada cita, considerando V.

6.- Con fundamento en las normas transcritas para atender la última interrogante, no es procedente la indemnización o compensación por el cambio de remuneración, en primer lugar porque el trabajador debe manifestar su anuencia al traslado, en segundo lugar por cuanto en la resolución deberá indicarse la clasificación del puesto que asignará la institución que recibe al trabajador, conforme a la homologación que se realice, siendo que al tratarse de una homologación lo que se busca es equiparar las disposiciones salariales y la clasificación de puestos, para evitar una afectación al trabajador y en tercer lugar porque se establece taxativamente que no se podrán solicitar requisitos adicionales a los dispuestos en el Decreto Ejecutivo 42032-MP-MIDEPLAN-H, para hacer efectivo el traslado horizontal, y en consecuencia no es posible incluir el pago de una indemnización o compensación como requisito adicional para proceder con el traslado horizontal de los trabajadores."

C-468-2020

MOVILIDAD O TRASLADO HORIZONTAL DEFINITIVO O TEMPORAL DE PLAZAS. DECRETO EJECUTIVO NO. 22317 DEL 1º DE JULIO DE 1993. RECONOCIMIENTO DE ANUALIDADES. LEY 9635. GUARDA RELACIÓN CON LOS PRUNUNCIAMIENTOS C-105-2018 DEL 21 DE MAYO DEL 2018, C-218-2020 DEL 10 DE JUNIO DE 2020, LA OJ-107-2020 DEL 20 DE JULIO DE 2020 Y C-396-2020 DEL 12 DE OCTUBRE DEL 2020.

Por oficio N° DH-0781-2019, fechado 2 de octubre del 2019, la señora Catalina Crespo Sancho, Defensora de los Habitantes, solicita el criterio de la Procuraduría General, en relación con las siguientes interrogantes:

"1. En el caso de funcionarios que se han trasladado desde otras instituciones públicas a la Defensoría de los Habitantes, mediante el procedimiento de movilidad horizontal en el sector público, contemplado por el Decreto Ejecutivo No. 22317-MP-MIDEPLAN del primero de julio de 1993, sírvase determinar:
¿A partir de qué momento el servidor público pasa a ser funcionario de la Defensoría de los Habitantes:

1. Desde la firma del documento tripartito (Firma del Jerarca de la Institución Pública desde la cual se traslada el funcionario; firma del funcionario público y firma de Jerarca de la DHR que funge como institución receptora o de destino).

2. Desde el momento en que el funcionario se traslada físicamente de la institución receptora a la institución de destino; o,

3. ¿Desde el momento en que el funcionario pasa, formalmente, de la planilla de Recursos Humanos de la institución de origen a la planilla de la Defensoría de los Habitantes?

En una situación de traslado horizontal, amparada por el Decreto de cita y autorizada por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP), cuando anterior a la fecha de rige del traslado, la persona se traslada a prestar servicios en la institución que recibe la plaza, en ese lapso: ¿En cuál de las dos instituciones recae la relación laboral?

2. En el caso del funcionario que se traslada a la Defensoría a través del procedimiento de traslado por movilidad en el sector público, de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 22317-MP-

MIDEPLAN del primero de julio de 1993, sírvase determinar: Si esa persona trasladada continúa recibiendo su salario completo de parte de la institución que cedió la plaza, de conformidad a cómo lo establece la normativa de la STAP, ¿tiene la institución receptora de dicha plaza alguna obligación de reconocer ajustes salariales retroactivos a la fecha de rige de la resolución de traslado de la plaza?.

3. Habiendo entrado en vigencia el Título III de la nueva Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (Ley No.9635), a partir del 04 de diciembre de 2018: ¿El cálculo del salario de la plaza trasladada a partir del 01 de enero de 2019, a la Defensoría de los Habitantes (Ley de presupuesto Ordinario y Extraordinario No.9632) se debe hacer con base en la estructura salarial de la Defensoría anterior (a la entrada en vigencia de) la Ley No. 9635 ó de acuerdo con la nueva estructura salarial de la Defensoría de los Habitantes, modificada por dicha ley (a partir del 04 de diciembre de 2018)?.

4. ¿Tiene derecho la persona ocupante de la plaza trasladada, a partir del 01 de enero de 2019, para que se le reconozca el valor de sus anualidades (prestadas con anterioridad a su ingreso a la Defensoría) de acuerdo con la estructura salarial de la Defensoría de los Habitantes vigente antes del 04 de diciembre de 2018? (Fecha de entrada en vigencia de la Ley No.9635) Es decir, para que las anualidades adquiridas previamente al 01 de enero del 2019 sean pagadas a un 3.5% (del Régimen) de la Defensoría de los Habitantes y no al 1.96% del Régimen de Servicio Civil al cual pertenecía esa plaza?

5. Tomando en consideración que a los servidores del sector público se les reconocerá, para efectos de reconocimiento del incentivo por anualidad, el tiempo de servicio prestado en otras instituciones del sector público. ¿cómo se determina, por parte de la Defensoría, la anualidad por el tiempo servido en otra institución estatal, en la que laboró de manera previa a su ingreso en la Defensoría? ¿Con base en el monto establecido por régimen laboral de esa otra institución; o, ¿por el monto que estipula el régimen propio de la Defensoría de los Habitantes?

6. En el caso concreto de un funcionario de la defensoría de los habitantes, al que se le haya reconocido el rubro de la anualidad servida en otra institución por el mismo monto de que si lo hubiera hecho en la institución, sírvase contestar lo siguiente: ¿Puede la Defensoría de los Habitantes de la República revalorizar el cálculo del incentivo de la anualidad en relación al reconocimiento de los años previos servidos por el funcionario en otra institución del Estado?"

Mediante el dictamen C-468-2020 del 04 de diciembre del 2020, suscrito por la Licda. Yansi Arias Valverde, Procuradora Adjunta, se concluyó:

"1.- El traslado horizontal definitivo obedece a un tipo de "reubicación definitiva de plazas a nivel interinstitucional de todo el Sector Público -central y descentralizado-", con el que se pretende fomentar la movilidad de plazas, tanto vacantes, como ocupadas, entre los Ministerios, Instituciones y Empresas Públicas cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria.

2.- En consecuencia, es requisito sine qua non, para acudir al procedimiento establecido en el Decreto Ejecutivo No. 22317 del 1º de julio de 1993, denominado "Movilidad Horizontal en Ministerios,

Volver al índice

Instituciones y Empresas Públicas, el cual ha sido desarrollado por la Circular STAP-880-94 de la Secretaría de la Autoridad Presupuestaria, que el traslado horizontal involucre alguna entidad bajo la tutela de la Autoridad Presupuestaria.

3.- En atención al primer cuestionamiento un servidor que se acoge a la movilidad o traslado horizontal definitivo pasa a ser funcionario de la institución receptora –en este caso la Defensoría de los Habitantes-, a partir del momento en que la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria emite el acto administrativo de autorización del traslado de la plaza con la respectiva fecha de rige y notificación a las partes interesadas –eficacia del acto. Traslado que desde luego debe ser consensuado entre los Jerarcas de la Institución que cede y recibe la plaza, cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, así como, previamente consentido por el servidor.

4.- Ahora bien, cuando anterior a la fecha de rige del traslado autorizado por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, la persona se traslada a prestar servicios en la institución que recibe la plaza, en ese lapso a nuestro criterio se estaría frente a un traslado temporal y conforme lo hemos reconocido no existiría un movimiento presupuestario de la plaza, siendo que el funcionario estaría prestando sus servicios en otra dependencia administrativa distinta en la que está nombrado. Por lo tanto, la relación laboral recae en la institución donde se encuentra oficialmente nombrado el colaborador, toda vez que no se ha dado un traspaso definitivo de la plaza.

5.- En cuanto al tema estrictamente salarial y sus respectivos ajustes –interrogantes 2 y 3-, se deben respetar la legislación vigente, en atención a la fecha de rige del traslado horizontal definitivo de la plaza que ocupa el funcionario, situación que debe definir esa Defensoría y no esta Procuraduría.

6.- Las anualidades que acumula el funcionario trasladado deben serle reconocidas utilizando la metodología de cálculo del régimen salarial de la Defensoría de los Habitantes y aplicar la nueva fórmula de cálculo que para este plus salarial introduce la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, a futuro, siempre y cuando el traslado autorizado por la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, se haya concretado de forma previa a la entrada en vigencia de la Ley 9635; es decir, antes del 4 de diciembre del 2018.

7.- En orden a los dos últimos cuestionamientos, de su análisis se evidencia que no se trata de dudas propiamente jurídicas, por el contrario, obedecen a temas meramente de gestión y cálculo que deben ser atendidos a nivel interno por esa Defensoría. Incluso, en la interrogante número seis se expone un caso concreto de un funcionario de esa Defensoría (omitiendo obviamente su nombre), y se invita a esta Procuraduría a pronunciarse sobre actuaciones ya materializadas, lo cual resulta improcedente por esta vía.

8.- Tómese en cuenta lo ya definido por esta Procuraduría en el dictamen C-396-2020 citado, en el sentido de que "las anualidades ya recibidas previo a la entrada en vigencia de la Ley No. 9635, se conservarán y mantendrán en el tiempo como montos nominales fijos, según la conversión ordenada por Ley - ordinales 50, 56, 57 inciso l) de la citada Ley de Salarios y Transitorios XXV y XXXI de la Ley No. 9635 y 14 del Reglamento a su Título III-. Lo

cual resulta acorde con lo sostenido recientemente en el dictamen C-153-2020, de 24 de abril de 2020, según el cual: "la no revalorización de los incentivos ya reconocidos, alude a la invariabilidad tanto del monto nominal fijo en el que se convierten las anualidades percibidas anteriormente al 4 de diciembre de 2018 –entrada en vigencia de la Ley No. 9635-, como al de las que se adquieran con posterioridad a aquella fecha, que también serán calculadas como un monto nominal fijo, según lo ordena la Ley" esto último, según art. 50 de la Ley de Salarios-."

C-457-2020

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. RECONOCIMIENTO EN VÍA ADMINISTRATIVA DE INTERESES E INDEXACIÓN. DIFERENCIAS SALARIALES. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

El Tribunal Supremo de Elecciones nos comunicó lo acordado en el artículo cuarto de su sesión ordinaria n.° 104-2019, celebrada el 31 de octubre del 2019. En dicho acuerdo se dispuso consultar a esta Procuraduría sobre la procedencia de reconocer, en sede administrativa, el pago de intereses e indexación sobre diferencias salariales adeudadas por la Administración.

Esta Procuraduría, en su dictamen C-457-2020 del 18 de noviembre del 2020, suscrito por Julio César Mesén Montoya, Procurador de Hacienda, señaló que en virtud del principio de responsabilidad administrativa y en aplicación directa de las disposiciones constitucionales en las que se fundamenta, el Estado está habilitado para reconocer, en vía administrativa, el pago de intereses e indexación sobre las sumas adeudadas a sus servidores, sin que para ello sea necesario que exista una norma que así lo disponga expresamente pues, en definitiva, tanto el pago de intereses, como la indexación, son formas de resarcimiento que contribuyen a concretar la reparación integral del daño a la que está obligada la Administración.

C-430-2020

FUNCIONES VICEALCALDES Y SU RETRIBUCIÓN CUANDO SUPLEN AL ALCALDE.

Por oficio No. AMAV-1211-10-2020, de 28 de octubre último, el Alcalde de Alvarado nos consulta algunos aspectos acerca de las remuneraciones de los vicealcaldes cuando suplen al titular de la alcaldía. En concreto pregunta:

"Es posible cancelar a los Vicealcaldes la diferencia del salario cuando suplió al titular de la Alcaldía Municipal, por vacaciones, cuando no hayan sido reconocidas en periodos de elección popular anterior.

Aplica los pagos de manera retroactiva de un periodo a otro sabiendo que no hay continuidad laboral, más si estamos ante una reelección, y cuál sería la prescripción aplicable para el reconocimiento de dichas sumas."

Con la aprobación del Procurador General de la República, luego de un exhaustivo análisis, mediante dictamen C-430-2020 de 2 de noviembre de 2020, el Procurador Adjunto Luis Guillermo Bonilla Herrera del Área de la Función Pública, conforme a una consistente línea jurisprudencial administrativa, por demás vinculante (arts. 2 y 3 inciso b) de la Ley Nº 6815), reafirma y concluye que:

"Que en el momento que el Vicealcalde Primero o el Vicealcalde Segundo, asuman el cargo de Alcalde, temporal o permanente, ejercen plenamente las competencias y responsabilidades del cargo de Alcalde, así lo dispone el artículo 20 del Código Municipal, consecuentemente, en razón de esas funciones, la Municipalidad debe retribuir económicamente al funcionario que ocupe el cargo con el pago del "salario" igual al del Alcalde.

Cualquier pago por concepto de diferencias salariales será procedente, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de prescripción anual

estipulado en el entonces artículo 602 del Código de Trabajo, hoy ordinal 413 por la Reforma Procesal Laboral –Ley No.9343-.

A falta de un criterio de un criterio jurídico profundo y detallado del respectivo departamento o asesor legal, en relación con la totalidad de los temas concernidos puntualmente en la consulta, la presente gestión resulta parcialmente inadmisible, al menos en lo que respecta a las demás interrogantes formuladas."

C-424-2020

DIFERENCIA ENTRE JORNADA Y HORARIO. CAMBIO DE HORARIO. CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD CONSULTAS DE AUDITORES. INADMISIBILIDAD DE CONSULTA.

Por oficio No. MT-AI-014-2020, de fecha 03 de julio de 2020, cuya atención nos fue reasignada el 22 de octubre recién pasado, la Auditoría Interna de la Municipalidad de Turrubares formula la siguiente pregunta:

¿Puede el alcalde Municipal, modificar el horario de trabajo de los nuevos funcionarios, sin que antes se haya modificado y publicado en La Gaceta, el artículo del Reglamento Autónomo de Organización y Servicios de la Municipalidad que regula el horario de trabajo en dicha institución?

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-424-2020, de 29 de octubre de 2020, el Procurador Adjunto Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, concluye:

"Por las razones expuestas deviene inadmisible su gestión, y por ende, se deniega su trámite y se archiva."

[…]
No obstante, tomando en cuenta que se nos indica expresamente que dicha Auditoría no cuenta con Asesoría Jurídica y reconociendo el innegable interés de su promotor en obtener criterios jurídicos que le permitan esclarecer, de algún modo, las dudas que formula, con el único afán de orientarlo en la búsqueda de respuestas a esas interrogantes, a sabiendas de que existe abundante jurisprudencia administrativa referida a ellas, reseñamos lo siguiente:

Partiendo de la innegable **diferencia existente entre los conceptos de "jornada laboral"[2], y** el de **«horario de trabajo»**[3], hemos admitido que éste último puede ser válidamente modificado en la medida que sea necesario para una mejor prestación del servicio público; necesidad que debe ser debidamente acreditada y fundamentada. De modo que no es posible afirmar que exista un derecho adquirido que torne invariable el horario de trabajo en el empleo público **(Dictamen C-202-2003 de 27 de junio de 2003. En sentido similar los dictámenes C-146-2009 de 26 de mayo de 2009 y C-297-2015 de 3 de noviembre de 2015)**. De modo que en esas condiciones y sin necesidad de modificar el Reglamento autónomos de servicio que regule la materia, hemos admitido que ciertas autoridades administrativas, con funciones inherentes a la condición de administradores generales y/o jefes de dependencias, en obligada coordinación con autoridades superiores, podrán establecer diferentes horarios en los cuales deberá cumplirse la jornada, según sea necesario para una mejor prestación del servicio público encomendado **(Dictamen C-122-2018, de 31 de mayo de 2018. En sentido similar, los dictámenes C-201-2018, de 21 de agosto de 2018 y C-265-2017, de 14 de noviembre de 2017; este último dirigido a esa municipalidad)**.

Por lo expuesto, deviene improcedente entrar a conocer por el fondo su gestión. Se deniega su trámite y se archiva.

Por último, le recordamos que las normas jurídicas aplicables y nuestros dictámenes y pronunciamientos, pueden ser consultados en nuestra página web: **http://www.pgrweb.go.cr/scij/**

Conclusión:

Por las razones expuestas deviene inadmisible su gestión, y por ende, se deniega su trámite y se archiva.

Volver al índice

C-416-2020

PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. MATRIMONIO ENTRE VARONES. HOMOPARENTALIDAD. DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. POSICIÓN CORTE INTERAMERICANA. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO. TRÁMITE REGISTRAL. IMPOSIBILIDAD DE RENUNCIA ANTICIPADA A LA FILIACIÓN MATERNA. FILIACIÓN NATURAL. FILIACIÓN ADOPTIVA.

El Dr. Luis Antonio Sobrado González, Magistrado Presidente del Tribunal Supremo de Elecciones solicita nuestro criterio sobre lo siguiente:

> *"¿Es posible aplicar la presunción de filiación señalada en el artículo 69 del Código de Familia a las uniones matrimoniales conformadas por dos hombres?"*

Mediante dictamen C-416-2020 del 27 de octubre 2020, suscrito por la Procuradora Silvia Patiño Cruz, se concluyó lo siguiente:

a) A partir de la opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado no puede interpretar de manera restrictiva el concepto de familia, debiendo reconocer aquella conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual;

b) Por requerimiento de la Corte IDH, para asegurar los derechos derivados del vínculo entre parejas del mismo sexo, deben extenderse las instituciones jurídicas existentes para las parejas heterosexuales a las parejas compuestas por personas del mismo sexo, incluyendo el matrimonio y los derechos derivados de éste;

c) La presunción de paternidad reconocida en el artículo 69 del Código de Familia, obliga a las autoridades registrales a reconocer que las personas en matrimonio son los padres del menor que ha nacido, salvo que en vía judicial se demuestre lo contrario. Sin embargo, nuestro Código de Familia contempla sólo dos vías de filiación: la natural y la adoptiva;

d) A partir de lo dispuesto en los numerales 43, 44, 49, ,50 y 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y del Registro Civil, la inscripción de nacimiento es un acto que se realiza en una oficina del Registro Civil en un momento posterior a la declaración de nacimiento, en la cual debe consignarse obligatoriamente el nombre de ambos padres o al menos de la madre biológica que siempre es cierta;

e) Por lo anterior, los varones homosexuales que están en una relación de matrimonio y no son padres biológicos, sólo pueden acogerse, por principio, al modelo de filiación adoptiva, al igual que ocurre con aquellas personas heterosexuales en matrimonio que no tienen vínculo biológico con un menor que desean reconocer como hijo o hija;

f) La presunción de paternidad dispuesta en el artículo 69 del Código de Familia, no puede extenderse al modelo de familia homoparental formado por dos varones, pues no existe autorización legal para que una mujer (madre biológica) renuncie de antemano a su filiación materna a favor de un tercero, ni tampoco se ha autorizado la maternidad subrogada;

g) Consecuentemente, corresponde al legislador emitir cualquier normativa adicional que pretenda facilitar los procesos de inscripción de nacimiento de los hijos e hijas de estas parejas, para atender esta nueva realidad jurídica derivada del reconocimiento de su matrimonio. Ello, debido a que las figuras legales existentes en sede registral no pueden ser extendidas al caso consultado.

C-414-2020

PAGO DE CESANTÍA E IMPEDIMENTO RELATIVO DE INGRESO A PUESTOS REMUNERADOS; ART. 686 DEL CÓDIGO DE TRABAJO VIGENTE –ART. 586 INCISO B) ANTERIOR A LA REFORMA PROCESAL LABORAL-.

DIPUTADOS SIN DERECHO A ANUALIDADES. RECONOCIMIENTO DE ANUALIDADES A QUIENES HAN DEJADO DE SER DIPUTADOS Y POSTERIORMENTE REINGRESAN A OCUPAR OTRO PUESTO EN EL SECTOR PÚBLICO.

Por oficio N° PRE-CRBJ-284-2019, de fecha 31 de julio del 2019, el entonces Presidente de la Asamblea Legislativa nos hace llegar una serie de dudas que surgen del contenido de nuestro dictamen C-158-2019 de 7 de junio de 2019; esto a fin de que diversas instancias administrativas de la Asamblea Legislativa –*Asesoría Legal y Recursos Humanos*- comprendan los alcances de dicho criterio vinculante.

En concreto se consulta:

a. Si no se permite la cancelación inmediata del auxilio de cesantía a aquellos servidores que tienen derecho a recibir prestaciones, al terminar su relación laboral con el Estado, y que seguidamente inicien funciones como diputados popularmente electos ¿cuándo se deben cancelar dichos extremos?

b. Si la cancelación se debe realizar hasta la finalización de su período como representantes populares, en razón del principio de continuidad en el Estado que valida dicho dictamen ¿se deben contemplar los cuatro años servidos como diputados para el cálculo correspondiente?

c. Si se contemplan los cuatro años servidos como diputados, ¿se debe entender esto como parte de una relación laboral? De ser así, ¿a quiénes se les pagaría? ¿Sólo a aquellas personas que han sido servidores públicos, en razón del principio de continuidad o a todas las personas que sean elegidas durante esos cuatro años como diputados?

d. Si en razón del principio de continuidad sólo se puede cancelar a quienes han tenido una relación de servicio previa con el Estado, ¿no podría considerarse esto una discriminación odiosa para quienes no han tenido una relación laboral, pero han servido durante cuatro años como representantes populares?

e. ¿ Se realizarían dichos cálculos con base en los ingresos obtenidos como diputados (asignaciones y gastos de representación) durante los últimos seis meses, de acuerdo con el inciso b) del artículo 30 del Código de Trabajo, que dispone que este extremo resulta del cálculo del promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses de servicio?

f. Si no procede contabilizar dicho período, por contravenir lo dispuesto en el artículo 683 del Código de Trabajo, sino únicamente lo relativo al lapso en que se desempeñó como empleado público, y su pago se pospone hasta la finalización de su período como diputados, ¿se debe pagar dichos montos con base en un cálculo realizado sobre los últimos salarios devengados durante su relación laboral con el Estado, es decir, previa a su condición de diputados? ¿Debe dicho cálculo ser indexado para traerlos a valor presente? o ¿procede el reconocimiento de los intereses legales correspondientes?

g. Si dicho pago se pospone hasta la finalización de su período constitucional como diputados, ¿se valida el principio de continuidad resaltado en ese dictamen para efectos de contabilizar el plazo de un año dispuesto por el artículo 413 del Código de Trabajo para efectuar el reclamo correspondiente, suspendiendo la prescripción ahí establecida? En otras palabras, ¿ese plazo de un año corre a partir de la finalización de su relación constitucional de representante popular?

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-414-2020, de 22 de octubre de 2020, el Procurador Adjunto Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, conforme a una consistente línea jurisprudencial administrativa, por demás vinculante (arts. 2 y 3 inciso b) de la Ley Nº 6815), concluye y reafirma que:

> *"No existe un fundamento jurídico que autorice al Estado para pagar el auxilio de cesantía al servidor público en el supuesto consultado por la Asamblea, tal y como se le indicó*

en el dictamen C-158-2019 de 7 de junio de 2019, salvo el caso de los aportes patronales recibidos de una asociación solidarista, a los que no les aplica la obligación de reintegro a la que se refiere el artículo 586 inciso b) –hoy 686- del Código de Trabajo, por encontrarse regidos aquéllos por una ley especial, como lo es la Ley de Asociaciones Solidaristas.

Esto es así, porque el presupuesto de hecho que justificaba el pago del auxilio de cesantía desapareció al seguir ocupando un cargo remunerado en el Estado y ese hecho no se revierte con el cese de esa relación de empleo a plazo definido; máxime que, en razón de la naturaleza de la función parlamentaria y sus características, por ser cargos a plazo fijo, los diputados carecen del derecho al pago de una indemnización por el cese del cargo que desempeñan.

Quienes ocupen un cargo de elección popular para el que esté previsto un régimen de remuneración especial, no tienen derecho a percibir las anualidades a que se refiere la Ley de Salarios de la Administración Pública mientras se encuentren ejerciendo ese cargo, pero sí tienen derecho a que una vez que lo han dejado e ingresado o reingresado a ocupar otro puesto en el sector público, se les reconozca el tiempo servido en el primero de los cargos para efectos de anualidades.

Existiendo normas imperativas de orden público, bajo ninguna circunstancia una práctica anómala o costumbre administrativa contra legem puede perpetuarse y convertirse en fuente de derecho; máxime cuando existe jurisprudencia administrativa acerca de los temas concernidos, que se constituye como fuente normativa del ordenamiento (arts. 2 de nuestra Ley Orgánica y 7 de la LGAP), y como tal, es de acatamiento obligatorio y debe ser respetada por toda la Administración Pública, so pena de incurrir en eventuales responsabilidades personales los funcionarios omisos.

Por la forma en que está siendo resuelta esta consulta, por innecesario, prescindimos referirnos a cada una de las interrogantes formuladas en su consulta".

C-409-2020

CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD CONSULTAS DE LOS AUDITORES. REMUNERACIÓN ORDINARIA. REMUNERACIÓN EXTRAORDINARIA. REMUNERACIÓN TOTAL. EL LÍMITE A LAS REMUNERACIONES TOTALES APLICA SOBRE LA REMUNERACIÓN ORDINARIA DEL FUNCIONARIO, NO SOBRE LA EXTRAORDINARIA (ARTÍCULO 42 DE LA LEY N°2166 -ADICIONADO MEDIANTE EL NUMERAL 3 DEL TÍTULO III DE LA LEY N°9635-, TRANSITORIO XXXV DE LA REFERIDA LEY N°9635). RECONOCIMIENTO DE LAS HORAS EXTRAS CRITERIOS PARA SU RECONOCIMIENTO. JORNADA EXTRAORDINARIA DEBE SIEMPRE REVESTIR UN CARÁCTER EXCEPCIONAL Y TEMPORAL.

Por oficio N° MS-AI-250-2020 del 29 de junio de 2020, la señora Bernardita Irola Bonilla, Auditora Interna del Ministerio de Salud, solicita el criterio de esta Procuraduría General, en orden a la siguiente consulta:

"Solicito el pronunciamiento de su representada, respecto a si el reconocimiento de las horas extras forma parte de las remuneraciones totales que refiere tanto el artículo 42 de la Ley N°2166 "Ley de Salarios de la Administración Pública" (adicionado mediante el numeral 3 del Título III de la Ley N°9635 "Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas"), como el Transitorio XXXV de la referida Ley N°9635."

Volver al índice

La Licda. Yansi Arias Valverde, Procuradora Adjunta y la Licda. Daniela Vega Rojas, Abogada de Procuraduría, mediante el dictamen C-409-2020 de 19 de octubre del 2020, concluyeron lo siguiente:

> *"*
>
> *1. Se mantiene y reitera el criterio vertido por este órgano Asesor en las opiniones jurídicas OJ-041-2019 del 20 de mayo del 2019 y la OJ-068-2019 del 20 de junio del 2019, en cuanto a que la ley n.° 9635, ni su reglamento, indican expresamente si el límite a las remuneraciones totales aplica solo sobre el salario ordinario del servidor, o si también restringe la posibilidad del pago de jornada extraordinaria cuando dicho pago supere ese límite.*
>
> *2. En consecuencia, si un funcionario ha laborado una jornada extraordinaria, su patrono está obligado a cancelarle el salario extraordinario respectivo, aunque esa remuneración supere el límite al que se refiere el artículo 42 citado de la Ley de Salarios de la Administración Pública pues, de lo contrario, la Administración incurriría en un enriquecimiento sin causa. Ello implica que el límite a las remuneraciones totales aplica sobre la remuneración ordinaria del funcionario, no sobre la extraordinaria.*
>
> *3. Además, si el patrono público considera que la remuneración ordinaria de sus servidores, sumada a la extraordinaria, no debe superar el límite establecido en el artículo 42 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, deberá abstenerse de asignarles trabajos extraordinarios que impliquen superar dicho límite.*
>
> *4. La jornada extraordinaria debe siempre revestir un carácter excepcional y temporal, pues en caso contrario no solo se desnaturalizaría la figura, sino que constituiría además una afectación para la salud física y mental del trabajador, así como para su integración y desarrollo familiar.*
>
> *5. En caso de que las horas extras sean debidamente autorizadas por el jerarca ministerial, debe observarse a su vez el cumplimiento de la normativa conexa, que pretende el resguardo y control en el manejo de fondos públicos, tendiente a racionalizar ese tipo de erogaciones."*

C-398-2020

AJUSTE DE SALARIO MÍNIMO EN PLANILLAS. SEGURO DE RIESGOS DEL TRABAJO.

Por oficio Nº G-01570-2019, de fecha 22 de abril de 2019, el Gerente General del Instituto Nacional de Seguros solicita el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría General con relación a la viabilidad jurídica de que el instituto pueda ajustar las planillas del seguro de Riesgos del Trabajo que presentan los patronos.

En concreto se consulta:

> *"¿Existe viabilidad jurídica para que el Instituto Nacional de Seguros pueda ajustar las planillas de Riesgos del Trabajo presentadas por los patronos, al salario mínimo legal vigente, en aquellos casos en que el salario reportado por ellos resulte inferior a ese salario mínimo legal?"*

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-398-2020, de 13 de octubre de 2020, el Procurador Adjunto Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, concluye:

> *"Esta Procuraduría General concluye que, conforme a lo dispuesto por los artículos 1, párrafos 2 y 4 de la Ley No. 12; 177, 178, 179, 204, 205, 206 y 208 del Código de Trabajo, así como el art. 16 del Reglamento General de los Riesgos del Trabajo, Decreto Ejecutivo No. 13466-TSS de 24 de marzo de 1982- y 52 de la Norma Técnica del Seguro de Riesgos del Trabajo, el Instituto Nacional de Seguros puede reajustar de oficio las planillas de*

Riesgos del Trabajo al salario mínimo correspondiente, cuando lo reportado resulte inferior al vigente; esto en aras de garantizar el otorgamiento pleno de las prestaciones en dinero, médico sanitarias y de rehabilitación que debe brindar a los trabajadores, así como la solidez financiera del régimen universal y forzoso que administra."

C-380-2020.

INCIENSA. ASOCIACIONES SOLIDARISTAS. RETENCIONES SALARIALES. ARTÍCULO 174 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. ARTICULO 44 TER DE LA LEY 9859.

El Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud nos planteó una consulta relacionada con las retenciones salariales que puede realizar el patrono por créditos contraídos por el trabajador con la asociación solidarista.

Concretamente, nos consultó "*… si las Asociaciones Solidaristas, se pueden tipificar como instituciones de crédito que se rijan por los mismos principios que las cooperativas, a fin de aplicar las excepciones a las deducciones salariales, consentidas por el propio funcionario, dispuestas en el artículo 174 del Código de Trabajo y en el artículo 44 ter de la ley n.° 9859 publicada el 20 de junio del 2020, llamada "Ley contra la Usura…".*

Esta Procuraduría, en su dictamen C-380-2020, del 28 de setiembre del 2020, suscrito por Julio César Mesén Montoya, Procurador de Hacienda, arribó a las siguientes conclusiones:

1. Las Asociaciones Solidaristas sí están comprendidas dentro de las instituciones a las que hace referencia el artículo 69 inciso k, y el 174, párrafo segundo, del Código de Trabajo, por lo que las cuotas para la amortización de los créditos que otorguen a sus afiliados para la adquisición de vivienda propia podrían ser deducidas directamente por el patrono del salario de los trabajadores, respetando siempre el "…menor salario mensual establecido en el decreto de salarios mínimos…" al cual hace alusión el artículo 172, párrafo primero, del Código de Trabajo, pues esa suma no podría ser objeto de deducciones para la amortización de dichos créditos.

2. Con la entrada en vigencia de la ley n.° 9859 del 16 de junio último, conocida como "Ley contra la Usura", la cual adicionó un artículo 44 ter a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, perdió interés determinar si las asociaciones solidaristas pueden ser asimiladas a las cooperativas para los efectos del artículo 69 inciso k, y el 174, párrafo segundo, del Código de Trabajo. Lo anterior debido a que el artículo 44 ter mencionado permite que el patrono deduzca del salario del trabajador cualquier tipo de crédito, independientemente de la institución que lo otorgue y de la finalidad del préstamo, siempre que tal retención no afecte el "salario mínimo intocable", es decir, que no se deduzca suma alguna del menor salario mensual establecido en el decreto de salarios mínimos, según lo dispuesto en el artículo 172, párrafo primero, del Código de Trabajo.

C-361-2020

PRINCIPIO DE INDEMNIDAD SALARIAL DE LA LEY N0.9635, TÍTULO III; ACTO DE NOMBRAMIENTO O INVESTIDURA DEL SERVIDOR PÚBLICO; SUPLENCIA O INTERINIDAD Y EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD LABORAL; SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD; TOPES SALARIALES.

Por oficio N° SJD-0159-2019, de fecha 17 de octubre de 2019, el Presidente de la Junta Directiva del Banco de Costa Rica, con base en el acuerdo de la sesión No. 08-19, artículo XXIII, punto 2, celebrada el 18 de febrero de 2019, se requiere nuestro criterio técnico jurídico acerca de la aplicación del artículo 44 de la Ley No. 2166, Ley de Salarios de la Administración Pública, introducido por el Título III de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635.

En concreto se consulta:

1.¿Cómo aplicaría la teoría de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas en todos

Volver al índice

aquellos casos donde una plaza sale a concurso antes de la entrada en vigor de la Ley No. 9635, pero al momento del nombramiento en propiedad ya estaba en vigencia la Ley? ¿Les resultan aplicables a los oferentes nombrados los topes salariales del artículo 44 de la Ley de Salarios de la Administración Pública?

2.¿A los funcionarios que ocupaban algún puesto de manera interina, antes de la entrada en vigor de la Ley No. 9635 y son nombrados en propiedad con posterioridad a dicha ley, les aplica la teoría de los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas con respecto a la remuneración percibida, a la luz de las directrices del Poder Ejecutivo, o les resultan aplicables los topes salariales del artículo 44 de la Ley de Salarios de la Administración Pública?

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante dictamen C-361-2020, de 09 de setiembre de 2020, el Procurador Adjunto Luis Guillermo Bonilla Herrera, del Área de la Función Pública, haciendo abstracción de lo consultado y sustrayéndose de analizar y resolver los casos concretos que pudieran subyacer en las interrogantes formuladas, esta Procuraduría General concluye:

- Del artículo 56 de la Ley de Salarios de la Administración Pública vigente, y en especial del Transitorio XXV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635, puede inferirse el denominado principio de "indemnidad salarial", según el cual: el salario total de los servidores públicos que a la entrada en vigencia de esta última ley se encuentren activos en las instituciones contempladas dentro del ámbito de aplicación de su Título III –entre ellas los bancos comerciales del Estado, que son instituciones autónomas (art. 189.1 constitucional)-, no podrá ser disminuido y se les respetarán los derechos adquiridos que ostenten.

- De modo que sólo los servidores públicos ya nombrados y que percibían determinada remuneración antes de la entrada en vigencia de la ley No. 9635, no verían afectado el monto de su retribución por el tope legalmente impuesto –artículo 44 Ibíd.-. Mientras que aquellos otros que hayan sido investidos válida y eficazmente, por primera vez, con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada Ley, sus retribuciones quedarían sometidas a los topes preestablecidos.

- Antes del nombramiento y entrada de posesión en el cargo respectivo, que es lo que importa a los efectos del principio de "indemnidad salarial", un oferente en un concurso por una vacante no ha generado a su favor situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, y por tanto, no tiene derecho a invocar una supuesta inmutabilidad del ordenamiento jurídico, ni una supuesta infracción al principio de irretroactividad, a efecto de pretender que se le aplique un régimen jurídico derogado

- En el caso de funcionarios nombrados suplentes o interinos en plaza vacante con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley No. 9635, y que posteriormente fueren nombrados titulares en el mismo puesto, es factible afirmar que no verían afectado el monto de su retribución por el tope legalmente impuesto, siempre y cuando no haya existido solución de continuidad o interrupción de la continuidad en dicho puesto por el plazo de un mes calendario -artículo 1, inciso n) del Decreto Ejecutivo No. 41564-.

- Le corresponde a la Administración activa determinar, atendiendo las particularidades de cada caso concreto, si a un movimiento de personal le es aplicable o no lo dispuesto en el Transitorio XXV de la ley n.° 9635.

C-295-2020

INAMU. PERSONAS CONTRATADAS POR SERVICIOS ESPECIALES CON CONTRATOS DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA. FUNCIONARIOS REGULARES. PLAZAS FIJAS.

El Instituto Nacional de la Mujer nos planteó una consulta relacionada con la aplicación de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, n.° 9635 del 3 de diciembre del 2018, específicamente, con el tema de la compensación económica por dedicación exclusiva. Las consultas puntuales sobre las cuales se requirió nuestro criterio fueron las siguientes:

> *"1.- ¿Si una persona funcionaria que posea un contrato por servicios especiales, pasa a una plaza de cargos fijos y mantiene un contrato de dedicación exclusiva con vigencia a la promulgación de la Ley 9635, se le debe mantener o finaliza al cambiar de servicios especiales a cargos fijos?*
>
> *2.- Al pasar de servicios especiales, con contrato de dedicación exclusiva vigente, a un puesto en cargos fijos, ¿cuál debe ser el porcentaje de dedicación exclusiva que se le debe cancelar, si el dispuesto en el contrato vigente o el establecido en el artículo 35 de la Ley de Salarios de la Administración Pública?".*

Esta Procuraduría, en su dictamen C-295-2020, del 24 de julio del 2020, suscrito por el Procurador Julio César Mesén Montoya, y por Mariela Villavicencio Suárez, abogada de Procuraduría, arribó a las siguientes conclusiones:

> *1.- Los contratos por dedicación exclusiva de los funcionarios contratados por servicios especiales pueden mantener su vigencia cuando dichos funcionarios pasan a ocupar cargos regulares.*
>
> *2.- Los cambios relacionados con el porcentaje de compensación económica por dedicación exclusiva operados con la entrada en vigencia de la ley n.° 9635 no son aplicables a los servidores que al 4 de diciembre del 2018 (fecha en que entró a regir la ley n.° 9635 citada) mantenían un contrato vigente por dedicación exclusiva, siempre que exista continuidad laboral.*

C-283-2020

ACUERDOS DE CONCILIACIÓN JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES. PROCEDE CONCILIACIÓN EXTREMOS LABORALES MTSS. RELACIÓN CON LOS ART. 456, 458 Y 459 CÓDIGO TRABAJO, 2 Y 9 LEY 7727, 39 Y 43 LEY ORGÁNICA DEL MTSS.

Por medio del oficio N° OFICIO-AMBA-558-2019 de fecha 16 de octubre del 2019, suscrito por el Alcalde de la Municipalidad de Buenos Aires, señor José Bernardino Rojas Méndez, se solicitó el criterio de la Procuraduría General, en relación con las siguientes interrogantes:

> *"1. ¿Puede un Gobierno Municipal conciliar extremos laborales reclamados por empleados municipales en sede administrativa, entiéndase en este caso Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, aún y cuando en dicha instancia no exista una autoridad jurisdiccional que homologue el acuerdo de partes?"*
>
> *2. En el caso de que lo planteado anteriormente fuese posible, ¿Hay alguna limitante en razón a la cuantía por la cual se desee conciliar, ello por tratarse de recursos públicos?*

Mediante el dictamen C-283-2020 del 16 de julio del 2020, suscrito por la Licda. Yansi Arias Valverde, Procuradora Adjunta, y la Licda. Engie Vargas Calderón, Abogada de Procuraduría, se concluyó:

> *"1.- La Administración Pública se encuentra habilitada para realizar acuerdos de conciliación judiciales y extrajudiciales en el marco de una relación de empleo público, siendo*

que ambos acuerdos revisten el carácter de cosa juzgada material.

2.- En el caso de los acuerdos de conciliación que realiza el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, éstos corresponden a acuerdos extrajudiciales y en razón de ello, la normativa no exige la homologación de un juez, para reconocer su validez y eficacia, pues dicha homologación únicamente es requerida en el caso de los acuerdos de conciliación judiciales.

3.- El monto máximo que puede ser objeto de conciliación debe ser definido a lo interno de la Administración Activa, ello siempre y cuando se analice la razonabilidad y proporcionalidad de lo que se pretenda pactar en cada caso concreto y en atención al objeto de la eventual conciliación. Además, se debe tomar en cuenta el interés público, el principio de legalidad, el deber de probidad y el manejo y conservación de fondos públicos.

4.- Cada decisión que se tome en ese sentido debe estar debidamente motivada y razonada, dejando constancia de ello por escrito en el respectivo expediente que se levante al afecto, junto con la autorización pertinente del órgano competente –máximo jerarca de la municipalidad-.

5.- La Municipalidad de Buenos Aires tiene dentro de sus facultades, la de autorizar que se celebren acuerdos de conciliación extrajudiciales, sin embargo, ello se deberá acordar bajo su entera responsabilidad, de manera razonada y fundamentada, no teniendo más límite que el propio principio de legalidad al que inexorablemente está sometida la Administración Pública."

C-144-2020.

SALARIO ESCOLAR. MONTO DEBE SER TOMADO EN CUENTA PARA EL CÁLCULO DE LAS PRESTACIONES LEGALES Y SALARIO PROMEDIO DE LOS ÚLTIMOS SEIS MESES. JUBILADOS.

Por oficio AI-0506-2019, fechado 10 de octubre del 2019, la señora María Eugenia Barquero Paniagua, Auditora Interna del Ministerio de Gobernación y Policía, solicita el criterio de la Procuraduría General, en relación con la siguiente interrogante:

> *"Con la finalidad de tener claridad, sobre el tratamiento del Salario Escolar, respetuosamente se solicita el criterio técnico, en cuando si el salario escolar devengado mensualmente, corresponde o no, ser considerado para determinar el salario promedio de los últimos seis meses, utilizado para calcular las prestaciones que legalmente corresponda otorgar a las personas que se jubilan."*

Mediante el dictamen C-144-2020 del 20 de abril del 2020, suscrito por la Licda. Yansi Arias Valverde, Procuradora Adjunta, se concluyó:

> *"Por la naturaleza salarial que ostenta el denominado "salario escolar", dicho monto debe ser tomado en cuenta para el cálculo de las prestaciones legales y por ende debe ser considerado para determinar el salario promedio de los últimos seis meses, utilizado para calcular las prestaciones que legalmente corresponden otorgar a las personas que se acogen a su derecho jubilatorio."*

C-141-2020

LAS CUENTAS INDIVIDUALES DE LOS FONDOS DE CAPITALIZACIÓN LABORAL Y DE PENSIONES OBLIGATORIAS CREADOS EN LA LEY N° 7983 SON INEMBARGABLES.

Mediante memorial PEN-1709-2019 del 13 de noviembre de 2019 la Gerencia General de la Operadora de Planes de Pensiones

Complementarias del Banco Popular y de Desarrollo Comunal S.A. nos consulta:

> *¿Si ante la incongruencia normativa existente de lo establecido en el artículo 54 de la Ley de Protección al Trabajador y lo establecido en el inciso a) del artículo 30 del Código de Trabajo aplicable a los ahorros laborales por el artículo 4 de la Ley 7983, puede deducirse una antinomia jurídica y si de ser así, ésta puede resolverse con un criterio de especialidad tal y como lo plantea nuestra Dirección Jurídica, considerando una derogación tácita y por ende manteniendo el criterio de que las cuentas individuales de los ahorros laborales no pueden ser embargadas por causa de deudas administrativas?*

La Administración consultante adjunta el criterio legal por oficios DIRJ-1271-2019 del 29 de junio de 2019 y DIRJ-1726-2019 del 16 de octubre de 2019 de la Dirección Jurídica.

Con la aprobación del Procurador General de la República, mediante el dictamen C-141-2020, el Lic. Jorge Andrés Oviedo Álvarez, Procurador Adjunto, y el Lic. Robert William Ramírez Solano, Abogado Asistente, concluyen lo siguiente:

> *-. Con fundamento en lo expuesto, se concluye no existe contradicción entre lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Protección al Trabajador, N.° 7983 de 16 de febrero de 2000, y lo establecido, a su vez, en el artículo 30.a del Código de Trabajo, Ley N° 2 de 27 de agosto de 1943. Adviértase que el artículo 54 de la Ley de Protección al Trabajador que es norma especial en relación con el artículo 30.a del Código de Trabajo, ha establecido de una forma clara e inequívoca, que las cuentas individuales de los fondos de capitalización laboral y de los fondos de pensiones – excepción hecha de los ahorros voluntarios del artículo 18 -, no pueden ser embargadas tampoco en el supuesto de que se trate de la reclamación de obligaciones alimentarias.*

C-086-2020

PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO POR ACOSO U HOSTIGAMIENTO SEXUAL, LEY CONTRA HOSTIGAMIENTO O ACOSO SEXUAL EN EL EMPLEO Y LA DOCENCIA –ART. 18-, REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA EN CONTRA DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL –ART. 13-. DATOS PERSONALES DE ACCESO RESTRINGIDO Y DATOS SENSIBLES. SOLICITUDES DE INFORMACIÓN. AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y PROTECCIÓN DE DATOS POSTERIOR A LA FIRMEZA DEL PROCEDIMIENTO: RESTRICCIONES Y ALCANCES DEL MANEJO DE DATOS DE LAS PARTES QUE INTERVINIERON EN LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, A LA LUZ DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA FRENTE AL TRATAMIENTO DE SUS DATOS PERSONALES.

Por medio del oficio N° CU-475-2018 del 25 de abril de 2018, suscrito por el Doctor Rodrigo Carboni Méndez, Director, Consejo Universitario, por medio del cual comunica lo acordado en la Sesión n° 6179 del 24 de abril del 2018 y solicita el criterio técnico jurídico sobre aspectos relacionados con el Reglamento de la Universidad de Costa Rica en contra del hostigamiento sexual. Concretamente lo siguiente:

> *“En primer término, solicito que se explique en detalle los alcances del principio de confidencialidad que se establece en el artículo 18 de la Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia, y que se replica en el artículo 13 del citado Reglamento.*
>
> *Adicionalmente, es de interés del Consejo Universitario 0esclarecer (sic) los siguientes aspectos adicionales:*

a) Si el citado principio guarda vigencia una vez que el procedimiento se encuentra finalizado y firme.
b)
c) En caso de que no sea así, ¿en qué términos debe ser entendida la confidencialidad? ¿A cuál parte le resulta aplicable y a cuál no? ¿Cuáles son las razones?
c) ¿Debe considerarse la eventual sanción por conductas de acoso u hostigamiento sexual como una información sensible cuya divulgación está prohibida?
d) ¿Debe considerarse el listado de funcionarias y funcionarios universitarios sancionados en custodia de la Comisión Institucional contra el Hostigamiento Sexual como una base de datos de inscripción obligatoria en la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (PRODHAB)?
d) (sic) ¿Cómo debe tramitarse una solicitud de información de cualquier ciudadana o ciudadano, o de cualquier persona miembro de la comunidad universitaria, sobre la existencia o no de una sanción de este tipo respecto de algún funcionario o funcionaria universitaria?

Cualquier otra observación de carácter jurídico que sea adicional a la consulta formulada, y que verse sobre el tema en cuestión, será agradecida por nuestro Órgano Colegiado."

Mediante el dictamen C-086-2020 del 16 de marzo del 2020, suscrito por la Licda. Yansi Arias Valverde, Procuradora Adjunta, y la Licda. Karen Quirós Cascante, Abogada de la Procuraduría, se concluyó:

"1.- El principio de confidencialidad del procedimiento administrativo por acoso u hostigamiento sexual, y de conformidad con la Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo, la Docencia y el Reglamento de la Universidad de Costa Rica en Contra del Hostigamiento Sexual y la jurisprudencia constitucional, comprende desde la investigación y hasta la finalización del procedimiento en los niveles de acceso ya previstos por el ordenamiento, cuando este adquiere firmeza o bien, cuando se agota la vía administrativa, y estando notificadas todas las partes intervinientes. Sin embargo, la Administración debe matizar la divulgación y acceso a la información, protegiendo los datos según su titular y tipología de estos, a la luz de la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, siendo que, aunque el acceso al expediente administrativo es público, deben excluirse de la consulta pública todos aquellos datos personales de acceso restringido y datos sensibles, a tenor de la legislación vigente.
2.- La información en relación a los servidores públicos adscritos al régimen de empleo de la Universidad de Costa Rica y el ejercicio de sus funciones, incluido las sanciones impuestas por acoso sexual, tiene carácter de interés público, atendiendo al principio de legalidad y de rendición de cuentas, y por ende no puede ser considerada sensible. No obstante, la creación de una base de datos de consulta pública con el listado de funcionarios y funcionarias universitarios que han sido sancionados, podría violentar los principios de legalidad, tipicidad y de ne bis in idem, así como el derecho de autodeterminación informativa. Quedan excluidos de este supuesto, los datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando no exista riesgo de que las personas sean identificadas.

3.- Las solicitudes de información efectuadas por ciudadanos y miembros de la comunidad universitaria, como garantía democrática, deben ser debidamente atendidas según los cardinales 27 y 30 de la Constitución

Política y 32 de la Ley de Jurisdicción constitucional, así como estudiadas según el caso concreto, debiendo resguardar la Administración todos aquellos datos sensibles y datos personales de acceso restringido, que tenga en su custodia, con ocasión de cada uno de los procedimientos administrativos sustanciados; al tenor de lo que reza la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales."

C-078-2020

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. SALARIO MÍNIMO INEMBARGABLE. LÍMITE DE DEDUCCIONES SALARIALES. ARTÍCULOS 172 Y 174 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. CRÉDITOS.

El Ministerio de la Presidencia nos planteó una consulta relacionada con la posibilidad de establecer topes a las deducciones que se practiquen a los salarios de los trabajadores por concepto de créditos. Las dudas concretas sobre las cuales se requirió nuestro criterio fueron las siguientes:

" 1. En el marco de lo establecido mediante los criterios C-104-2019 del 8 de abril del 2019 y C-113-2019 del 29 de abril del 2019, ambos emitidos por la Procuraduría General de la República ¿Es posible establecer un tope a las deducciones sobre los salarios, en los casos de créditos?

2. En caso de que la respuesta sea afirmativa ¿Cuál sería ese tope?"

Esta Procuraduría, en su dictamen C-078-2020, del 3 de marzo del 2020, suscrito por el Procurador Julio César Mesén Montoya, arribó a las siguientes conclusiones:

1.- Ya existe un tope, establecido por ley, aplicable a las deducciones que se pueden practicar al salario de un trabajador, sea éste público o privado. Ese tope se encuentra en el artículo 174 del Código de Trabajo, según el cual, los salarios solo pueden **cederse** *en la proporción en que sean embargables. La autorización conferida por un trabajador para que se realicen deducciones a su salario no es otra cosa que una cesión, por lo que tales deducciones no pueden afectar la suma inembargable establecida en el artículo 172 del Código de Trabajo.*

2.- De la relación de los artículos 69, inciso k, 172 y 174 del Código de Trabajo, así como del artículo 984, inciso 1, del Código Civil, y de los antecedentes de la ley n.° 4418 de 22 de diciembre de 1969, es posible extraer dos excepciones a la regla establecida en el punto anterior. La primera de ellas está representada por las cuotas que el trabajador se haya comprometido a pagar a las cooperativas, o a las instituciones de crédito legalmente constituidas que se rijan por los mismos principios de las cooperativas por concepto de préstamos o contratos de ahorro y crédito para la adquisición de vivienda propia, pues tales deducciones pueden comprender, incluso, las proporciones inembargables del salario a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 172 del Código de Trabajo. La segunda consiste en las deducciones que es posible realizar por concepto de pensión alimenticia, deducciones que podrían alcanzar hasta un 50% del salario según lo dispuesto en el artículo 172 del Código de Trabajo.

ANEXO

Volver al índice

Volver al índice

PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE LOS ARTÍCULOS DE DOCTRINA

El Consejo Editorial -de la Revista de la Sala Segunda- utiliza como guía para evaluar los artículos científicos y ensayos que se reciben, el siguiente "Formato de arbitraje", el cual es empleado por la Dirección de la Revista IUS (México).

GUÍA DE DICTAMEN:

1. Relevancia y originalidad temática en el contexto de la disciplina

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

2. Rigurosidad de la metodología empleada: precisión del objeto de estudio, definición de objetivos, exposición de los métodos de investigación empleados.

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

3. Dominio del tema y solvencia del marco teórico del estudio.

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

4. Aportación científica y solidez argumentativa de la tesis que sostiene

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

5. Rigurosidad y actualidad de las fuentes que emplea.

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

6. Redacción, ortografía y calidad expositiva.

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

7. Pertinencia de los métodos estadísticos utilizados y de la muestra empleada en la investigación empírica o el estudio de casos (de corresponder con el tipo de estudio).

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

8. Correspondencia de las conclusiones y aportes con los objetivos planteados

Muy Bien: _____
Bien: _____
Regular: _____
Mal: _____

Valoración cualitativa:

Dictamen Final

Admitido sin reserva (no puede tener ningún rubro evaluado de malo ni regular) SÍ: _____ NO: _____
Admitido previa revisión de señalamientos (tiene varios rubros evaluados de regular o alguno de malo) SÍ: _____ NO: _____
No admitido SÍ: _____ NO: _____
Observaciones: