

La tutela judicial efectiva de las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia con posterioridad a la Reforma Procesal Laboral

Gabriela Salas Zamora (*)

ABSTRAC

La protección otorgada por el ordenamiento jurídico costarricense a las trabajadoras embarazadas o en lactancia despedidas sin justa causa, con posterioridad a la reforma procesal acaecida en julio de 2017, merece una revisión crítica a la luz de la promesa de una mejora en el derecho a la tutela judicial efectiva. Este texto estudiará cuatro dificultades que pueden topar esas trabajadoras en el ejercicio de ese amparo: i) la desacumulación de pretensiones de los daños y perjuicios derivados del despido nulo, ii) la carga de la prueba para acceder al fuero, iii) la reinstalación oficiosa y la posibilidad de medidas precautorias atípicas, iv) los daños y perjuicios tasados.

INTRODUCCIÓN

Con la Reforma Procesal Laboral se promovió una vía diferenciada para acceder a la administración de justicia cuando, en el contexto laboral, se vulnera el derecho de igualdad y no discriminación (compréndase la discriminación en el trato o en el despido –despido nulo-) y violación al derecho de integridad y honor (daño al prestigio profesional por acoso en el trabajo). La inclusión en el ordenamiento jurídico de los procesos de fuero responde a una deuda con el cumplimiento con el Convenio 111 de la OIT, adoptado por Costa Rica el 01 de marzo de 1962, relativo a la discriminación en materia de empleo y discriminación, el cual exigía al Estado adoptante *“a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de*

eliminar cualquier discriminación a este respecto”. Con la nueva normativa, el país brindó a los trabajadores víctimas de acciones discriminatorias –incluidas las mujeres en gestación o lactancia- la garantía de acceder a un instrumento procesal para una respuesta judicial célere que sanciona la violación de un derecho fundamental de todo ser humano a no ser discriminado.

En Costa Rica, cualquier despido nulo o acto discriminatorio conllevaba incoar un proceso ordinario -resignándose a la mora judicial-, pues no tendría ningún tipo de ventaja en los plazos de tramitación frente a los demás. Con la inclusión de la perspectiva de género y accesibilidad de personas vulnerables, el Poder Judicial procedió a generar políticas que permitieron a poblaciones vulnerables tener prioridad en la tramitología -Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad-. Sin embargo, la tardanza en la tramitología de la vía ordinaria forzó a muchos trabajadores a optar por interponer un recurso de amparo ante la Sala Constitucional por violación de derechos económicos y sociales. Las ventajas de su estrategia eran que la persona promovente: i) no se requería de un abogado (patrocinio letrado), ii) tampoco ocupa de conocimientos jurídicos para efectuar el escrito, pues se permitía cualquier soporte material y basta indicar cuál es la transgresión que intuía sobre el derecho constitucional o convencionalmente protegido, iii) la interponía no solo contra sujetos de Derecho Público, sino también Privado, iv) obtenía una resolución en un lapso más corto que en un proceso ordinario laboral, v) accedía a una resolución sin ulterior

(*) Doctoranda de Derecho Constitucional de la Escuela Libre de Derecho. Máster en Derecho de Propiedad Intelectual con énfasis en Derecho de Información Tecnológica de la Universidad George Washington. Especialización en Problemas Actuales del Derecho de Trabajo y Derechos Fundamentales de la Universidad de Salamanca. Conciliadora Certificada por parte del Centro de Arbitraje y Mediación del Colegio de Abogados. Diplomado en Administración de Negocios para Abogados del INCAE.

recurso y con eficacia *erga omnes*. Sin embargo, con la entrada en vigencia del proceso de fuero especial, en laboral, la Sala Constitucional tomó una postura más restrictiva sobre la resolución en esa vía de los amparos referidos a derechos laborales que seguirá atendiendo. Ha sostenido que con ese tipo de procesos la jurisdicción ordinaria cumple con criterios de simplicidad, celeridad y prontitud para el amparo y protección efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados en las que se requiera recabar prueba o definir algunas cuestiones de legalidad ordinaria –lo cual es concordante con los numerales 421, 422, 425, 427 y 428 del Código de Trabajo (en adelante, CT)-. Incluso debido a características compartidas con el nuevo texto normativo laboral, como lo es la gratuidad, pueda trasladarse el conocimiento de los amparos de sobre derechos laborales a la jurisdicción de trabajo¹. Esa “delegación” de la Sala Constitucional no debe interpretarse como una regresividad en la protección a los derechos, esto porque hay un paralelismo en las resoluciones que resuelven el amparo y la que se produce en este otro proceso. Esa congruencia es porque ambas sentencias conllevan tres tipos de tutela: i) una tutela declarativa: donde se indica si se ha vulnerado o no el derecho fundamental; ii) tutela constitutiva: donde se advierte si la actuación patronal fue o no nula; iii) tutela de condena: en la cual se ordena el cese del acto discriminatorio, se restablece al trabajador en la situación anterior a la lesión del derecho fundamental y la indemnización de las consecuencias de la violación de aquel². Asimismo, el proceso en fuero especial permite sopesar: i) la competencia nacional de la Sala Constitucional en su locación física en San José, frente a la ubicación de los juzgados laborales en todos los circuitos judiciales; ii) la inclusión de la medida cautelar para el cese de la actividad discriminatoria o para reinstalar precautoriamente a la persona como regla de principio y no como excepción (en contraposición, a la interpretación sostenida del art. 41 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Propiamente, sobre la trabajadora embarazada, o en periodo de lactancia, se debe acotar que si

bien el Código de Trabajo, desde 1994, efectuó una reforma que les brindaba una protección especial, la nueva reforma trajo el acceso a ese proceso en fuero con un trámite ágil en mente; no obstante, en ciertas prácticas es posible iniciar un análisis crítico.

I. La desacumulación de pretensiones conexas al despido injustificado de la trabajadora embarazada o en periodo de lactancia.

Con la creación proceso sumario por despido de trabajadores aforados (lo que incluye a la trabajadora embarazada o en lactancia) –en julio de 2017-, se buscó honrar los convenios internacionales que obligaban al Estado a dotar a esas trabajadoras de una vía judicial que, lejos de ayudar a perpetuar el trato discriminatorio, proporcionara un modo célere de decretar la nulidad del despido, reponerla actora en la situación previa al acto cese y condenar a la parte vencida a pagar los daños y perjuicios causados (art. 545, CT). Como lo explicó el exmagistrado Vega Robert: *“Este procedimiento especial de solicitud de reinstalación de trabajadora embarazada, tiene una naturaleza cautelar y está revestido del requisito de la sumariedad, tomándose en cuenta el bien jurídico a tutelar, es el de la no discriminación por razón de sexo y el de la protección especial a los menores. Una característica esencial de este fuero de protección, regulado de manera concreta por el Código, es la posibilidad de ordenar la reinstalación de la trabajadora”*³.

Sin embargo, en la aplicación del numeral se ha mermado la posibilidad de acceder incluso a la indemnización tasada del 94 bis, CT. Las pretensiones que se pueden ver en el sumario, según interpretación, sería la nulidad del despido y salarios caídos, en caso de que cautelarmente no ha haya dispuesto el reintegro precautorio de la trabajadora. Cualquier otra compensación directamente generada por ese despido discriminatorio es ajena –según ese entender- a ser conocida en esa vía. Así, se desacumula la

1 Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional. Resolución nº 17948, de las 9:15 horas de 8 de noviembre de 2017.

2 Preciado Domènech, C. *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo* (1era ed.). Pamplona, España (Editorial Aranzadi), 2019, pp. 916-917.

3 Vega Robert, R. “La tutela de los fueros especiales”. *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, Costa Rica, 2005, número 1, diciembre (2005).

pretensión para indemnizar al tenor del numeral 94 bis, CT, a las accionantes, remitiéndolas a un proceso ordinario para que se les otorgue de un daño y perjuicio que emana del mismo despido⁴. Esto conlleva a una revictimización y denegatoria de resarcimiento, forzando -el Estado- a que la trabajadora se vea envuelta en un proceso sumario sobre su despido y a otro ordinario para reparar consecuencias del mismo cese. Las obligan a enfrentar un doble trámite para el cobro de aquella indemnización –que ni siquiera es íntegra; sino tarifada-, que no contempla las vicisitudes que puede enfrentar una mujer en su condición de salud o para su bebé producto del cese, llevando un quebranto adicional de los derechos fundamentales a una igualdad de trato y tutela judicial efectiva y sin indefensión.

La complicidad de la interpretación actual del sistema atenta contra el control de convencionalidad que, una vez, se intentó practicar e implementar con los artículos 94 y 94 bis, CT, y contraria *el Pacto de San José, pues es claro en “que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención...”*. Igualmente, esa tesitura infringe los art. 11 inc. 2 y 4 inc. 2 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que dispone la responsabilidad de los Estados al no impedir la marginación de la mujer por razones de maternidad y subraya que estos deben tomar medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad, sin que estas se puedan considerar discriminatorias. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén do Pará), en su preámbulo, sugiere la importancia social de la maternidad y el papel de la mujer en la procreación, sin que esto deba causarle segregación. Asimismo,

la OIT, en su Convenio número 103, indica que la igualdad de trato conlleva a que no se creen desigualdades en las medidas legislativas aprobadas. Incluso incursiona en anteponer que se deben adoptar aquellas que ponen en vigor esa igualdad en procedimientos para la reclamación del derecho (art. 14 Convenio 103 de la OIT). La Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras –emanado de ese organismo internacional-, expresa en su art.1 que las trabajadoras no solo deben gozar de las mismas oportunidades y trato que sus pares masculinos, sino que se debe eliminar *“toda forma de discriminación contra las mujeres que niegue o limite esa igualdad”*. Consecuentemente, interpretar una norma que claramente indica cómo dentro del proceso sumario de protección de fuero se pueden deducir los daños y perjuicios de forma restricta, al punto de generar una práctica judicial discriminatoria para las trabajadoras embarazadas o en lactancia no puede sostenerse como una solución ni armoniosa al Bloque Constitucional, ni congruente con un Estado Social de Derecho que generó una vía sumaria de protección a una violación de derechos fundamentales de trabajadores(as).

La tesis de excluir el cobro de los daños y perjuicios tasados del numeral 94 bis, CT, del sumario, tampoco puede mantenerse porque: i) los daños y perjuicios que prescribe ese ordinal son los directamente relacionados con el daño económico directo e inmediato que conlleva a la trabajadora ser cesada en su periodo de gestación o lactancia, en sus especiales condiciones de salud y de protección al menor, más que sus posibilidades de reintegrarse con prontitud al mercado laboral son escasas (relación con el art. 433, CT); ii) esa indemnización tasada no contempla la posible verdadera magnitud del daño creado con ese despido a la trabajadora, al feto en formación o al lactante cuya madre no estará en las mismas condiciones físicas y psicológicas al sufrir la pérdida de su trabajo en razón de una situación biológica y esa indemnización integral –aún de posibles daños incluso económicos colaterales como lo son la pérdida de la vivienda, cierres de crédito por no

4 Juzgado de Trabajo de Heredia resoluciones de las 13:07 horas de 1 de setiembre de 2017; de las 8:03 horas del 25 de octubre de 2017; de las 8:16 horas del 6 de diciembre de 2017. Juzgado de Trabajo del I Circuito Judicial de las 14:37 horas de 3 de noviembre de 2017.

pago de deudas, etc.-, esto es solo un pequeño avistamiento de lo impotente que se siente una trabajadora en esas condiciones como para superar y esperar las resultas, no de uno, sino dos procesos. En ambos, se le fuerza a revivir cómo, por dar vida, fueron atropellados sus derechos a la igualdad de trato, integridad y honor (prestigio profesional). De modo que no es incomprensible cuál motivación puede existir para compeler a las trabajadoras a tener un doble proceso que ventile extremos que deben ser indemnizados en el sumario, pues no se trata de temas foráneos al despido –nadie pretende abrir en esa vía el debate de vacaciones adeudadas o aguinaldos no cancelados-. Así, no se puede soslayar que existe una tasación legal de daños y perjuicios económicos por el despido de esa trabajadora, creada con el afán de imponer un mínimo indemnizatorio y en nada es ajeno o inconexo al proceso de fuero de protección. *El art. 94 bis, CT, no puede verse venido a menos en la aplicación de numerales procesales, pues el mismo texto normativo, en su ordinal 422, CT, explica que “al interpretarse las disposiciones de este título, deberá tenerse en cuenta que su finalidad última es permitir ordenadamente la aplicación de normas sustantivas y los principios que las informan...” y, precisamente, dentro de estos principios está el de no discriminación en razón de sexo a la mujer embarazada y tutela del interés superior del menor.*

Otro tema que se debe reflexionar es cuando, una vez iniciado el fuero e indagadas las situaciones fácticas del contrato de trabajo finalizado, se encuentra que no se le cancelaba el salario mínimo o no se le respetaba el día descanso semanal, entre otros derechos fundamentales que se atropellan simultáneamente. Según la tesis actual, se debe incoar otro proceso (un ordinario) para lograr la tutela efectiva de todos esos derechos fundamentales y que se disponga la reparación integral de ambas violaciones al tenor del art. 432 CT (que obliga al juez a ajustar los montos respectivos a derechos irrenunciables en sus sentencias), pues nada logra una trabajadora con una sentencia que dicte la nulidad del despido y se le restituya percibiendo un salario inferior al mínimo o no se le respete su descanso.

II. De la indemnización íntegra del daño como un objetivo deseable del proceso de fuero de trabajadoras embarazadas o en lactancia.

El artículo 94 bis, CT, establece una indemnización tasada *a priori* de los daños y perjuicios que conllevan el despido de una trabajadora embarazada o en lactancia. A este punto, nadie ha cuestionado al Tribunal Constitucional si esa indemnización cubre el perjuicio real y efectivo que ella y el menor sufrieron.

La comentada proposición de ventilar las pretensiones tarifadas en un ordinario –por parte de algunos juzgadores de instancia-, dejan una realidad: solicitar una indemnización por daño moral⁵ o daños económicos no contemplados por el numeral, o incluso requerir por repercusiones psicológicas o abortos derivados, serían *-a priori-* reclamaciones despachadas para ser conocidas en otra vía (ordinaria). Esa exégesis deniega una indemnización efectiva y adecuada para que –de comprobarse el acto discriminatorio- se le restablezca y resarza en su derecho fundamental vulnerado y el de su hijo. Es alentar y proteger la discriminación de la que ha sido objeto y vaciar de contenido el derecho a la tutela efectiva. De ahí que resulta relevante mencionar la exigencia de la Directiva 2006/54/CE, la cual, en su ordinal 18, estableció el requerimiento de una reparación real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo y de la indemnización disuasiva y proporcionada. Esta disposición se plasma en el numeral 183.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social española que establece al Tribunal la obligación de pronunciarse sobre el daño. Cuya determinación se da prudencialmente *“cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación”*. Le da al juzgador la obligación de valorar el asunto bajo su instrucción y proporcionar una sentencia que –de ser estimatoria de las reclamaciones- pueda comprender la dimensión y el grado en que los derechos fundamentales de la agraviada y su hijo

5 “Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (STS, Sala I, 25-6-1984); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral y cabe en las personas jurídicas (STS, Sala I, 20-2-2002)”. Tribunal Supremo de España, sentencia del 5 de febrero de 2013 (Recurso 89/2012).

fueron vulnerados. Las sentencias recientes del Tribunal Superior español votan por resarcir todos los daños y perjuicios económicos sufridos que sean acreditados y no se limitan a ningún monto para su fijación⁶, hecho que es más acorde con la transgresión sufrida.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la tesis que, aun cuando en la sentencia se acredita el acto discriminatorio del patrono, le corresponde al trabajador discriminado demostrar los daños y perjuicios que sufrió, sean estos patrimoniales o morales. Ese alto órgano ha sostenido que no basta especificarlos, sino que estos deben ser debidamente acreditados; esto a pesar de que sea posible derivarlos de los hechos probados o no controvertidos en la sentencia. Exige al trabajador ofrecer y presentar las probanzas y desestimar la posibilidad de aplicar “la carga dinámica de la prueba” por la naturaleza de este extremo petitorio⁷. La Sala Segunda sostiene que otorgar el daño moral solo es posible en caso de despidos calificados. Es decir, parte de que el cese por sí mismo causa un sufrimiento y que es solo aquel que ocurre bajo circunstancias graves y excepcionales “*donde se aprecie un abuso de derecho del empleador, quien, en ejercicio de la potestad disciplinaria, se excediera ocasionando un daño distinto a los efectos naturales del despido*”⁸. En síntesis, desde ese estándar probatorio, solo se declara el rubro cuando se haya causado un sufrimiento más allá del que una terminación común podría ocasionar. Esa exigencia lleva similitud a la doctrina instaurada por el Tribunal Supremo español tres años después de la doctrina de la automaticidad de los daños morales⁹, cuando comenzó a exigir que el demandante alegara adecuadamente “bases y elementos clave” de la reparación que buscaba y que acreditara “indicios o puntos de apoyo” para asentar la indemnización. Situación que llevó al fracaso de esos reclamos, más cuando el daño moral carecía de un soporte como

los daños con repercusión económica patrimonial directa y evidente¹⁰. Por esta razón, resulta rescatable la Sentencia del Tribunal Constitucional español, número 247/2006, en la cual se ablanda la carga probatoria, donde se exige evidenciar las circunstancias en que la vulneración del derecho fundamental del trabajador había sido violentada. Exigencia que encuentran eco en el numeral 179.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, donde se acuden a “*circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño*” y, así, se deja de lado una frívola matemática que impide el acceso a la tutela eficaz de derechos fundamentales agravados. Como bien lo ha expresado una reciente sentencia del Tribunal Supremo, los daños morales en su fijación tienen grandes tintes de discrecionalidad¹¹, lo cual no detiene la preocupación de la parte empleadora sobre la cuantía y ha llevado a que la determinación daño moral se ejecute usando como herramienta los baremos de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social como referencia.

Antes bien, vale la pena aquí recordar que Costa Rica no corre con la suerte de tener baremos actualizados, sino que datan de 1943 (con la promulgación del CT) y no en pocas ocasiones su uso, hasta para resolver litigios de seguridad social –pensiones y riesgos de trabajo–, llevan a incertezas por la incursión de baremos foráneos más actualizados. Por tanto, se debe llamar a una reflexión en el tema al asumir la premisa de que una incorrecta normativa indemnizatoria atropella, por sí, el derecho violentado que se reclama junto con el derecho de tutela judicial efectiva que se promulga en el Bloque de Constitucionalidad¹², lo que es consecuencia de dar “*preeminencia a la norma procesales sobre las de fondo o aplicar, inconducentemente formalidades*” (prohibición expresa contenida en el numeral 426, CT).

6 *Ibidem*.

7 Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda, sentencia n° 2002, de las 10:30 horas de 19 de diciembre de 2018.

8 Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda, sentencia n° 1160-2018 de las 8:40 horas de 6 de julio de 2018.

9 Tesis con la cual conculga el artículo 51 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense, en la cual con la declaratoria estimatoria del recurso de amparo se da la condena automática de los daños y perjuicios producto de la violación del derecho fundamental transgredido.

10 Ballester Pastor, M. A. “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”. *Revista de Derecho Social*, España, 2015, núm. 69. p.44.

11 Tribunal Supremo. Recurso 89/2012 de 5 de febrero de 2013.

12 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 19 de febrero de 2013.

III. De la reinstalación oficiosa como medida cautelar en el proceso de fuero de protección a la trabajadora embarazada o en lactancia.

Preciado Domènech sostiene un claro argumento que permite cuestionar el peligro de mora como elemento al adoptar una medida cautelar en procesos sumarios de tutela de derechos fundamentales en lo laboral. Para aquel, el peligro se disipa por la sumariedad del proceso que acorta los plazos de tramitación, por las características de urgencia y preferencia que le son propias, lo cual -a la larga- puede tornar en sobrepreciada la existencia de la medida previa cuando los resultados del proceso se suponen -y se dan debido a un real trámite célere- a cortos días¹³. Sin embargo, se concuerda con Baz Tejedor en la idea de que, frente a esa expresión normativa en pro del principio de celeridad, no se evitan per se los tiempos reales de tramitación producto de la insuficiencia de medios para paliar la acumulación de expedientes¹⁴. Por el peligro de esa ineficiencia que no en pocas latitudes deja de ser una amenaza para ser una verdad, es que la reforma costarricense propuso una medida expresa para los fueros de protección: la suspensión de los efectos del acto y la reposición de la parte accionante a su situación de hecho previa a aquella discriminación; lo cual, en caso de despido de una trabajadora embarazada o en lactancia, se puede traducir en una reinstalación (art. 493 y 543 párrafo 2º, CT).

El artículo mencionado propone que, de existir actuaciones con resultados lesivos, se disponga la suspensión de los efectos del acto en la misma resolución que da traslado de la demanda. Esta suspensión precautoria no es oficiosa¹⁵; sin embargo, no en pocas ocasiones los tribunales laborales la dictan de oficio¹⁶. Esta tesis parece alejarse de la visión de que el juez no se encuentra frente a un proceso que juzgará la legalidad o no de un despido, pues se está ante una sospecha de flagelación de derechos fundamentales de

dos humanos (la mujer y el hijo, en caso de la trabajadora embarazada o en lactancia). La discriminación, la transgresión a la integridad y al honor de esa trabajadora no puede dejarse de observar al ordenar una reinstalación. De ahí que sea fundamental la solicitud de la parte de acceder a la medida precautoria.

La reinstalación en el puesto, como cualquier otra cautelar, puede no ser deseada por la parte accionante. La oficiosidad en el dictado de la medida puede llevar a mayores conflictos y tensiones entre las partes que podrían llegar a transgredir otros derechos fundamentales. Ejemplos de ello se han generado en el ámbito de las trabajadoras domésticas que al reinstalarlas en sus puestos de trabajo las han puesto a dormir en colchones usados previamente por mascotas y habitaciones sin luz; nadie en el lugar de trabajo les dirige la palabra o en casos de trabajadoras del sector servicios donde al reinstalarse provisionalmente sus compañeros evitan contacto (Ejemplo del caso Valendré García contra Ramos Espinoza del caso 17-00239-173-LA). Así, lejos de encontrar en la medida dictada una forma de protección a sus derechos presuntamente soslayados, se podrían ver sometidas a más vulneración. Se asume, por parte del Estado, incluso "(...) riesgo que un posible despido supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente su embarazo"¹⁷ para no ser tratada discriminadamente.

Cabe plantearse si el asegurar la tutela judicial efectiva es sinónimo -en caso de despidos discriminatorios- a reinstalar a la trabajadora en su puesto de trabajo o si el concepto admite la posibilidad que se solicite, precautoriamente, la exoneración a la trabajadora de su obligación de prestar servicios manteniendo su salario y cotizaciones a nivel de la seguridad social¹⁸.

13 Preciado Domènech, op. cit., p. 913.

14 Baz Tejedor, J. A. *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo* (1a ed.). Valladolid: Lex Nova. 2006. pp. 247 a 249.

15 Varela, J., Artavia, S., & Picado, C. *Manual de los procesos laborales (con la reforma procesal laboral)* (1era edición ed.). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Faro. 2017.p. 159.

16 Juzgado de Trabajo del I Circuito Judicial de San José, resolución de las 10:24 horas de 11 de setiembre de 2017.

17 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del 22 de febrero de 2018.

18 Molina Navarrete, C. (2010). Medidas precautorias en el proceso laboral: La tutela cautelar, asignatura pendiente de la justicia social. en Camps Ruiz, Luis, *Ramírez Martínez*, Juan y Sal Franco, Tomás (comps.) *Crisis, reforma y future del derecho del trabajo* [Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo], Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2010, pp. 675-692.

*El patrocinio letrado que acompaña a la actora podría acudir a la solicitud de medidas cautelares atípicas para que la víctima no siga ligada a un contexto que flagele su dignidad, integridad física, moral y continúe sometida a la discriminación. Ejemplos de estas opciones son el traslado de puesto o centro de trabajo y la reducción de horario laboral*¹⁹.

Un tópico paralelo son las represalias de la trabajadora quien acude a los tribunales en contra de su patrono: la garantía de indemnidad. Se entiende por esta la que *“acompaña una prohibición de sanciones o menoscabos ocasionados por su disfrute [de los derechos fundamentales] y que, lógicamente, limita la utilización de las legítimas facultades empresariales para represaliar al trabajador que las ha ejercido”*²⁰ siendo notoria, así, su relación con el derecho de tutela judicial efectiva. La garantía protege aquí a la trabajadora de cualquier represalia, incluso en los supuestos en que la conducta ilegítima del patrono se materializa en una denegatoria de contratarle por incoar el proceso. Consecuentemente, si de la interposición de una demanda se iniciaron tratos perjudiciales, se podría acudir a interponer una medida cautelar por la nueva agresión o valorar plantear un incidente de hechos nuevos –situación controvertida para un proceso sumario-, esto para que el juez vea el agravante que ha sufrido la trabajadora, pues nuevamente la forma no puede opacar la situación de violación de derechos fundamentales a la que puede verse sometida la trabajadora. Por ello, se considera que la indemnidad debe ser un instituto a ser desarrollado, cuyo contenido trascienda su actual mención en los fallos que se ha limitado para referirse a una inmunidad para que el trabajador no sufra perjuicios derivados del ejercicio de las potestades patronales (ejemplo, la de dirección o fiscalización),²¹ mas nada obsta para que los tribunales comiencen a recibir pretensiones en ese sentido.

IV. De la carga de la prueba en el proceso de fuero de protección de mujer embarazada o en periodo de lactancia.

En el caso de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, ella accede al fuero de protección una vez que el patrono fue alertado sobre su condición y procede su despido únicamente si media autorización administrativa dada por resolución en vía administrativa, en la cual se verificó de la falta atribuida (art. 94, CT). Esa exigencia de revelar el dato íntimo de la trabajadora para acceder al fuero se ha visto recalcada por las sentencias de la Sala Segunda, que ha resaltado la frase: *“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”* –énfasis del original-²². Solo en votos dispersos ha flexibilizado la exigencia y ha cobijado a la trabajadora cuando existen indicios claros, precisos y concordantes que el patrono tenía conocimiento de la gestación –ejemplo, por el crecimiento del abdomen-²³. También, en tiempos recientes, ha dosificado la obligación de renovar y notificar el certificado de lactancia para establecer que, una vez notificado, se le protege a la trabajadora con el fuero por todo el primer año de vida del menor²⁴.

El ordinal 94, CT, presupone la existencia de discriminación en los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación o en lactancia –presunción *iuris tantum*-, una vez que la trabajadora da al patrón el aviso respectivo, exigiendo, a este último, probar que el cese se sustenta objetivamente y fue autorizado por el órgano administrativo competente. A primera vista el ordinal parece proteger a la trabajadora frente al empresario, mas lo que obliga es al operador a una interpretación *in dubio pro* patrono. Esto porque exige que la actora presente las pruebas de haberle comunicado al patrono sobre la gestación o

19 Preciado Domènech, *op. cit.*, p.912.

20 Igartua Miró, M. T. *La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional* (1a ed.). Madrid: Consejo Económico y Social. 2008. p.32.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda. Sentencia n° 831, de las 15:40 horas de 10 de junio de 2010 y n° 134-2008 de las 9:40 horas de 20 de febrero de 2008.

22 Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Sentencia n° 1178-18, de las 10:10 horas de 6 de julio de 2018.

23 Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Sentencia n° 532-2012, de las 10:35 horas 15 de junio de 2012.

24 Corte Suprema de Justicia. Sala Segunda. Sentencia n° 875-18, de las 9:00 horas de 1 de junio de 2018 y n° 2040-18, de las 12:35 horas de 21 de diciembre de 2018.

lactancia y la duda por la inexistencia de elementos probatorios le favorecen al segundo, no a la trabajadora. Interpretación que es poco usual en el Derecho de Trabajo, diseñado para establecer a la empleada como la parte en desventaja. Por ello, si la condición de la mujer no es evidente al momento del despido y ella no ha resguardado pruebas que permitan verificar la comunicación, queda desprotegida, pues la duda de si comunicó o no, la ley la zanja a favor de su empleador.

La normativa actual costarricense puede asimilarse con la interpretación una vez radicada España, previo a la sentencia número 92/2008 del Tribunal Constitucional: *“Aquellas interpretaciones tenían fundamento en la una norma que no contemplaba la reforma que aportó el legislador con la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral de la personas trabajadoras y le exigían a esta probar que el patrono conocía de la gestación para al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto”*²⁵. Es una configuración subjetiva de la nulidad, donde es el conocimiento del empleador de ese embarazo lo que da lugar o no a la protección.

Esa concepción fue abiertamente objetada y se advirtió que esa exigencia a la trabajadora atentaba al derecho de intimidad y contra el mandato de igualdad real y efectiva de la mujer en la sociedad (derecho a igualdad y no discriminación). Esas argumentaciones se fundamentaron en fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, desde el 2001, ha sostenido una línea jurisprudencial para configurar la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada. Un primer fallo enunciaba el cambio de criterio, la sentencia del 4 de octubre de 2001, que resuelve

un litigio de una trabajadora que ya conocía de su embarazo al momento de su contratación y no revela su condición al empresario; debido a esa situación se le imposibilitaba laborar durante una parte significativa de la contratación²⁶. El segundo caso, donde se incursiona, es la sentencia del 27 de febrero de 2003, donde también se excluye la necesidad que la trabajadora comunique su estado de gravidez, ya que el empleador no puede tomar en consideración ese factor para la aplicación o no de ciertas condiciones de trabajo hacia ella²⁷. En la actualidad, aquella posición fundamentada en los fallos del Tribunal Europeo son la tesis dominante desde el fallo de 2008 antes reseñado en España. Un ejemplo es la reciente sentencia del Tribunal Supremo –Sala Cuarta- de lo Social, de 28 de noviembre de 2017, en la cual se reiteró la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas en ausencia de una causa de justificación, aun cuando el empresario desconozca el estado de gestación (tesis de nulidad objetiva). La protección objetiva se funda en el cambio de redacción de la norma española de 1999, porque la nulidad del despido de la trabajadora embarazada se cimienta en la violación directa del derecho a no discriminación por razón del sexo y el análisis de las implicaciones que esa diferenciación por la maternidad y lactancia y cómo esto incide a nivel del mercado de trabajo para la pérdida del empleo y la desigualdad en la remuneración. Además, se le otorga un fuero más robusto frente a las maniobras de discriminación, dispensándola de la carga de acreditar su embarazo o lactancia (resguardando su intimidad, integridad y salud) y le exime de probar el conocimiento del tercero (empresario) sobre su embarazo/lactancia. Situación más acorde con los derechos fundamentales, toda vez que está de sobra decir que la obligación de comunicar incide en la esfera de intimidad de cualquier persona al exigirse, antes en España (y todavía en Costa Rica), que ella sea quien haga un aviso abierto, y ojalá extenso (para asegurar pruebas), de su estado y el de su bebé. Esa exigencia vacía la esfera más íntima de la persona y preserva un privilegio hacia el empresario (un indubio pro empresario), lo cual riñe con los hilos interpretadores del mismo Derecho del Trabajo (principio tuitivo).

25 Tribunal Constitucional, sentencia del 21 de julio de 2008.

26 Tribunal Justicia de la Comunidad Europea, sentencia del 21 de julio de 2008.

27 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sentencia del 27 de febrero de 2003.

La situación normativa actual en Costa Rica parece no tener una verdadera justificación para subsistir, no solo por la transgresión a los tratados y convenios previamente reseñados, sino porque existen nuevos compromisos y diferenciaciones legislativas realizadas para que las redacciones en normas versen en favor de grupos vulnerables. A esas poblaciones se les ha dispensado de indicarle a su empleador sobre la condición médica que conviven. El primer caso se da con la ratificación y entrada en vigencia del Convenio 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, que debe ser debidamente implementado en el país (especial mención al art. 7, el cual solicita al Estado tomar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan ingresar y permanecer en el trabajo) y, en el último caso, se menciona el numeral 10 de la Ley General sobre el VIH-SIDA que exime al empleado de informar a su patrono o entorno de trabajo acerca de su estado, e incluso le permite solo notificar si se torna necesario (obligando al empleado a guardar confidencialidad y procurarle el cambio en las condiciones de trabajo para un mejor desempeño de las funciones). Ambos ejemplos permiten ver que no es ajena a la madurez del país enfrentar discusiones tendientes a mejorar las situaciones de trabajo de poblaciones vulnerables y resguardarles el derecho a no ser discriminados junto con la conservación de su intimidad, lo cual da lugar a replantear la redacción de los numerales actuales que dan el fuero a la trabajadora embarazada o en lactancia.

CONCLUSIONES

Costa Rica se enorgullece del respeto y la progresividad que brinda en el desarrollo y la tutela de los derechos fundamentales de todos sus habitantes. Parte de su tradición jurídica y social está atada a la inclusión de todos los grupos sociales, más aun los que se han definido como vulnerables por los tratados y convenios adoptados. Uno de los convenios más difundidos a nivel de los operadores judiciales del país es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer. Mas es en razón de la importancia de dar eficacia a ese texto, junto con los preceptos de orden constitucional y del Código de Trabajo, que se debe generar una reflexión sobre el posible

impacto de las herramientas procesales que disponen todas esas trabajadoras despedidas en embarazo o en lactancia.

Una vez realizado un primer acercamiento, conviene hacer la siguiente síntesis:

- I. Desacumular las pretensiones derivadas de la demanda de los procesos de fuero de las mujeres embarazadas o en lactancia en los que se solicitan los daños y perjuicios del numeral 94 bis, CT, es revictimizar a la trabajadora y a su hijo, esto porque se le duplican los procesos en medio de su situación de vulnerabilidad y atasca al sistema judicial con evacuar dos veces la prueba que sirve, en el mayor de los asuntos, para resolver ambas litis.
- II. La nulidad del despido subjetivo no puede ser variado vía interpretativa por el operador jurídico, requiere que como país se abra una discusión sobre dos temas imperantes: i) la forma en que se va a brindar eficacia al Convenio número 156 de la OIT y utilizarlo para discutir la actual redacción del artículo 94 del Código de Trabajo, que no solo busque generar nuevas medidas que reconozcan situaciones del cuidado de la madre o padre que labora hacia sus hijos menores –como el caso de una hospitalización–, sino que también promueva una nueva forma para acceder al fuero de protección por su embarazo o lactancia con respeto al derecho de intimidad y salud. Fuero al que ella acceda sin procurar una promulgación pública de su embarazo para obtener los suficientes elementos de prueba con el fin de ser protegida por el fuero. La tesis debería ser que el empleador tenga una razón objetiva y constatable para dar por terminada la relación laboral con esa trabajadora y que eso sea lo que él exponga, en caso de darse un juicio. Muchas mujeres, como bien se resume por parte de las sentencias españolas referenciadas, ponen en riesgo su embarazo con tal de evitar que el patrono conozca su condición y llegar a sufrir un acto discriminatorio.
- III. Las medidas cautelares del proceso de fuero de mujer embarazada pueden llevar al planteamiento de medidas cautelares atípicas como el pago de la remuneración sin la

prestación de la trabajadora, continuidad en el pago de cargas sociales, etc. También se podría reinterpretar que la medida cautelar de reinstalación dispuesta en el numeral 543 ibídem es a petición de parte y que, como tal, no es de índole oficiosa.

- IV. Se debe observar cómo es necesario un resarcimiento completo de la nulidad del despido. Los daños y perjuicios, tanto los de naturaleza económica como morales, podrían llegar a ser resarcidos dentro del mismo proceso, esto para evitar transgredir el derecho a la tutela judicial efectiva de la trabajadora embarazada o en lactancia sin que deba esperar los resultados de dos procesos (con garantías de celeridad diferentes) para lograr la nulidad del despido en uno y en otro la indemnización.
- V. También procede un debate sobre los daños y perjuicios tasados del numeral 94 bis ibídem, pues violentan la posibilidad de la trabajadora de obtener un resarcimiento íntegro. Se debe advertir sobre la situación del daño moral y la actual exigencia al aplicar el numeral 495 ibídem al justificarlos como si se trataran de daños materiales de fácil comprobación y, en su lugar, analizar la posibilidad de que la persona juzgadora los fije conforme con un parámetro prudencial, al valorar las circunstancias en las que se da el despido; mas —eso sí— no exigiendo mayores circunstancias extraordinarias (como lo llama la jurisprudencia de la Sala Segunda) para que sea resarcido el daño moral. La transgresión a los derechos fundamentales de dos personas bajo un mismo acto de discriminación (despido de la trabajadora embarazada/lactancia y consecuente riesgo del menor en gestación o lactante) debe ser una circunstancia cuidada de cerca como una violación gruesa de los derechos fundamentales. Transgresión que debe ser juzgada y resarcida en su totalidad por la parte afectante.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental, pero también es uno de los pilares desde los cuales se legitima la existencia del Estado y su seguridad jurídica. Una población vulnerable que biológicamente conforma —en términos generales— la mitad de la ciudadanía costarricense, no puede ser un tema de olvido

y obviado de ser sometido a constante análisis y revisión, esto para mejorar la posibilidad de erradicar diferencias que violentan más derechos que una simple discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M. A. (2015). El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales. *Revista De Derecho Social*, (4), 31.

BARQUERO, K. (2018, 8 de marzo de 2018). Más de 300 embarazadas fueron despedidas ilegalmente en el 2017. *La República* Retrieved from <https://www.larepublica.net/noticia/mas-de-300-embarazadas-fueron-despedidas-ilegalmente-en-2017>

BAZ TEJEDOR, J. A. (2006). *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo* (1a ed.). Valladolid: Lex Nova.

IGARTUA MIRÓ, M. T. (2008). *La garantía de indemnidad en la doctrina social del tribunal constitucional* (1a ed.). Madrid: Consejo Económico y Social.

Juzgado de Trabajo de Heredia. (2017) Resolución de 1 de setiembre a las 13:07 horas.

Juzgado de Trabajo de Heredia. (2017). Resolución de 25 de octubre a las 8:03 horas.

Juzgado de Trabajo de Heredia (2017). Resolución de 6 de diciembre de 2017 a las 8:16 horas.

Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. (2017) Resolución de 11 de setiembre a las 10:24 horas.

Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. (2018) Resolución de 12 de marzo a las 14:17 horas.

Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José. (2017) Resolución de 3 de noviembre a las 14:37 horas.

MOLINA NAVARRETE, C. (2010). Medidas precautorias en el proceso laboral: La tutela cautelar, asignatura pendiente de la justicia social.

Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo [Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo] (1era ed., pp. 675). Valencia: Tirant lo blanch.

PRECIADO DOMÈNECH, C. (2018). *Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo* (1era ed.). Pamplona, España: Editorial Aranzadi.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2018a). Distribución porcentual de los casos entrados por clase de asunto durante el año 2017. Recuperado de: <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/index.php/2016-06-27-17-08-39/item/52-4-distribucion-porcentual-de-los-casos-entrados-por-cla>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2018b). Tendencia histórica anual de casos entrados en la sala constitucional 1989-2017. Recuperado de: <https://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/index.php/2016-06-27-17-08-39/item/49-1-tendencia-historica-anual-de-casos-entrados-en-la-sal>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2018) Resolución número 15.378-18, de 14 de setiembre a las 9:20 horas.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (2006) Resolución número 11.024-2006, de 28 de julio de 2006 a las 9:12 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2018). Resolución número 875-18, de 1 de junio de las 9:00 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2010). Resolución número 831-2010, de 10 de junio de las 15:40 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2012). Resolución número 532-2012, de 15 de junio de las 10:35 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2018). Resolución número 2002-2018, de 19 de diciembre de las 10:30 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2008). Resolución número 134-2008, de 20 de febrero de las 9:40 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2018). Resolución número 2040-18, de 21 de diciembre de las 12:35 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2018). Resolución número 1178-18, de 6 de julio de 2018a de las 10:10 horas.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. (2018). Resolución número 1160-2018 de 6 de julio de 2018b de las 8:40 horas.

Tribunal Constitucional. (2008). Resolución número 92/2008 de 21 de julio de 2008.

Tribunal Constitucional. (2006) Resolución número 247/2006 de 24 de julio de 2006.

Tribunal Supremo. (2013). Recurso 89/2012 de 5 de febrero de 2013

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera). (2013). Caso García Mateos contra España. Sentencia de 19 de febrero de 2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera). (2018). Resolución de 22 de febrero de 2018.

Tribunal Constitucional. (2008). Resolución número 92/2008 de 21 de julio de 2008.

Tribunal Justicia de la Comunidad Europea. (2003). Resolución número 53/2003 de 27 de febrero de 2003.

VARELA, J., ARTAVIA, S., & PICADO, C. (2017). *Manual de los procesos laborales (con la reforma procesal laboral)* (1era edición ed.). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Faro.

VEGA ROBERT, R. (2005). La tutela de los fueros especiales. *Revista De La Sala Segunda de la Corte Suprema De Justicia*, 1.