

Análisis jurisprudencial de las faltas laborales de mera constatación: evolución y tendencias actuales

Alfonso Chacón Mata (*)

Sumario:

Introducción

1. **Determinación de las <<faltas de mera constatación>>**
2. **Tendencias jurisprudenciales de las faltas de mera constatación**
 - a) **Primera tendencia 1994-2002 (Radical)**
 - b) **Segunda tendencia 2002-2007 (Mixta)**
 - c) **Tercera tendencia 2010-2012 (garantista absoluta)**
 - d) **Cuarta tendencia 2012 a la actualidad (garantista moderada)**
3. **Efectos de la <<tendencia garantista moderada>> en la jurisprudencia actual de faltas de mera constatación**
4. **Consideraciones finales**
5. **Bibliografía Utilizada**

Introducción

En estas líneas vamos a exponer los principales alcances jurisprudenciales de lo que se ha denominado como <<faltas de mera constatación>>. Este tipo de faltas son aquellas que suelen ser evidentes a primera vista y se refieren a asuntos donde se ventilen problemas de ausentismo; omisión de marca; llegadas tardías, incapacidades, principalmente. En el caso de las faltas de mera constatación, la jurisprudencia ha tenido diferentes evoluciones que estimamos conveniente enunciar a lo largo de este artículo. Asimismo, el marco referencial de aplicación

u observancia de tales faltas, será el foro del empleo público costarricense y en nuestro sistema jurídico, los numerales constitucionales 191 y 192 han establecido un régimen estatutario que por interpretación judicial se ha extendido a todos los servidores públicos. Sin más preámbulo procedemos a detallar en primera instancia que se entiende por este tipo de faltas en el ámbito jurisprudencial para obtener algunas tendencias como resultado final que persigue este artículo.

1. Determinación de las <<faltas de mera constatación>>

Para comenzar este acápite, nuestra jurisprudencia tanto constitucional como casacionista ha establecido desde hace mucho tiempo cuáles son los parámetros propios y necesarios para establecer correctamente el poder disciplinario por parte del empleador. En el caso del sector público, la Sala Constitucional adujo en una jurisprudencia de larga data con respecto al <<régimen disciplinario>>, que la responsabilidad administrativa o disciplinaria es la que nace de la transgresión de una obligación administrativa o de un deber impuesto a un funcionario o empleado, que se hace efectiva cuando el sujeto comete una falta de servicio o de comportamiento, transgrediendo las reglas de la función pública¹. A su vez, la Sala Segunda ha externado que la carga de la prueba en la falta disciplinaria corresponde al patrono, quién debe demostrar la existencia de los tres elementos necesarios para acreditar genéricamente la comisión de una falta disciplinaria: 1) elemento material (como es la acción u omisión); 2) el elemento moral (que consiste en la imputación del acto a la voluntad libre del trabajador); y, 3) el

(*) Máster en Derecho Laboral y Seguridad Social. Profesor Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 5594-94 de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

elemento formal (sea la perturbación producida en el funcionamiento del servicio o alteración inmediata o posible de su eficacia). Los anteriores elementos que deben estar presentes para disciplinar a un trabajador y deben acreditarse en los procesos donde se discute la justeza de un despido².

Por antonomasia, la sanción más grave para un trabajador sería el despido, por lo que para una falta que no alcance aquella calificación, el empleador puede imponer otro tipo de sanción (sin que ello menoscabe su potestad sancionatoria derivada de la subordinación jurídica) acorde con el principio de proporcionalidad³. En consecuencia, las faltas de mera constatación podrán ser leves y susceptibles de una sanción menor conforme al respectivo derecho estatutario, en la medida en que no se constituyan en falta grave, siendo que para este último caso bien podrían las faltas de mera constatación generar un despido por falta grave, como sería el ejemplo de la causal de ausencias injustificadas dispuesta en el artículo 81 inciso g) del Código de Trabajo.

Ahora bien, puede no quedar claro en algunas oportunidades, cuando estamos en presencia de una falta de mera constatación y cuando no. Tenemos entonces a manera de aporte para clarificar esta situación, que en el pasado se ha querido homologar como falta de mera constatación, a la omisión de entregar informes y así despedir a un funcionario, más la Sala Constitucional ha declarado con lugar el recurso interpuesto por el perjudicado; por lo que este tipo de situaciones no son entendibles como de mera constatación⁴.

En el marco de una resolución de la Sala Segunda, que vino en alzada del Tribunal Superior de Trabajo, en cuanto éste había confirmado un despido irregular por no haberse llevado a cabo la audiencia respectiva en una falta de mera constatación; la instancia casacionista dijo lo siguiente:

“IV-. SOBRE LAS FALTAS DE MERA CONSTATAción: Lleva razón el impugnante, al objetar lo resuelto por los juzgadores de instancia, quienes declararon la nulidad de los Acuerdos tomados por el Consejo Superior del Poder Judicial, por una presunta violación al debido proceso. Se ha señalado, reiteradamente, que las faltas de asistencia al trabajo constituyen una causal de mera constatación, por lo que no resulta necesario que, la imposición de la respectiva sanción disciplinaria, sea precedida por una investigación tendiente a la comprobación de la falta, ya que basta la verificación de que, el servidor, no se presentó a laborar por más de dos días consecutivos en un mismo mes calendario (lo cual puede hacerse, fácilmente, con base en el registro de control de asistencia); así como la inexistencia de la obligada justificación, para tener por legalmente configurada la causal; la que puede ser castigada inmediatamente.

No se considera que ello constituya una violación al derecho de defensa del servidor, ya que éste tiene la posibilidad de recurrir la medida (derecho que está expresamente consagrado en el ordinal 211, de la Ley Orgánica del Poder Judicial); oportunidad en la que podrá alegar lo que considere conveniente,

2 Véanse al respecto entre otras, las siguientes resoluciones: SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 2010-000308, a las diez horas del tres de marzo de dos mil diez; SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 2010-000439, a las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del veintiséis de marzo de dos mil diez y SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 2012-000194, a las diez horas veinticinco minutos del dos de marzo de dos mil doce.

3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2012-000194, a las diez horas veinticinco minutos del dos de marzo de dos mil doce.

4 “En materia disciplinaria la Sala ha distinguido entre las que se generan con base en supuestos hechos que deben ser investigados, en cuyo caso se debe sujetar, necesariamente a las reglas del debido proceso, y las que son de «mera constatación», como por ejemplo la inasistencia al trabajo, que obliga al servidor o trabajador, motu proprio, a tener que presentar los justificantes de la inasistencia y a falta de justificación, el patrono puede tomar la respectiva decisión directamente. En el presente caso la Sala no comparte el criterio del Presidente de la Junta Liquidadora en el sentido de que la falta cometida por el amparado sea de mera constatación. El recurrente pudo haber tenido razones de peso para negarse a entregar los documentos solicitados, situación que ameritaba el inicio de una investigación con el fin de determinar si efectivamente el amparado incurrió en falta grave o no. La Sala estima que el despido del recurrente se dio con lesión al debido proceso por lo que el recurso debe ser declarado con lugar anulando el acuerdo de despido del recurrente tomado en el artículo primero de la sesión extraordinaria n°17-98 celebrada a las 13:00 horas del 08 de julio de 1998 de la Junta Liquidadora de Transportes Metropolitanos Sociedad Anónima”. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 00083-96, San José, a las quince horas cincuenta y siete minutos del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve.

en defensa de sus derechos; tal y como en efecto lo hizo el señor Rodríguez González. Determinado, entonces, que no resulta nulo y tampoco ineficaz el Acuerdo del Consejo, por el motivo alegado, procede ahora examinar la justificación del despido”⁵.

Es importante acotar que las resoluciones de la Sala Casacionista no han tratado de dilucidar la vía o procedimiento a seguir para aquellas personas que incurran en faltas de mera constatación, y al respecto en ningún momento aduce que en este tipo de faltas, le asiste al servidor la oportunidad de explicar las circunstancias de la falta. La excepción se produce solamente si hablamos de incapacidades, siendo que en este caso se le confiere al afectado o afectada la posibilidad de ejercer su demostración o defensa y al respecto nos aduce lo siguiente:

“II.- Tanto esta Sala, como la Constitucional, han resuelto que, las ausencias al trabajo son faltas de mera constatación, por la parte patronal y que, si la persona trabajadora quiere enervar sus consecuencias, por imperativos del principio de buena fe y del deber de consideración mínima, inherentes a todo contrato laboral, ha de proceder, en forma inmediata, a poner en conocimiento de aquella las razones de su inasistencia; las cuales deben tener, además, asidero real y demostrársele documentalmente (...)”⁶.

Podemos colegir de la jurisprudencia expuesta anteriormente, que las faltas que nos ocupan responden a tres características fácticas que desde nuestra perspectiva serían las siguientes: a) Primero, deben ser constatables por el patrono o superior inmediato a través de una omisión por parte del trabajador –p.e. la de marcar la asistencia-; b) Segundo, por la falta de información que tiene el patrono sobre el estado situacional del trabajador –p.e. las incapacidades-; c) Tercero, o finalmente por haberse detectado una falta directa en la conducta del trabajador según la prueba

en poder del empleador –p.e. las llegadas tardías-. En resumen, se trata de situaciones sobre las que pende una prueba en principio, objetiva o tangible que permite al empleador tener una evidencia más plausible de lo sucedido.

2. Tendencias jurisprudenciales de las faltas de mera constatación

En el caso de las faltas de mera constatación, la jurisprudencia fundamentalmente constitucional ha tenido diferentes evoluciones que estimamos conveniente enunciar, por los giros mutantes y abruptos que presenta la misma. Por las razones expuestas, nos vamos a servir identificar cuatro tendencias que al menos hemos visualizado en la jurisprudencia constitucional a lo largo de las últimas dos décadas.

a) Primera tendencia 1994-2002 (Radical)

Desde los inicios de la jurisprudencia constitucional, la tendencia fue la de suprimir el debido proceso en este tipo de faltas y así lo relata la sentencia No 4059-94 de las quince horas cuarenta y dos minutos del cinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, en redacción de la Magistrada Calzada:

“En reiteradas ocasiones esta Sala ha dicho que en cumplimiento del debido proceso establecido en el artículo 39 constitucional, el pretendido autor de un hecho que le puede deparar una sanción debe tener oportunidad efectiva de ejercer su derecho de defensa para lo cual es indispensable que se le otorgue audiencia desde el inicio mismo del procedimiento disciplinario y se le haga una clara imputación de los hechos y pruebas existentes en su contra para que el sancionable pueda conocer de qué se le acusa concretamente. Pero cuando como en este caso cuando los hechos son directamente constatables dado que con el solo examen del registro de asistencia

5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-00678, San José, a las diez horas treinta minutos del catorce de noviembre de dos mil uno.

6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 00159-99 San José, a las diez horas del once de junio de mil novecientos noventa y nueve.

se comprueben los mismos, no hay ningún debido proceso que cumplir y puede la Administración imponer directamente la sanción, ya que de lo contrario sería llevar al debido proceso a extremos absurdos, ya que casos como en la especie no hay nada que probar, pues la Administración puede comprobar la ausencia o en su caso las llegadas tardías en que incurra un funcionario, con un simple examen del registro de control de asistencia que al efecto se lleve” (SUBRAYADO NUESTRO).

Nuestra Sala Constitucional estableció que en aquellos casos que tienen relación con un despido por abandono de trabajo debido a ausentismo dictado por una corporación municipal contra un servidor, que este es un tipo de sanción, en el que es deber del servidor era justificar por los medios disponibles las razones de su inasistencia, por lo que “...la Sala ha dicho reiteradamente, que el trámite del despido es el de la mera constatación de la falta, se tiene que concluir que lo actuado por la Municipalidad de Sarapiquí es lo correcto”⁷. El Tribunal Constitucional para justificar la adopción de esta medida, comprobó que “...el recurrente fue notificado de su despido por abandono de trabajo desde el 1° de febrero de 1996, dado que no se presentó a trabajar entre los días 2 y 22 de enero y como este tipo de sanción, en el que es deber del servidor justificar por los medios disponibles las razones de su inasistencia, la Sala ha dicho reiteradamente, que el trámite del despido es el de la mera constatación de la falta, se tiene que concluir que lo actuado (...) es lo correcto. En efecto, (...) las gestiones de despido como la del sublite, deben ser tramitados conforme a las normas que regulan las relaciones entre el patrono, en este caso como ente público, y sus servidores...”.

Sobre el particular, resulta de relevancia lo dispuesto en la sentencia número 6502-99, de las dieciséis horas con doce minutos del dieciocho de agosto de mil novecientos noventa y nueve, en la que se señaló en lo que interesa:

7 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 1464-96, San José, a las diecisiete horas veinticuatro minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis. Sin embargo hay un voto salvado de los Magistrados(as) Calzada y Arguedas, que aducen lo siguiente: “Disentimos de nuestros compañeros de tribunal y declaramos con lugar el recurso ya que en nuestra opinión el despido del que fue objeto el recurrente infringió el debido proceso, materia que esta jurisdicción tutela”. Cfr: Ver, con idéntico contenido, el voto de esta otra Sala No. 241, de las 10:10 horas, del 23 de setiembre de 1998.

8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-00315, San José, a las diez horas cuarenta minutos del ocho de junio del año dos mil uno. Ver en igual sentido, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 00159-99, San José, a las diez horas del once de junio de mil novecientos noventa y nueve.

“No lleva razón el recurrente al afirmar que se ha violado en su perjuicio la garantía constitucional al debido proceso, toda vez que el que se haya ausentado injustificadamente de su centro de trabajo en repetidas ocasiones y que haya marcado la tarjeta de asistencia sin estar presente en ese lugar, constituye un elemento objetivo cuya constatación es fácilmente verificable por parte de la autoridad recurrida, por lo que el hecho de que no se le haya concedido audiencia de previo a imponer la sanción que impugna, no tiene el efecto de modificar el resultado obtenido de una simple constatación en el Registro de Asistencia, en razón de que ese medio probatorio se basta por sí mismo para demostrar lo que se interesa, ya que el verificar en los registros respectivos si se ausentó sin permiso de su centro de trabajo, es una actividad de simple constatación que no requiere procedimiento alguno, por ello la intervención o no del recurrente no tiene la virtud de modificar lo allí resuelto”. (Véase en ese mismo sentido votos 6158-95 y 221-I-.)

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia apunta igualmente al anterior criterio y para los efectos ilustrativos, tenemos la siguiente resolución: “Sobre el tema de las ausencias al trabajo, tanto esta Sala, como la Constitucional, han resuelto que éstas constituyen faltas de mera constatación para el patrono y que, si el trabajador ausente quiere enervar las consecuencias de su ausencia, por imperativo del principio de buena fe y del deber de consideración mínima, inherentes a todo contrato laboral, debe proceder, en forma inmediata, a poner en conocimiento del patrono, las razones que válidamente habrían justificado su inasistencia”⁸.

De lo anteriormente expuesto se pueden colegir desde nuestra óptica dos interpretaciones: una primera interpretación consistente en entender que la administración puede sancionar o inclusive hasta despedir a un funcionario con tan solo corroborar que se cometió la anomalía –p.e.ausencias injustificadas-, en determinados días y eso da como resultado, la

causal para despido. Es decir, una interpretación si se quiere automática e inmediata del hecho fáctico y la consecuencia sería, proceder a la sanción respectiva.

La segunda interpretación tiene su sustento en el hecho de que en faltas de mera constatación, el empleador debe esperar el término razonable de justificación y si no son justificadas las faltas, proceder a ejecutar la sanción. Esta es la interpretación que consideramos más coherente con los valores de justicia y lógica jurídica, puesto que de lo contrario no se le brinda al trabajador(a) la oportunidad de presentar los comprobantes de citas médicas o de incapacidad; personales; etc. que le impidieron presentarse a laborar normalmente, si esa fuera la situación por la que se ausenta. Vamos a ahondar sobre la anterior postura, aduciendo que la jurisprudencia casacionista ha dicho que no es una política sana para la buena marcha de una empresa, el dejar abierta la posibilidad para que el trabajador justifique sus ausencias cuando a él le plazca, tampoco mucho tiempo después de haber faltado al trabajo, “porque a más de que en esas circunstancias es muy posible que ningún despido resulte injustificado por la mayor facilidad de procurarse la prueba complaciente de una justa causa, también por el grave inconveniente que representa para el empleador, al introducirse la anarquía en su empresa o negocio, la que pone en peligro inminente el equilibrio que en todo momento debe imperar en las relaciones laborales”⁹.

Siguiendo con esta posibilidad –sea la de sanción o despido después de esperar un plazo razonable–, las resoluciones de la Sala Casacionista han establecido lineamientos más claros, tratándose de ausencias injustificadas al trabajo por motivo de incapacidades. Tenemos entonces que en el fallo número 158 de las quince horas del cuatro de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, estableció que el aviso y la comprobación de las ausencias en caso de incapacidad, “deben hacerse en forma oportuna, o sea durante los dos primeros días, con el fin de que el patrono pueda tomar las

medidas del caso para la atención de sus intereses; y no es concebible una actitud de descuido y descortesía, como si no existiera de por medio una relación con obligaciones recíprocas. Se habla del término de dos días por lo menos, en vista de que de acuerdo con el artículo 81, inciso g), del Código de materia, la inasistencia al centro de trabajo sin permiso del patrono y en forma injustificada es causa de despido, de suerte que la ausencia en aquellos términos hace nacer de inmediato para el empleador el interés legítimo para proceder de conformidad”¹⁰.

Esta situación de avisar al empleador el motivo por el que no se asiste a laborar, descansa en que “El trabajador está obligado a prestar sus servicios al patrono a cambio de una remuneración (artículos 4, 18, 19 y 71, inciso b), todos del Código de Trabajo). Las ausencias a sus labores, que implican un incumplimiento de esa obligación, deben fundarse en hechos ciertos que le impidan, sin lugar a dudas, cumplir con su cometido. La prueba de ellos, ha de presentarla al empleador en tiempo, a fin de que éste tenga la oportunidad de tomar las previsiones del caso. De lo contrario, se incurre en la causal de despido prevista en el numeral 81, inciso g) del cuerpo normativo aludido, el que establece: “Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo: ... g) Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario”¹¹.

A través de una *construcción jurisprudencial* se establece el término de dos días siguientes a la contingencia que imposibilite al trabajador asistir a su trabajo, como el lapso hábil que tiene el mismo para justificarse ante el empleador. Incluso aunque la ausencia tenga un asidero o causa objetiva y pudiere ser demostrable, por un principio de buena fe que rigen las relaciones laborales debe hacerse del conocimiento de la jefatura dentro del término indicado. Por ello sería válido establecer que

9 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 81-84, San José, a las nueve horas diez minutos del nueve de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

10 Ver en este mismo sentido, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 266-91, San José, a las nueve horas diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

11 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 136, de las 9:00 horas, del 19 de abril de 1995. Continúa el voto señalando lo siguiente: “Conforme con lo expuesto, en los casos en que el trabajador se encuentra imposibilitado para cumplir con su deber de asistir a su trabajo, está obligado –en virtud del principio de buena fe– a comunicarle al patrono esa circunstancia, a fin de que se tomen las medidas necesarias y no se cause perjuicio al normal desarrollo de las actividades patronales. Pero una vez reincorporado a sus funciones, el trabajador está obligado a demostrarle al patrono la efectiva existencia de los hechos que le impidieron cumplir con la principal obligación derivada, para él, del contrato de trabajo; es decir, los hechos en que justifica su inasistencia”.

las faltas de mera constatación vienen aparejadas de dos situaciones objetivas: i) la realización de la causa típica que configura la falta –inasistencia, llegada tardía etc.– y ii) la inexistencia de una causa de justificación que exima de la falta, dentro del plazo razonable legal o construido jurisprudencialmente. En ese sentido, también se ha decantado la jurisprudencia, al hablar de los dos elementos objetivos antes expuestos¹². Se hace conveniente indicar que los dos días de espera aplicarían solo por motivo de incapacidad, y no procede por otro tipo de motivaciones. Hicimos todo este recuento explicativo con las posibles faltas por motivo de incapacidad y el plazo de acreditación de la misma, todo ello que puede confundirse con una falta de mera constatación y sin esperar los dos días que fijó la jurisprudencia, se procede a sancionar al trabajador provocando una clara injusticia.

En síntesis dentro de esta tendencia no se requería otorgar el debido proceso, no obstante por una construcción derivada de la misma jurisprudencia, debe otorgarse el plazo de dos días como el prudente para que el trabajador justifique su ausencia y sobre todo, presenta la justificación médica para el caso de incapacidades. Pasado ese plazo, bajo esta primera tendencia si era factible sancionar sin las garantías del debido proceso en pleno.

b) Segunda tendencia 2002-2007 (Mixta)

En la primera tendencia hemos analizado las razones jurisprudenciales para facultar al despido al empleador, si se suscitan faltas de meras constatación. Sin embargo con un antecedente surgido en el último trimestre del año 2002, se “tuerce” el criterio de faltas de mera constatación sin debido proceso, y al respecto

se encuentran posibilidades de declarar amparable un reproche por este tipo de faltas. Concretamente, se cambia el criterio en el sentido que el debido proceso podría darse si la normativa que sustenta al servidor público por su régimen de pertenencia estatutaria, establece la necesidad de llevar a cabo el debido proceso ante este tipo de faltas.

Ahora bien, las resoluciones de la Sala Casacionista no han tratado de dilucidar la vía o procedimiento a seguir para aquellas personas que incurran en faltas de mera constatación, y al respecto en ningún momento aduce que en este tipo de faltas, le asiste al servidor la oportunidad de explicar las circunstancias de la falta. La excepción se produce solamente si hablamos de incapacidades puesto que solo en este caso, se le confiere al afectado o afectada la posibilidad de ejercer su demostración o defensa y al respecto nos aduce lo siguiente:

“II.- Tanto esta Sala, como la Constitucional, han resuelto que, las ausencias al trabajo son faltas de mera constatación, por la parte patronal y que, si la persona trabajadora quiere enervar sus consecuencias, por imperativos del principio de buena fe y del deber de consideración mínima, inherentes a todo contrato laboral, ha de proceder, en forma inmediata, a poner en conocimiento de aquella las razones de su inasistencia; las cuales deben tener, además, asidero real y demostrarse documentalmente (...)”¹³.

Así las cosas, una vez expuestas las razones jurisprudenciales para facultar al despido al empleador, si se suscitan faltas de mera constatación, la jurisprudencia constitucional ha venido “torciendo” el criterio de este tipo de faltas sin debido proceso, y al respecto hemos encontrado posibilidades de

12 En este sentido, pueden consultarse los Votos número. 159, de las 10 horas, del 11 de junio de 1999 y, 315, de las 10:40 horas, del 8 de junio del 2001, de la Sala Segunda; así como 4059, de las 15:42 horas, del 5 de agosto de 1994; 1464, de las 17:24 horas, del 27 de marzo de 1996; 4346, de las 11:30 horas, del 19 de junio de 1998; 5092, de las 18:45 horas, del 15 de julio de 1998; y, 83, de las 15:57 horas, del 6 de enero de 1999, estos últimos de la Sala Constitucional.

13 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 00159-99 San José, a las diez horas del once de junio de mil novecientos noventa y nueve. En igual sentido, se pronuncian las sentencias Nos. 81, de las 9:10 horas, del 9 de mayo; 104, de las 9:20 horas, del 23 de mayo; 162, de las 15:30 horas, del 9 de agosto; las tres de 1984; 108, de las 9:50 horas, del 3 de julio; 211, de las 15:20 horas, del 23 de octubre; ambas de 1985; 266, de las 9:10 horas, del 11 de diciembre de 1991; 219, de las 9:40 horas, del 6 de octubre de 1993; y 52, de las 11:50 horas, del 13 de febrero de 1998.

declarar amparable un reproche por este tipo de faltas. Un primer supuesto, podría darse si la normativa que sustenta al servidor público por su régimen de pertenencia estatutaria, establece la necesidad de llevar a cabo el debido proceso ante este tipo de faltas. Es así como encontramos un antecedente preciso en el que a un funcionario se le sanciona dos días con suspensión de salario, debida a una llegada tardía y a una omisión de marcas. El recurrente estima violentado su derecho de ejercer su defensa, puesto que no se le permitió la audiencia previa según lo disponía el artículo 41 inciso c) del Estatuto de Servicio Civil y el artículo 66 del Reglamento Autónomo de Servicios del Instituto Nacional de Aprendizaje¹⁴ y por esta razón, acude a la jurisdicción constitucional. En su oportunidad, la instancia jurisdiccional arguyó que “II. Considera la Sala que lleva razón el recurrente en su alegato y que en consecuencia, se ha lesionado su derecho al debido proceso y a la defensa. Consta en el expediente que al recurrente se le impuso una sanción de suspensión sin goce de salario por dos días laborales, pero también se desprende que, previo a la imposición de esa sanción, no se le dio oportunidad de defenderse y ello, de una u otra forma, pudo haber incidido en la sanción que posteriormente se aplicó”. Continúa la sentencia destacando que “V. Por su parte, al observarse los principios sentados en esta materia por el Estatuto del Servicio Civil y su Reglamento, se observa que ambos instrumentos normativos son garantes de los principios del debido proceso y derecho de defensa (...)”¹⁵.

Concluye la resolución declarando con lugar el recurso de amparo y retrotrae el asunto a la realización del procedimiento disciplinario a fin de garantizarle al recurrente el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso, previo a cualquier sanción. Basada en las potestades derivadas del principio de legalidad, si la Administración tiene normado que necesariamente debe practicar el contradictorio con su correlativo derecho de defensa, antes de imponer una sanción; en estos casos sería inconstitucional omitir este debido proceso y así estimamos que debería declararse, en el supuesto de interponer un amparo por parte del afectado.

Nos parece importante finalmente destacar la nota en la sentencia analizada, suscrita por el Magistrado Jinesta Lobo, quien para los efectos conducentes establece que “El ponente estima que incluso, en los supuestos de faltas de “mera constatación” es preciso que el órgano o ente administrativo competente observe y sustancie un procedimiento administrativo que, en tal caso, debe ser el sumario previsto y normado en los ordinales 320 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública¹⁶, (.....) Evidentemente, por lo estatuido en el numeral 308, párrafo 2, cuando la sanción disciplinaria proporcional y correspondiente a la falta atribuida consiste en una suspensión o una destitución la administración debe observar el procedimiento ordinario, de tal forma que el sumario queda reservado para las hipótesis de fácil constatación o de faltas levísimas o leves que ameritan una amonestación verbal o escrita”¹⁷.

14 Ambos cuerpos normativos enuncian lo siguiente: “Suspensión del trabajo sin goce de sueldo, que se aplicará hasta por quince días una vez oídos el interesado y los compañeros de trabajo que aquel indique, en todos aquellos casos en que conforme a los reglamentos interiores de trabajo se cometa una falta de cierta gravedad a los deberes impuestos en el contrato de trabajo” (art. 41 inciso c del Estatuto de Servicio Civil) “En el caso de servidores sujetos al Régimen de Servicio Civil, las sanciones serán impuestas conforme con los procedimientos sancionados en dicho régimen. A falta de ellos, o en el caso de servidores no sujetos a dicho régimen, toda sanción, excepto la amonestación verbal, será impuesta previa audiencia y oportunidad de defensa al interesado. La oportunidad de defensa implicará el acceso al expediente respectivo y la posibilidad de presentar pruebas y alegatos” (art. 66 del Reglamento Autónomo de Servicios del Instituto Nacional de Aprendizaje).

15 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2002-08693, San José, a las diez horas con quince minutos del seis de setiembre del dos mil dos.

16 “Cuando no se esté en los casos previstos en el artículo 308, la Administración seguirá un procedimiento sumario” (art 320). Este procedimiento reviste características muy peculiares y en él no se disponen la celebración de debates, defensas ni pruebas ofrecidas por las partes, pero debe la administración avocarse exhaustivamente a determinar la verdad real de los hechos (art 321). Las potestades del órgano director son sumamente discrecionales, puesto que tramitará las pruebas en la forma en que considere más oportuna, así como el orden, términos y plazos de los actos a realizar (art 323). Las conclusiones se harán en un plazo de tres días una vez instruido el expediente y debe ser concluido este procedimiento, por acto final en un plazo de un mes (arts. 324-325).

17 Véase en igual sentido la posición disidente del citado Magistrado entre otras, en la siguiente jurisprudencia: SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2009-018301, de las trece horas y treinta y cuatro minutos del dos de diciembre del dos mil nueve.

El otro antecedente consistente en la necesidad de proporcionar el debido proceso en este tipo de faltas, lo tenemos en dos resoluciones de la Sala Constitucional:

i) En la primera situación, la irrefutabilidad de los hechos se justifica en la existencia de una sentencia del Juzgado de Tránsito del Primer Circuito Judicial de San José que declara al recurrente autor responsable de una colisión con un vehículo oficial. La administración recurrida, manifestó que la sentencia judicial es equivalente a un hecho de mera constatación, y por consiguiente no era necesario formular un contradictorio. Para el tribunal constitucional, la existencia de la decisión del Juzgado de Tránsito no impide la imposición de una sanción disciplinaria, pero tampoco exime de la observancia de las normas del debido proceso en el trámite del procedimiento tendiente a decidir sobre la responsabilidad del funcionario. Ello es así, debido a que la naturaleza de las responsabilidades judiciales y administrativa son diferentes¹⁸.

ii) La otra resolución tiene relación directa en un caso, en el que el recurrente reclama que la autoridad recurrida lesionó en su perjuicio el debido proceso y el derecho de defensa, porque le sancionó con dos días de suspensión de labores sin procedimiento alguno. La Directora Ejecutiva de la entidad estatal que se tenía como infractora, en su contestación a la Sala Constitucional informó que ese ente despidió a una funcionaria, ordenó la ejecución inmediata del despido y se requirió al recurrente que realizara en forma expedita los trámites correspondientes a la liquidación, con el fin de que se giraran las instrucciones a las unidades administrativas competentes para que no se cancelara salario a la servidora despedida. En su criterio, resulta innecesario realizar un proceso administrativo para la averiguación de la verdad real de los hechos, cuando ya en sede administrativa consta que ha habido una comisión o omisión puntual por parte de un determinado funcionario y que la

misma puede ser probada. Al respecto el tribunal constitucional se sirve manifestar lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa, la Administración recurrida impuso al amparado una sanción de suspensión de dos días sin goce de salario (oficio DE-127-04 a folios 04 al 11), que se aplicó el veintisiete de febrero y el primero de marzo, ambos de dos mil cuatro, sin brindar al servidor la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Esa omisión obliga a la estimatoria de esta acción con sus consecuencias, sin que sea de recibo la argumentación de la recurrida en cuanto a la fácil constatación de la falta, tesis que ha sido admitida excepcionalmente por esta Sala en supuestos de ausencias o llegadas tardías al trabajo, que se corroboran con la simple revisión de los registros de asistencia que al efecto se llevan por el patrono, quien usualmente emplea un libro de asistencia del personal o un reloj control con tarjetas de registro e incluso sistemas computarizados con tarjetas magnéticas. Estima la Sala que como situación excepcional que es no puede generalizarse antojadizamente por la Administración, que como regla debe ejercer la potestad disciplinaria con estricto apego al debido proceso y no como en la especie, donde se ejecutó la sanción sin oportunidad de defensa”. (SUBRAYADO NUESTRO)¹⁹

c) Tercera tendencia 2010-2012 (garantista absoluta)

Lo anteriormente expuesto, en referencia a las faltas de mera constatación y el debido proceso tiene un giro trascendental. Es imperioso entonces recalcar que en esta oportunidad la Sala Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las denominadas faltas de mera constatación y el proceso que para su declaratoria debe seguirse por parte de la administración. Por consiguiente, viene a cambiar radicalmente su criterio y lo hace mediante sentencia

18 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2003-00538, San José, a las quince horas con dieciocho minutos del dos mil tres.

19 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2004-04715, a las trece horas con treinta y tres minutos del treinta de abril del dos mil cuatro.

número 2010-11495, de las dieciséis horas cincuenta y dos minutos del 30 de julio de 2010, señalando que:

“IV.-VARIACIÓN DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL RESPECTO DE LAS FALTAS DENOMINADAS DE “MERA CONSTATAción”. En forma reiterada, la posición mayoritaria de la Sala había sostenido que en aquellos casos en los que los funcionarios públicos cometan faltas que sean catalogadas como de mera constatación, la Administración no se encuentra obligada a llevar a cabo un procedimiento conforme las reglas del debido proceso (ver así, a manera de ejemplo, los Votos Nos. 7890-10, 4097-08). Con base en ese criterio, se rechazaban de plano o se declaraban sin lugar los procesos de amparo en los que se alegaba la inobservancia del debido proceso para sancionar a un servidor por la comisión de una falta como las de comentario. No obstante, a partir de una mejor ponderación y a la luz del caso concreto, este Tribunal considera oportuno revisar y variar ese criterio en dos supuestos particulares: cuando por incurrir en una falta de “mera constatación”, se sanciona al funcionario con el despido o con una suspensión laboral. Este cambio jurisprudencial se sustenta en los argumentos que de seguido se exponen y que, hasta este momento, habían servido para fundamentar la posición minoritaria de este Tribunal en cuanto al tema.

V.-OBLIGACIÓN DE INSTRUIR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA SANCIONAR LAS FALTAS DE MERA CONSTATAción: SUPUESTOS DE DESPIDO O SUSPENSIÓN LABORAL. El ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de los jefes de un ente u órgano administrativo, tiene repercusiones o consecuencias jurídicas muy graves en la esfera del funcionario público sometido a la misma. Toda potestad administrativa requiere, para su regularidad y validez, de un procedimiento administrativo previo, sobre todo si el acto final que resulta de su ejercicio resulta aflictivo o gravoso para el administrado destinatario de ésta, sea que se encuentre sometido a una relación de sujeción general o especial. Ese iter procedimental está concebido para garantizarle al administrado una resolución administrativa que respete el debido

proceso, el derecho de defensa, el contradictorio o la bilateralidad de la audiencia y, por consiguiente, tiene una profunda raigambre constitucional en los ordinales 39 y 41 de la Constitución Política.(...) Evidentemente, por lo estatuido en el numeral 308, párrafo 2° de la Ley General de la Administración Pública, cuando la sanción disciplinaria proporcional y correspondiente a la falta atribuida consiste en una suspensión o una destitución la administración debe observar el procedimiento ordinario, de tal forma que el sumario queda reservado para las hipótesis de fácil constatación o de faltas levísimas o leves que ameritan una amonestación verbal o escrita. No basta con constatar mecánica y automáticamente una falta, pues el funcionario puede tener causa justificada para haber llegado tarde o ausentarse del trabajo, extremo que solo puede ser determinado a través del contradictorio. Así las cosas, tratándose de la imposición de las sanciones más graves para la esfera jurídica de un funcionario, como lo son el despido sin responsabilidad patronal o la suspensión laboral por la supuesta comisión de una falta de “mera constatación”, resulta imperativo para la Administración instruir un procedimiento administrativo en el que se respeten las garantías que integran el debido proceso, de modo que el posible afectado pueda ejercer su derecho de defensa.”

En este sentido, puede notarse que se “abre la jurisprudencia” al permitir realizar el debido proceso, solo que lo condiciona a que se tramite a través del procedimiento sumario dispuesto en la legislación administrativa. En este tipo de procedimiento se suprime la comparecencia oral –salvo si existe norma escrita que así lo disponga en un determinado reglamento de organización y servicios-, pero subsiste la obligación de hacer traslado de los cargos para ejercer la defensa, cuando antes esta posibilidad ni siquiera era posible según lo hemos analizado anteriormente. Habíamos encontrado que esta posibilidad se suscita únicamente si existe norma expresa dentro de la Administración Pública, para observar el debido proceso incluso en las faltas de mera constatación –segunda tendencia mixta-. Únicamente en estos casos era factible practicar las

garantías fundamentales al servidor cuestionado, pues habida cuenta la jurisprudencia actual sigue sosteniendo que no es necesario pasar por el tamizaje del debido proceso legal²⁰.

Con los alcances del Voto N° 2010-11495 de la Sala Constitucional, se llega a la dimensión jurídica que estimamos como más conveniente, todo ello que en nada difiere la mera constatación a la necesidad ineludible que tienen los órganos con potestades públicas disciplinarias, de abrir y sustanciar el debido proceso como una garantía constitucional, irrestricta y de primer orden²¹.

d) Cuarta tendencia 2012 a la actualidad²² (garantista moderada)

Estamos nuevamente ante un “vuelco jurisprudencial” en este ámbito, cuando a finales del año 2012 se suscita el siguiente antecedente en redacción del Magistrado Castillo Víquez:

“CONSIDERANDO:

ÚNICO. Este Tribunal, por mayoría, y bajo una mejor ponderación, considera que en las faltas de mera constatación, cuando no estamos en presencia de una suspensión superior a ocho días o un despido, casos en los que están de por medio los derechos fundamentales al trabajo y al salario – en el supuesto de este último ante una afectación significativa-, no

es necesario dar el debido proceso. Ergo, como en reiteradas ocasiones este Tribunal ha señalado, en aquellos casos en los que los funcionarios públicos cometan faltas que sean catalogadas como de mera constatación, la Administración no se encuentra obligada a llevar a cabo un procedimiento conforme las reglas del debido proceso. (...)”²³

Nótese entonces que el fallo nos deja las siguientes “luces y sombras”, siendo que entre las primeras al menos nos arroja el criterio cuantitativo como parámetro de aplicabilidad del debido proceso. Es decir, al menos se sabe a la luz de este veredicto judicial, que en aquellas sanciones inferiores a ocho días no es necesario observar las garantías aplicadas de un procedimiento administrativo según hemos venido estudiando a lo largo de estas líneas. En otras palabras, volvemos a la tesis radical de las faltas de mera constatación²⁴.

En segundo lugar, la Sala Constitucional considera que si la sanción supera los ocho días o que se llega a un despido, por estar en juego el salario y el trabajo se hace imperioso guardar la garantía del debido proceso a plenitud. Se entiende la necesidad de salvaguardar el trabajo, desde la óptica del despido como la sanción más lesiva para cualquier trabajador. No obstante la redacción deja supeditado que en el caso del salario, debe darse una <<afectación significativa>>. Estamos ni más ni menos ante un concepto jurídico indeterminado, por cuanto no se deja claro que pueda entenderse por este tipo de afectación y será la misma jurisprudencia la

20 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2009-018301, de las trece horas y treinta y cuatro minutos del dos de diciembre del dos mil nueve; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2010-002782, de las dieciséis horas y cuarenta y ocho minutos del nueve de febrero del dos mil diez.

21 En otra resolución afín a este criterio, el Tribunal Constitucional, se caracteriza este cambio tan drástico en la jurisprudencia anterior, por los siguientes motivos: “Es inherente al procedimiento ordinario la realización de una comparecencia oral y privada en la que el administrado que es parte interesada tenga la oportunidad de formular alegaciones, ofrecer prueba y emitir conclusiones (artículos 309 y 317 de la Ley General de la Administración Pública), sobre todo cuando “...la decisión final pueda causar daños graves” a alguna o a todas las partes interesadas (artículo 218 ibídem). Incluso, en los supuestos de faltas de “mera constatación” es preciso que el órgano o ente administrativo competente observe y sustancie un procedimiento administrativo que, en tal caso, debe ser el sumario previsto y normado en los ordinales 320 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, el cual se caracteriza por su naturaleza concentrada y temporalmente reducida, al no haber una comparecencia oral y privada, extremo que no exime a la respectiva administración pública de comprobar exhaustiva, fiel y completamente la verdad real de la falta o hecho imputado y de otorgar una audiencia para conclusiones (artículos 321, 322 y 324 ibídem)”. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2011-007582, a las dieciséis horas y cuarenta y ocho minutos del catorce de junio del dos mil once.

22 Tendencia prevaleciente a la fecha de elaboración y revisión final de este trabajo, establecida para octubre del 2014.

23 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2012-014378, a las once horas cuarenta minutos del doce de octubre de dos mil doce.

24 Véase supra punto A) del 2.2.1 de este trabajo.

que llegue a determinar el quantum para ponderar que monto se tiene por significativo, si se llegase a rebajar del salario a consecuencia del efecto sancionatorio. Continúa la sentencia de marras justificando al respecto, cuando aduce lo siguiente:

“Pero hay una razón práctica para continuar con la postura de la no exigibilidad del debido proceso en estos casos, y que, actuar en sentido contrario, implicaría cargar a la Administración de procedimientos administrativos sancionatorios en asuntos donde está debidamente acreditada la falta, lo que los hace innecesarios; estaríamos burocratizando una Administración de por sí ya burocratizada. No así en los dos supuestos a que hemos hecho referencia supra, donde, dada la gravedad de la sanción, razones de justicia y equidad imponen darle la oportunidad al funcionario para que ejerza su defensa y la Administración, con base en criterios de conveniencia, lógica y justicia, valore la prueba de descargo que él aporta”.

Lo interesante del anterior desenlace jurisprudencial consiste en la postura del Voto de Minoría (Magistrada Calzada y Magistrado Jinesta), quienes se apartan del consenso mayoritario de sus compañeros de Tribunal. En esencia, los disidentes estiman para justificar su voto salvado, lo siguiente:

Primero: existe una obligación de instruir un procedimiento administrativo para sancionar las faltas de mera constatación y este imperativo se deduce de la esfera grave que afecta, cuál es la del funcionario perjudicado. Aducen que “Toda potestad administrativa requiere, para su regularidad y validez, de un procedimiento administrativo previo, sobre todo si el acto final que resulta de su ejercicio resulta aflictivo o gravoso para el administrado destinatario de ésta, sea que se encuentre sometido a una relación de sujeción general o especial”.

Segundo: El *iter procedimental* está concebido para garantizarle al administrado una resolución administrativa que respete el debido proceso, el derecho de defensa, el contradictorio o la bilateralidad de la audiencia y, por consiguiente, tiene una profunda raigambre constitucional en los ordinales 39 y 41 de la Constitución Política. El procedimiento administrativo es un requisito o elemento constitutivo de carácter formal del acto administrativo final, cuya ausencia o inobservancia determina, ineluctablemente, la invalidez o nulidad más grave al contrariar el bloque de constitucionalidad (derechos al debido proceso y la defensa), sobre el particular, el ordinal 216 de la Ley General de la Administración Pública estipula, con meridiana claridad, que “*La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento...*”.

Tercero: La Ley General de la Administración Pública obliga indefectiblemente a recurrir al procedimiento ordinario cuando este conduzca a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualquiera otra de similar gravedad²⁵. Asimismo, la administración tiene a su haber la posibilidad de instaurar el procedimiento sumario igualmente en los supuestos de faltas de “mera constatación”, según lo previsto y normado en los ordinales 320 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, el cual se caracteriza por su naturaleza concentrada y temporalmente reducida, al no haber una comparecencia oral y privada, extremo que no exime a la respectiva administración pública de comprobar exhaustiva, fiel y completamente la verdad real de la falta o hecho imputado y de otorgar una audiencia para conclusiones (artículos 321, 322 y 324 ibídem)²⁶.

Cuarto: Finalmente, aducen los Magistrados que “No basta con constatar mecánica y automáticamente una falta, pues el funcionario puede tener causa justificada para haber llegado tarde o ausentarse del

25 Con respecto al fundamento legal, el Voto Salvado sostiene que “Es inherente al procedimiento ordinario la realización de una comparecencia oral y privada en la que el administrado que es parte interesada tenga la oportunidad de formular alegaciones, ofrecer prueba y emitir conclusiones (artículos 309 y 317 de la Ley General de la Administración Pública), sobre todo cuando “...la decisión final pueda causar daños graves” a alguna o a todas las partes interesadas (artículo 218 ibídem)”.

26 “Evidentemente, por lo estatuido en el numeral 308, párrafo 2°, cuando la sanción disciplinaria proporcional y correspondiente a la falta atribuida consiste en una suspensión o una destitución la administración debe observar el procedimiento ordinario, de tal forma que el sumario queda reservado para las hipótesis de fácil constatación o de faltas levisimas o leves que ameritan una amonestación verbal o escrita”.

trabajo, extremo que solo puede ser determinado a través del contradictorio”. Queda evidenciada con esta posición, que la vertiente de análisis no es el <<costo burocrático>> que se le impone a la administración pública, cada vez que se encuentre ante los supuestos leves de mera constatación –amonestaciones verbales y escritas-, como lo sostiene la mayoría de la Sala Constitucional. Más bien, la tesis de minoría se decanta por entender y apostar al valor inexorable de la justicia, siendo necesario por el canon constitucional y legal que informa la materia, la adopción de un proceso contradictorio que aunque en el caso del sumario es más concentrado, pero no exime el deber de resguardar el elenco pleno de garantías propias del debido proceso.

3. Efectos de la <<tendencia garantista moderada>> en la jurisprudencia actual de faltas de mera constatación

Quizás donde más podemos visualizar los efectos del *garantismo moderado* tratándose de faltas de mera constatación, sería en las sanciones o amonestaciones verbales y escritas. La misma Sala Constitucional había señalado con abundante jurisprudencia, que el principio que establece que la Administración no puede imponer una sanción de ninguna naturaleza, sin que previamente haya observado un procedimiento administrativo con todas las garantías en el que el presunto afectado haya tenido posibilidad real de defenderse, debe interpretarse dentro de los cánones de razonabilidad y proporcionalidad, de tal suerte que tratándose de advertencias y amonestaciones tanto verbales como escritas, no es preciso tramitar un procedimiento administrativo de previo a su imposición al servidor si no implican un perjuicio directo al funcionario por afectar su expediente personal, incidir sobre su calificación de servicios, o producir disminución o cesación de derechos o beneficios laborales²⁷

La jurisprudencia constitucional había dispuesto que en materia de sanciones escritas debe dársele el debido proceso al servidor(a) afectado(a), pero a través de la figura del procedimiento sumario según los alcances de la resolución 2007-013382 del mismo Tribunal Constitucional. Al respecto, en el marco de una amonestación por escrito sin ejercer las garantías del debido proceso, en lo que interesa la Sala Constitucional tiene el siguiente detalle para nuestros efectos:

“V.- (...) El procedimiento administrativo es un requisito o elemento constitutivo de carácter formal del acto administrativo final, cuya ausencia o inobservancia determina, ineluctablemente, la invalidez o nulidad más grave al contrariar el bloque de constitucionalidad (derechos al debido proceso y la defensa), sobre el particular, el ordinal 216 de la Ley General de la Administración Pública estipula, con meridiana claridad, que “La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento...”. En tratándose del Derecho Administrativo Disciplinario, la Ley General de la Administración Pública manda a los órganos y entes administrativos a observar, indefectiblemente, el procedimiento ordinario cuando este conduzca “...a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualquiera otra de similar gravedad”. Es inherente al procedimiento ordinario la realización de una comparecencia oral y privada en la que el administrado que es parte interesada tenga la oportunidad de formular alegaciones, ofrecer prueba y emitir conclusiones (artículos 309 y 317 de la Ley General de la Administración Pública), sobre todo cuando “...la decisión final pueda causar daños graves” a alguna o a todas las partes interesadas (artículo 218 ibidem). **Incluso, en los supuestos de faltas de “mera constatación” es preciso que el órgano o ente administrativo competente observe y sustancie un procedimiento administrativo que,**

27 Cfr: Dentro de esta misma línea jurisprudencial tenemos los siguientes criterios jurisprudenciales en un pasado reciente: SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N°2011-7170, a las ocho horas y cuarenta minutos del tres de junio del dos mil once; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N°2011-9072, a las diez horas y dieciocho minutos del ocho de julio del dos mil once y SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N°2011-10230, a las nueve horas y cuarenta y tres minutos del cinco de agosto del dos mil once.

en tal caso, debe ser el sumario previsto y normado en los ordinales 320 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, el cual se caracteriza por su naturaleza concentrada y temporalmente reducida, al no haber una comparecencia oral y privada, extremo que no exime a la respectiva administración pública de comprobar exhaustiva, fiel y completamente la verdad real de la falta o hecho imputado y de otorgar una audiencia para conclusiones (artículos 321, 322 y 324 ibidem). Evidentemente, por lo estatuido en el numeral 308, párrafo 2°, cuando la sanción disciplinaria proporcional y correspondiente a la falta atribuida consiste en una suspensión o una destitución la administración debe observar el procedimiento ordinario, de tal forma que el sumario queda reservado para las hipótesis de fácil constatación o de faltas levísimas o leves que ameritan una amonestación verbal o escrita” (ENFASIS NUESTRO)²⁸.

En resumen, a este tipo de faltas se les había considerado junto a las faltas de mera constatación, como “sanciones menores” y solo se cumple el debido proceso dándole el correcto traslado para la defensa al interesado o interesada afectado(a). Sin embargo, nos vamos a encontrar con los últimos precedentes derivados del Voto N°2012-014378 de la misma Sala Constitucional, que la posibilidad de celebración del debido proceso en las amonestaciones verbales/ escritas queda absolutamente vedada en el tanto no implique sanción mayor a ocho días principalmente. Aunque la citada jurisprudencia, por una lógica interpretativa podría inferirse que es válida no solo para las amonestaciones escritas sino que también para las de carácter verbal; si la amonestación va al expediente, se hace necesario entonces salvaguardar las garantías del debido proceso. Encontramos viable este tipo de razonamiento, debido a los efectos colaterales que implica remitir tales faltas al expediente personal. Piénsese en los concursos de mérito para ingresar a un régimen estatutario determinado y como

puede influir en la futura selección de personal, este tipo de información. Por las razones dichas, nada más justo y necesario, sería el hecho de dar traslado y por ende, la observancia del Debido Proceso, en caso de situaciones en las que el interesado(a) deba dejar claramente establecidos cuáles son sus intereses y posición, sobre las situaciones que se le atribuyen.

De nuestra parte, consideramos que debe matizarse lo anteriormente expuesto con los últimos antecedentes derivados de la postura *garantista moderada* de las faltas de mera constatación, que en estos momentos las amonestaciones escritas al igual que las verbales, no son susceptibles del debido proceso siempre y cuando no conlleven además una sanción superior a ocho días; lo cuál desde nuestra perspectiva es un evidente error y lesiona los derechos de los perjudicados al no realizarse ningún tipo de contradictorio.

Es así como en un asunto sometido la amonestación por escrito comunicada, constituye un reporte de faltas laborales cometidas, específicamente llegadas tardías y ausencias, cuyo fin es advertir sobre un eventual procedimiento sancionatorio. Consideró el Tribunal Constitucional entonces y aplicando el nuevo criterio, que lo actuado no constituye una violación del debido proceso y se desestima el amparo²⁹.

Como un dato interesante y a la vez contradictorio, la misma jurisprudencia constitucional ha determinado recientemente que se violenta el debido proceso si a un determinado funcionario, se le impuso amonestación "verbal" por supuesta falta cometida y a los siete días siguientes se le impone una nueva amonestación igualmente "verbal". Ambas faltas según dice el informe dado bajo juramento por parte de la autoridad recurrida, por no cumplir supuestamente los procesos y remitir los respectivos documentos en su debido tiempo. La tercera vez que se impuso una amonestación a la amparada, se hace de manera escrita por no llevar el control interno según lo dispuesto por el Departamento de Proveeduría, en cuanto a los procesos concatenados

28 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2007-013382, a las doce horas y nueve minutos del catorce de septiembre del dos mil siete.

29 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2013-016706, a las nueve horas veinte minutos del trece de diciembre de dos mil trece.

de compras. La autoridad recurrida descarta las anteriores notas como violatorias de los derechos fundamentales de la amparada toda vez que solo tiene el efecto de llamarle la atención. Pese a lo afirmado, el Tribunal Constitucional estima que las sanciones que se describen en los oficios citados efectivamente quebrantan el derecho de defensa y debido proceso que asiste a la amparada:

“En los tres casos, se trata más que de una simple llamada de atención, pues a pesar de que se titulan las dos primeras como “amonestación verbal” es evidente que son “amonestación escrita”, las cuales además constan en un expediente administrativo pues así se certifica. Por otro lado no se intima a la amparada con claridad de los hechos que se le atribuyen ni se le da oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Ello sin lugar a dudas produce un perjuicio a la amparada, toda vez que la llamada de atención que contienen los citados oficios, aunque se le haya calificado de “verbal”, es de lógico presuponer que serán tomado en cuenta en su evaluación. Si bien la Sala reconoce y respeta la potestad disciplinaria de la Administración, ésta debe ser ejercida con observancia de los principios del debido proceso y derecho de defensa a fin de no lesionar los derechos fundamentales de los administrados. En ese sentido, previo a la imposición de las sanciones que aquí se impugnan, la Administración debió llevar a cabo un debido proceso que garantizara el derecho de defensa de la funcionaria a fin de verificar la verdad real de los hechos que le achacaron, máxime que argumenta que es una forma de represión por su estado de gravidez, debidamente comunicado a la Intendente Municipal de dicha Institución, Olga Damaris Jiménez Ramírez con copia a la Unidad de Recursos Humanos. En mérito de las consideraciones expuestas corresponde declarar con lugar el recurso por violación al derecho de defensa y debido proceso en contra de la recurrente”³⁰.

Si se analiza este precedente, nos vamos a encontrar con que la Sala Constitucional se desdice de su tesis de <<garantismo moderado>>, puesto que aduce

quebranto de la garantía constitucional ante dos amonestaciones verbales y una escrita, en las que no estaba en juego una suspensión por más de ocho días o un despido, por lo que actuó en franca contradicción con los parámetros expuestos en su misma jurisprudencia. Es decir, se cuestiona en el citado caso que no se haya ejercido la función disciplinaria sin sujeción al debido proceso y no importando que se estuviera ante sanciones menores, volviéndose con este fallo a la tesitura que abanderaba la misma Cámara entre los años 2010 al 2012, la cuál hemos denominado como la tendencia <<garantista>>.

4. Consideraciones finales

A manera de glosa directa, podemos decir sobre este estudio de faltas de mera constatación lo siguiente en referencia al capítulo de conclusiones:

- 1º) Las resoluciones tanto de la Sala Constitucional –y su efecto jurídico vinculante- como de la Sala Segunda, han establecido desde un inicio que las faltas de mera constatación no ameritan un contradictorio previo a la imposición de sanciones, que es lo que denominamos como la primera tendencia. Solamente habría que realizar la digresión por construcción jurisprudencial, en el sentido que la Sala Casacionista ha determinado el plazo de dos días como razonable para efectos de que el trabajador pueda justificar sus ausencias al trabajo, más ha dirigido esta posibilidad al ámbito de las incapacidades.
- 2º) En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha permitido como únicas posibilidades que se ampare en faltas de mera constatación al interesado, solamente si su régimen estatutario o disciplinario prevé la defensa oportuna, antes de la atribución de la respectiva sanción; es lo que denominamos como segunda tendencia. En este único supuesto a la Administración no le sería permitido automáticamente decretar una falta y su

30 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2013-017081 San José, a las nueve horas cinco minutos del veinte de diciembre de dos mil trece.

correspondiente sanción, si antes no lleva a cabo las reglas del debido proceso.

3°) La postura del Magistrado Jinesta Lobo nos dio una luz sobre como sería factible “abrir” la jurisprudencia que rige esta materia. Compartimos en su justa dimensión lo expuesto, todo ello que en concordancia con los parámetros de proporcionalidad y diríamos que hasta de razonabilidad; existe suficiente base legal para observar el debido proceso al amparo del artículo 308 párrafo segundo. Al encontrarnos ante sanciones que revisten necesariamente cierta gravedad -como puede ser el caso de una suspensión sin goce de salario-, se hace necesario la realización del procedimiento estatuido en la LGAP para asegurar al afectado(a), el derecho al contradictorio en toda su extensión. Se constituye esta obligación en una garantía fundamental de defensa a la legalidad y de los derechos del afectado(a), la cual está siendo menoscabada con esta jurisprudencia tan restrictiva, la cual obviamente no compartimos.

4°) A pesar de todo lo expuesto anteriormente, nos vamos encontrado que recientemente la jurisprudencia constitucional va dando un *giro copernicano*, hasta llegar al los antecedentes del Voto N° 2010-11495 y se invocan como justiciables las preocupaciones anteriormente sostenidas, al sostenerse la posibilidad de instruir obligatoriamente el procedimiento administrativo disciplinario, incluso en las faltas que hemos estado analizando en este apartado. Se inicia así la denominada tercera tendencia.

Previamente con los alcances del Voto N° 2007-013382 del mismo Tribunal Constitucional, puede notarse que se “abre la jurisprudencia” al permitir realizar el debido proceso, solo que lo condiciona a que se tramite a través del procedimiento sumario dispuesto en la legislación administrativa. Se suprime la comparecencia oral –salvo si

existe norma escrita que así lo disponga en un determinado reglamento de organización y servicios-, pero subsiste la obligación de hacer traslado de los cargos para ejercer la defensa, cuando antes esta posibilidad ni siquiera era posible según lo hemos analizado anteriormente. No obstante, habíamos encontrado que esta posibilidad se suscita únicamente si existe norma expresa dentro de la Administración Pública, para observar el debido proceso incluso en las faltas de mera constatación. Únicamente en estos casos es factible practicar las garantías fundamentales al servidor cuestionado, pues habida cuenta la jurisprudencia actual sigue sosteniendo que no es necesario pasar por el tamizaje del debido proceso legal³¹.

5°) Con los alcances del Voto N° 2010-11495 de la Sala Constitucional, se llega a la dimensión jurídica que estimamos como más conveniente, todo ello que en nada difiere la mera constatación a la necesidad ineludible que tienen los órganos con potestades públicas disciplinarias, de abrir y sustanciar el debido proceso como una garantía constitucional, irrestricta y de primer orden.

6°) A pesar de todo lo expuesto anteriormente, nos vamos encontrado que la jurisprudencia constitucional va dando un *giro copernicano*, hasta llegar al los antecedentes del Voto N° 2010-11495 y se invocan como justiciables las preocupaciones anteriormente sostenidas, al sostenerse la posibilidad de instruir obligatoriamente el procedimiento administrativo disciplinario, incluso en las faltas que hemos estado analizando en este apartado.

7°) Se llega a la actual tendencia que denominamos como <<garantista moderada>> y lo dispuesto en los alcances de la resolución 2012-014378 de la misma Sala Constitucional. Con esta tesitura volvemos a la denominada postura radicalizada de los inicios, en los que no era factible realizar

31 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2009-018301, de las trece horas y treinta y cuatro minutos del dos de diciembre del dos mil nueve; SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2010-002782, de las dieciséis horas y cuarenta y ocho minutos del nueve de febrero del dos mil diez.

un debido proceso en aquellas faltas de mera constatación, solo que en esta oportunidad se matiza en el sentido que si estamos ante sanciones superiores a ocho días, despido y efectos disminutivos sobre el salario; entonces si procede realizar el debido proceso siempre.

Estimamos que esta tendencia vigente sopesa bajo un balance inadecuado, el alto volumen de trabajo y esfuerzo que implica instaurar un procedimiento administrativo, por lo que asume una postura que dista de la doctrina del buen gobierno, la eficiencia y la celeridad en el servicio público que dispone el artículo cuarto de la Ley General de la Administración Pública. Es decir, bajo un criterio de esta naturaleza se le priva a los administrados que sirven en el funcionariado público, defender de mejor manera su ámbito de derechos y libertades fundamentales que sería en último caso hacia donde debe centrarse sin reparos la justicia administrativa. La tutela en sede interna no debe estar sujeta a criterios de alto tráfico para evitar las fases de contradictorio y plenitud del debido proceso; mucho menos jerarquizar derechos con la consecuencia de crear faltas de mera constatación de <<mayor y menor>> importancia. Esta es a nuestro entender la deuda inconmensurable que presenta este cambio jurisprudencial.

5. Bibliografía Utilizada

a) Libros y revistas

CASCANTE CASTILLO, (Germán Eduardo) "Regímenes de Empleo y Procesos de Despido en la Administración Pública", San José, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 1997.

SANCHEZ MORON, (Miguel), "Derecho de la Función Pública", Consejo de la Judicatura Española, Ministerio del Interior, Madrid, Ediciones Pomares, tercera edición, 1997.

b) Legislación

Estatuto de Servicio Civil, Ley N° 1581 del 23 de abril de 1953.

Ley General de la Administración Pública, Publicada en La Gaceta No 203 del 26 de octubre de 1979.

c) Jurisprudencia utilizada

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 5594-94 de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 0423-95 de las nueve horas treinta y tres minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1464-96, San José, a las diecisiete horas veinticuatro minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 00083-96, San José, a las quince horas cincuenta y siete minutos del seis de enero de mil novecientos noventa y nueve.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2002-08693, San José, a las diez horas con quince minutos del seis de setiembre del dos mil dos.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2003-00538, San José, a las quince horas con dieciocho minutos del dos mil tres.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2004-04715, a las trece horas con treinta y tres minutos del treinta de abril del dos mil cuatro.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 2007-013382, a las doce horas

y nueve minutos del catorce de setiembre del dos mil siete.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2009-018301, de las trece horas y treinta y cuatro minutos del dos de diciembre del dos mil nueve.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2010-002782, de las dieciséis horas y cuarenta y ocho minutos del nueve de febrero del dos mil diez.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto 2010-11495, de las dieciséis horas cincuenta y dos minutos del treinta de julio del dos mil diez.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N°2011-7170, a las ocho horas y cuarenta minutos del tres de junio del dos mil once.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2011-007582, a las dieciséis horas y cuarenta y ocho minutos del catorce de junio del dos mil once.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N°2011-9072, a las diez horas y dieciocho minutos del ocho de julio del dos mil once.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N°2011-10230, a las nueve horas y cuarenta y tres minutos del cinco de agosto del dos mil once.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2013-016706, a las nueve horas veinte minutos del trece de diciembre de dos mil trece.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2013-017081 San José, a las nueve horas cinco minutos del veinte de diciembre de dos mil trece.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 81-84, San José, a las nueve horas diez minutos del nueve de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 266-91, San José, a las nueve horas diez minutos del once de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 136, de las nueve horas, del diecinueve de abril de mil novecientos noventa y cinco.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 00159-99 San José, a las diez horas del once de junio de mil novecientos noventa y nueve.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-00315, San José, a las diez horas cuarenta minutos del ocho de junio del año dos mil uno.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-00678, San José, a las diez horas treinta minutos del catorce de noviembre de dos mil uno.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2010-000308, a las diez horas del tres de marzo de dos mil diez.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N°2010-000439, a las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del veintiséis de marzo de dos mil diez.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2012-000194, a las diez horas veinticinco minutos del dos de marzo de dos mil doce.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2012-000194, a las diez horas veinticinco minutos del dos de marzo de dos mil doce.