

UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA

**MAESTRIA EN DERECHO LABORAL Y
SEGURIDAD SOCIAL**

**TEMA:
"LA PERSPECTIVA DE GENERO EN LOS
PROCESOS DISCRIMINATORIOS POR
HOSTIGAMIENTO SEXUAL"**

**DIRECTOR:
DR. ALEXANDER GODINEZ VARGAS**

**ALUMNA:
LOURDES MONTENEGRO ESPINOZA**

2003

LA PERSPECTIVA DE GENERA EN LOS PROCESOS DISCRIMINATORIOS POR HOSTIGAMIENTO SEXUAL

I.- Las formas de discriminación en el empleo..... 1

- a. Las discriminaciones directas en el derecho laboral..... 1
- b. Las discriminaciones indirectas en el derecho laboral..... 9
- c. Los procesos discriminatorios en Costa Rica..... 20

II.- La igualdad de género en el mundo del trabajo..... 28

- a. Igualdad sin discriminación..... 28
- b. Situación actual de la mujer en el mundo desde la óptica de la O.I.T... 33
- c. Situación de la mujer en el plano costarricense..... 44

III.- La perspectiva de genero en los procesos por hostigamiento sexual.48

- a. La apreciación de la prueba en el proceso laboral..... 48
- b. El hostigamiento sexual como una expresión de violencia de género... 55
- c. La perspectiva de género en los procesos por acoso sexual..... 62

INTRODUCCIÓN

La imposición de requerimientos sexuales no deseados en el contexto de una relación desigual de poder, valga decir, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo, hace referencia al proceso de socialización patriarcal que fomenta un modelo basado en relaciones desiguales de poder, sustentadas en una rígida división sexual del trabajo que se expresa en que las mujeres asuman de modo exclusivo la sobrecarga de responsabilidades domésticas y familiares. Lo que sin duda se convierte en un obstáculo para su plena participación en la esfera pública, toda vez que se le limita el acceso a estos ámbitos, en igualdad de condiciones en relación con los hombres.

El acoso sexual se constituye de este modo en una conducta indebida que sirve de instrumento para mantener y perpetuar las desigualdades de género, pues de hecho, con ella se excluye o limita en mayor medida la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Y es que estas desigualdades de género pueden hacerse manifiestas, no sólo en el modo en que se desarrollan las relaciones de trabajo, sino también en el ámbito jurisdiccional, a la hora de conocer de los procesos discriminatorios por hostigamiento sexual.

El objeto de este ensayo es pues, determinar si en el caso costarricense la perspectiva de género, es decir la igualdad sin discriminación, se ha hecho extensiva al momento de materializar las medidas protectoras encaminadas a proteger a las víctimas de hostigamiento sexual en las sentencias judiciales -en el presente caso de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia-, a la hora de valorar la prueba respectiva.

Con este norte, se inicia el presente documento con un capítulo relativo a las formas de discriminación en el empleo y más concretamente haciendo referencia a los procesos discriminatorios en Costa Rica.

En un segundo capítulo hablaremos sobre la igualdad de género en el mundo del trabajo, lo cual nos conduce a hacer hincapié en el tema de la igualdad sin discriminación y a la situación actual de la mujer en el plano laboral.

Por último, nos centraremos en el análisis de la perspectiva de género en los procesos por acoso sexual. Para ello, prima puntualizar algunos parámetros acerca de la apreciación de la prueba en el proceso laboral nacional, hasta concretarlo al plano del hostigamiento. Lo anterior, con el objeto de dilucidar si en este tipo de procesos la valoración de la prueba ha sido consecuente con la perspectiva de género, es decir, sin incurrir en actos discriminatorios.-

I.- Las formas de discriminación en el empleo

a. Las discriminaciones directas en el Derecho laboral.

Hablar de discriminación, ineludiblemente nos conduce al tema de la igualdad. La Constitución Política de Costa Rica y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (instrumento internacional con fuerza superior a la ley por disposición del artículo 7 constitucional) consagran el principio de igualdad de las personas y la prohibición de hacer distinciones contrarias a su dignidad¹.

Dicho principio, que también se hace extensivo al ámbito de empleo, ha demandado la participación de la Sala Constitucional, la cual se ha visto en la imperiosa necesidad de aclarar los alcances del mismo. Veamos:

"El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que

¹ Artículo 33 de la *Constitución Política de la República de Costa Rica*: "Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"

*concurrer en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso.*²

El artículo 1 del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación (empleo y ocupación) define el término discriminación como **“Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación”**³

A partir de esta conceptualización del derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, se aportan elementos fundamentales que traen consigo la distinción entre discriminaciones directas o por trato diferencial y la indirecta o por resultado.

Las discriminaciones directas se manifiestan en el trato diferenciado y también desfavorable por razón del sexo, entendido en ambas direcciones, cuyas manifestaciones pueden ser tanto individuales como colectivas. Sin embargo, tal y como reconoce Carmen Sáenz Lara en su artículo "Concepto de discriminación directa y sus elementos: mujeres y mercado de trabajo", el objetivo de la prohibición de discriminación por circunstancias específicas es el de equilibrar la situación social desfavorable de ciertos grupos minoritarios y de las mujeres. En otras palabras, las mujeres son el grupo protegido por la prohibición de discriminación sexual en el trabajo.

². SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. VOTO N. 1770-94 de las nueve horas dieciocho minutos del quince de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.*

La discriminación directa se caracteriza porque viola el derecho a tratar igual lo que es igual y porque atribuye a la/el demandado/da la carga de la prueba de que no se han realizado las acciones discriminatorias.⁴ Sobre este punto, volveremos cuando analicemos la apreciación de la prueba en los procesos por hostigamiento sexual.

Según la configuración teórica de la discriminación directa, ésta igualmente se encuentra en íntima relación con el elemento comparativo. Es decir, la discriminación por diferencia de trato, conlleva un trato desfavorable por razones de sexo entre dos personas situadas en igual o similar posición. El punto a dilucidar es entonces, si la mujer sufre una **comparativa desventaja** con un **hombre**, pues resulta claro que se presentan excepciones en la configuración de la discriminación en aquellos casos que responden a cualificaciones ocupacionales necesarias o razonables para realizar las actividades de la empresa.

Sobre el particular, vale resaltar que este elemento comparativo parte tanto de bases reales como hipotéticas. *"La inexistencia de hombre con el que comparar para el concreto tratamiento eventualmente discriminatorio no impide la valoración del mismo. Discriminación directa es tanto el trato diferente dado a una persona en relación con el dado a otra de distinto sexo, como en relación con el que hubiera recibido de haber sido otro su sexo"*⁵

⁴JIMENEZ SANDOVAL (Rodrigo) y FERNANDEZ PACHECO (Janina) *Derechos laborales de las mujeres. Un análisis comparado par a América Central y Panamá*. San José, Costa Rica: ILANUD, Programa Mujer, Justicia y Género, OIT, Proyecto para Mujeres Trabajadoras de la Maquila 2001. P.p. 34 y 35

⁵ SÁENZ LARA (Carmen) *"Concepto de discriminación directa y sus elementos: mujeres y mercado de trabajo"* Antología Curso DERECHO LABORAL OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO Proyecto de Mejoramiento de las Condiciones de Trabajo y de Vida de las Trabajadoras de Maquila. Corte Suprema de Justicia. Pag. 4.

Podemos identificar discriminaciones directas en el Derecho laboral, tanto previas a la contratación laboral, durante la contratación e inclusive una vez finalizada la relación laboral.

Las discriminaciones directas contra las mujeres, **previas a la contratación laboral** pueden ser producto de:

- Prohibiciones y restricciones impuestas a las mujeres para ejercer ciertos oficios.

Estas se construyen basadas fundamentalmente en el estereotipo de la debilidad femenina. Las prohibiciones son variadas y afectan el trabajo nocturno, el subterráneo, el insalubre y el peligroso para todas las mujeres. También hay prohibiciones para ciertos grupos, por edad, o condición, como por ejemplo para los adolescentes menores de quince años.⁶

En este sentido, encontramos la base de nuestra fundamentación jurídica en la Constitución Política, la cual en su artículo 71 expresa: **“las leyes darán protección especial a las mujeres en el trabajo”**

Adicionalmente, prohibiciones específicas como la del trabajo nocturno, utiliza como principal fundamentación jurídica varios convenios de la OIT debidamente ratificados por Costa Rica, entre los que se encuentran el Convenio No. 4 y el Convenio No. 89.

⁶ CODIGO DE LA NINEZ Y LA ADOLESCENCIA. Artículo 78: “El Estado reconocerá el derecho de las personas adolescentes mayores de quince años a trabajar con las restricciones que imponen este Código, los convenios internacionales y la ley. Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral

Igual fundamentación jurídica encuentra la prohibición del trabajo subterráneo de toda clase para mujeres, el cual se encuentra regulado en el Convenio No. 45 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual expresa que **“en los trabajos subterráneos de las minas no podrá ser empleada ninguna persona del sexo femenino sea cual fuera su edad...”**⁷

- División sexual del trabajo fundamentada jurídicamente.

La discriminación horizontal que asigna diversas funciones a los hombres y a las mujeres, impide el acceso a determinados puestos conforme al sexo. Sin embargo, por lo general nos encontraremos normas neutras donde se supone que un hombre y una mujer tienen las mismas posibilidades de optar a un cargo.

Un claro ejemplo de este tipo de discriminación lo observamos día con día en periódicos y otros medios de comunicación, en las ofertas de empleo, cuando predeterminan el sexo de la persona que pueda aspirar al puesto. Por ejemplo,

“repcionista –sexo femenino–”

“Ingeniero de Sistemas –sexo masculino–”

importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental y emocional o cuando perturbe la asistencia regular al centro educativo”

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio N. 45

De este modo, los perfiles profesionales establecidos en normas internas de procedimiento creadas por los empleadores, claramente establecen preferencias por determinado sexo para ocupar un puesto definido.

Pasemos a ahora a las discriminaciones directas contra las mujeres, **durante la contratación laboral.**

- Derecho a la maternidad y paternidad

El proceso reproductivo otorga funciones y responsabilidades tanto para los hombres como para las mujeres. En este caso, algunas de esas responsabilidades serán solidarias por lo que un trato diferente podría constituir una discriminación directa.

*Sin embargo, "estas diversidades basadas en el aparato reproductivo rompen el concepto de discriminación directa. El comportamiento diferenciado obedece a una clara disimilitud. No se considera discriminatorio tratar diferente lo que es diferente. El embarazo constituye una de esas diferencias inmutables y su trato se amplía en el tiempo por las consecuencias que surgen de él."*⁸

- Derechos laborales relacionados con la familia.

El Convenio 156 de la OIT⁹ sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, tiene por objeto que los Estados Parte adopten medidas que tomen en

⁸ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Rodrigo). *Discriminaciones Directas en el Derecho Laboral*. Antología Curso DERECHO LABORAL OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO Proyecto de Mejoramiento de las Condiciones de Trabajo y de Vida de las Trabajadoras de Maquila. . Corte Suprema de Justicia. Pag. 7

⁹ ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 156. Convenio Relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares.*

cuenta las responsabilidades familiares de los trabajadores en la libre elección de empleo y sus necesidades en las condiciones de empleo y seguridad social.

Al efecto, sobre los alcances del convenio, manifiesta Rodrigo Jiménez Sandoval que: *"La promoción de la paternidad responsable y de la cultura del cuidado para los hombres será fundamental para que ellos gocen en igual proporción a las mujeres de los derechos que surjan del Convenio 156"*¹⁰

En el fondo, no se trata entonces, solo de inclinar la balanza a favor de la mujer, sino de brindar iguales protecciones a los padres que efectivamente ejercen una paternidad responsable.

Por último **haremos referencia a la discriminación directa una vez** finalizada la relación laboral

- Derecho a la seguridad social.

La seguridad social contempla una serie de beneficios para los trabajadores como son la asistencia médica, prestaciones en caso de accidentes de trabajo, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, monetarias de enfermedad, de desempleo, de vejez, por invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

De estas, únicamente las relativas a vejez y maternidad prevén un tratamiento diferente, basado en una diferencia real. Así, al momento de disfrutar del Derecho de

¹⁰ JIMÉNEZ SANDOVAL, (Rodrigo). *Op. Cit.* p. 17

jubilación, se contemplan diferentes edades para acceder al derecho, según se trate de un hombre o de una mujer. ¹¹

Este trato diferenciado, podría obedecer a criterios tales como que la mujer es más débil que el hombre y que por consiguiente debe ser considerada o como un reconocimiento a la doble jornada que deben desempeñar las mujeres que trabajan dentro y fuera de su casa. No obstante ello, lo cierto del caso es que para evitar la discriminación “los criterios que establecen la edad deberán tomar en cuenta diversos aspectos como: tipo de labor desarrollada, historia de vida y condición física y emocional.” ¹² Se trata de tomar en cuenta las características personales de cada trabajador (entendido como término neutro: hombre o mujer) para otorgar la pensión dentro de un rango de edad establecido por ley.

¹¹ JIMENEZ SANDOVAL (Rodrigo) y FERNANDEZ PACHECO (Janina) *Op. Cit. Pag.* 66. “No obstante, en el caso costarricense el reglamento de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense del Seguro Social establece en su artículo 5 que “Tiene derecho a pensión por vejez el asegurado que alcance los 65 años de edad siempre que haya contribuido a este seguro al menos con 240 cuotas mensuales.”

a) Las discriminaciones indirectas en el derecho laboral

La discriminación indirecta o por resultado, consiste en medidas formalmente neutras que desfavorecen principalmente a personas pertenecientes a uno u otro sexo.¹³ "La neutralidad de las normas respecto de la realidad social, implica discriminación indirecta, al no contemplarse las responsabilidades familiares asignadas exclusivamente a las mujeres, su falta de capacitación profesional y los estereotipos sociales que las excluyen del mundo laboral."¹⁴

Se caracteriza por la desigualdad de oportunidades para uno de los dos sexos, la exigencia de prueba de parte de la persona demandada, quien deberá probar que la medida neutra impuesta, no tiene efectos discriminatorios y la verificación grupal de la discriminación, a cargo del conglomerado de hombres o mujeres trabajadoras.

Se compone de este modo de dos elementos: Una medida neutra con efecto adverso y la injustificación del efecto adverso.

Al igual que la discriminación directa, la discriminación por resultado también tiene manifestaciones **previas** a la contratación laboral, **durante** la contratación laboral y **finalizado** el contrato.

De este modo, **previas a la contratación laboral**, podemos encontrar:

¹² *Ibidem.* p. 67

¹³ *Ibidem.* Pag. 37

- El Derecho al Trabajo

El derecho al trabajo se encuentra reconocido como un derecho de carácter fundamental en el artículo 56 de la Constitución Política. Con rango superior al de la ley, según lo establece el artículo 7 y 48 de la misma Constitución Política, instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Declaración americana de derechos y deberes del hombre y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen el derecho al trabajo, haciendo referencia a condiciones equitativas, satisfactorias y con retribuciones hacia la obtención de los medios para una vida digna.

- Derecho al acceso al trabajo

El artículo 11 de la CEDAW¹⁵ se refiere al derecho al acceso al trabajo y las políticas de pleno empleo. Sin embargo, se trata de discriminaciones mucho más difíciles de detectar que las acciones que imponen diferenciación de un trato desfavorable contra las mujeres. "Para lograrlo, es necesario incursionar en las reglas y procesos internos de contratación del empleador y la cultura organizacional de la empleadora."¹⁶

Veamos ahora, algunas situaciones que pueden presentar discriminaciones indirectas:

a) Procedimientos de selección de personal (criterios, requisitos o condiciones)

¹⁴ Jiménez Sandoval, (Rodrigo). *Op. Cit.* P.1

¹⁵ CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER. (CEDAW)

¹⁶ JIMENEZ SANDOVAL (Rodrigo) y FERNANDEZ PACHECO (Janina) *Op. Cit.* Pp 68 y 69.

Consiste en utilizar un procedimiento de selección de personal que excluya a un número mayor de mujeres, salvo que se justifique por razones de idoneidad del puesto. Criterios de estatura o fuerza deben ser analizados en el caso concreto, para determinar la justificación según el perfil ocupacional. Los test de personalidad, inteligencia, comportamientos, etc, deben también ser revisados para que no excluyan por sexo o otras razones discriminatorias.

b) Cultura organizacional que excluye a las mujeres y otros grupos sociales.

Un ejemplo claro de exclusión laboral de las mujeres por la cultura organizacional son las instituciones policiales. Estas exigen que sus miembros sean protectores, controladores, disciplinados, agresivos y valientes entre otras cosas; valores que en la mayoría de los casos son relacionados con el sexo masculino.¹⁷

- Derecho a la igualdad en las políticas de ocupación plena

Tal y como se señaló anteriormente, el artículo 56 de la Constitución Política asegura a las mujeres el derecho al trabajo al igual que a los hombres. El ejercicio y goce de este derecho trae como consecuencia la obligación de los Estados de incentivar la ocupación plena sin distinciones de género, principio igualmente contemplado en el Convenio No. 122 sobre Política de Empleo de 1964 de la OIT, debidamente ratificado por nuestro país.

- Derecho a la libertad de elección de empleo.

¹⁷ *Ibidem*. Pp 69-70

En nuestro país, el tema de la libertad de elección de empleo se encuentra principalmente desarrollado por medio de instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos. En el ámbito internacional, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ratificado por Costa Rica y el Salvador, expresa en su artículo 7 inciso b) "el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación respectiva"

Hablemos ahora de las discriminaciones **durante la contratación laboral.**

- Derecho a un contrato de trabajo.

El Código de Trabajo costarricense, a partir de su artículo 18¹⁸ regula el contrato individual de trabajo, al que reconoce validez a partir de la existencia de los elementos prestación, contraprestación y subordinación, restando importancia a su denominación. Igualmente, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto del contrato realidad, lo cual significa que aquel puede irse modificando conforme al desarrollo de la relación laboral de acuerdo al principio de interpretación de la realidad del contrato.

- Derecho a una jornada laboral razonable.

Sobre el particular el artículo 88 del Código de Trabajo señala: **"También queda absolutamente prohibido: b) El trabajo nocturno de las mujeres, con excepción de las trabajadoras a domicilio o en familia, enfermeras,**

¹⁸ Artículo 18 del Código de Trabajo: "Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma"

visitadoras sociales, servidoras domesticas y otras análogas quienes podrán trabajar todo el tiempo que sea compatible con su salud física, mental y moral; y de aquellas que se dediquen a labores puramente burocráticas o al expendio en establecimientos comerciales, siempre que su trabajo no exceda de doce de la noche, y que sus condiciones de trabajo, duración de jornada, horas extraordinarias, etc., estén debidamente estipuladas en contratos individuales de trabajo, previamente aprobados por la Inspección General del ramo.”

Tratándose del trabajador adolescente, vemos como el artículo 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia, dispone: **“El trabajo de las personas adolescentes no podrá exceder de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales. Prohíbese el trabajo nocturno de las personas adolescentes. Se entenderá por este tipo de trabajo el desempeñado entre las 19:00 horas y las 7:00 horas del día siguiente, excepto la jornada mixta, que no podrá sobrepasar de las 22:00 horas”**

- Derecho a un salario.

Valga decir derecho a una remuneración que también contempla los siguientes derechos:

- La no explotación. Este derecho se contempla tanto en la Constitución Política como en diversos instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica, como por ejemplo la Convención Americana de los Derechos del Hombre, la que en su artículo 6

inciso 1, artículo 21 inciso 3, condenan la esclavitud, la servidumbre y prohíben cualquier explotación del "Hombre por el Hombre"

- Derecho a un salario mínimo, según los parámetros del artículo 177 del código de trabajo: **"Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra las necesidades normales de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual se fijará periódicamente, atendiendo a las modalidades de cada trabajo, a las particulares condiciones de cada región y de cada actividad intelectual, industrial, comercial, ganadera o agrícola."**

Por su parte el Convenio No. 131 de la OIT *sobre la fijación de salarios mínimos* de 1970¹⁹, debidamente ratificado por nuestro país, contempla la obligación de los Estados parte de establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos asalariados, para ello deberá tomarse en cuenta las necesidades de sus familias, costo de vida, niveles de productividad, etc.

- Igual Salario por trabajo de igual valor

Este derecho está ampliamente desarrollado en el Convenio No. 100 de la OIT²⁰, en el cual se contempla el término remuneración, que incluye salario o cualquier otro emolumento (incentivos, beneficios, regalías, etc.) los cuales se regirán por el principio de igual salario por trabajo de igual valor. El Convenio no sigue el criterio de que el trabajo sea idéntico, se requiere evaluarlo objetivamente para lograr la

¹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 131 relativo a la fijación de salarios mínimos.*

²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 100 relativo a la igualdad de remuneración.* Ver también artículo 167 del Código de Trabajo.

valoración del principio, salvo que en la evaluación de cada empleo se incorpore la perspectiva de género.

- Derecho a la igualdad en ascenso y en la formación técnica.

En el artículo 1 inciso 5, del Convenio 142 de la OIT, sobre desarrollo de los recursos humanos, se establece que "las políticas y los programas deberán alentar y ayudar a las personas en un pie de igualdad y sin discriminación"

El sistema de OIT de defensa de los derechos laborales, contempla en el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo para personas con discapacidad. Este convenio ratificado por Costa Rica busca preferencialmente capacitarlas y formarlas. En nuestro país, este mandato de la OIT, se desarrolla a través de leyes especiales como es el caso de la ley 7600 de Igualdad de Oportunidades.

El derecho a la igualdad en la formación técnica y profesional, en nuestro país se ve reconocido en el voto 4666-96 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, referente a la exclusión de un grupo de mujeres policías de los cursos de capacitación impartidos por la Escuela Nacional de Policías.

En dicha resolución, se determinó que dichas mujeres han sido efectivamente discriminadas y expresa al respecto:

"....lo sería aun cuando al invocarse la limitación en las instalaciones de la Escuela Nacional de Policía que les afecta solo a ellas se quisiese entender o interpretar que la exclusión o inadmisión es un modo de protegerlas de los riesgos de

*la convivencia con personas de otro género y, en realidad, mucho peor si así fuere. De otro lado, la discriminación alcanza a la esfera de derechos laborales de las recurrentes, pues es evidente que la exclusión que se les ha impuesto las coloca en una posición de desventaja con respecto a las oportunidades laborales de los funcionarios incorporados a los cursos*²¹

"III.- No pierde de vista la Sala que se está ante una relación estatutaria de empleo, regida por el Derecho Público, cuyos principios pueden ser distintos, e incluso, contrapuestos a los laborales comunes (Voto de la Sala Constitucional, No. 1696, de las 15:30 horas, del 23 de agosto de 1992), los cuales pueden ser desplazados, ante el principio de legalidad al que deben sujetar su acción las entidades públicas, tanto centralizadas como descentralizadas (artículos 11 constitucional, 11 y 13 de la Ley General de la Administración Pública). En este orden de ideas, no se desconoce, tampoco, que tratándose de estudios integrales de puestos, reasignaciones y reclasificaciones, así como de otras actividades de igual naturaleza y por imperio del principio de legalidad, la actividad de la demandada se encuentra sujeta a las distintos cuerpos legales y directrices que gobiernan la materia. Sin embargo, no es posible pensar en una dicotomía entre el bloque de legalidad y el principio de igualdad, consagrado en los artículos 33 y 57 de la Constitución Política, así como en los diferentes tratados internacionales, pues incluso, acudiendo a la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico establecidas en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, la Constitución es la fuente primigenia. Así las cosas, en la ejecución y cumplimiento de los normas que encausan la actividad administrativa en casos como el que nos ocupa, se debe respetar el derecho fundamental a la igualdad, y su contrapartida de no discriminación. Reflejo de este principio genérico de igualdad

²¹ **Ver** resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1696-92.

es que "a igual trabajo igual salario, en iguales condiciones de eficiencia", según reza el contenido del artículo 57 de la Carta Magna. Por gracia de este principio, debe darse un trato igual a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias; lo que significa que, frente a situaciones disímiles, puede darse un trato diverso, sin vulnerar con ello el precepto en comentario. Desde 1990, señala la actora en su libelo de demanda, tenía no solo los requisitos legales y académicos (como lo es la aprobación del Curso de Registros Médicos, cuyo título se observa en el expediente administrativo aportado, folio 54 y que refiere la acción de personal visible al folio 30 del mismo expediente), sino que cumplía también las mismas funciones que sus compañeros, quienes sí fueron reasignados. La entidad demandada, por su parte, no ha hecho prueba alguna de que en aquella época la actora cumpliera funciones distintas (aportando, por ejemplo el Manual Descriptivo correspondiente) o que careciera de los requisitos académicos indispensables, conforme estaba obligada, según los artículos 461, inciso c) y 464 del Código de Trabajo y 317 del Código Procesal Civil, éste último aplicable en materia laboral, por virtud del numeral 452 del primer Código citado. Más aún, de acuerdo con el documento visible a folio 23, existen funcionarios del Departamento de Registros Médicos y Estadísticos de Salud que realizan las mismas funciones que la Sra. E.C.G. y fueron recalificados como Oficinista 4. IV.- De lo anterior se deduce que en la época del estudio de puestos de Registros Médicos, la actora se encontraba en igualdad de circunstancias que sus compañeros, con la única excepción de que fue ascendida a Oficinista 2. La exclusión de ésta plaza del estudio en comentario se originó en una falta de coordinación entre las diferentes secciones que conocieron del ascenso de doña E.C. y, del estudio del Area de Registro Médicos (cuyas consecuencias no tiene porqué sufrir el funcionario), pues como señala la Doctora J.O.M., en nota de 30 de noviembre de 1994: "Dicho cambio no fue comunicado a esta Sección, en esa oportunidad ni en otras posteriores, de haberse

*hecho la comunicación respectiva, se hubiera arreglado este caso, en dos estudios complementarios que se realizaron, para corregir algunos errores producto del primer estudio" (folio 38). Así las cosas y según quedó dicho, el trato brindado a la reclamante fue discriminatorio, porque cumpliendo iguales funciones y teniendo iguales requisitos (no se demostró cosa diferente), su plaza no fue incluida en el estudio respectivo, negándosele de esa forma la reasignación que entró en vigencia para sus compañeros en julio de 1990 y hasta julio de 1994, fecha en que fue reasignada por otro estudio. Por demás está decir, que tampoco la demandada fundó su argumentación en algún cuerpo normativo o en alguna directriz específica. V.- Como corolario de lo expuesto, se impone confirmar el fallo impugnado, pero aclarando que a lo que tiene derecho la actora, es a disfrutar de las diferencias salariales correspondientes entre el puesto de Oficinista 2 y el de Oficinista 4, desde la fecha en que rigió la reasignación efectuada para sus compañeros, julio de 1990, y hasta el momento en que su plaza fue reasignada, julio de 1994."*²²

Respecto de este es importante mencionar el voto 567-91 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema en el que se analiza el caso de una persona invidente a la que se le violentó su derecho a optar por un puesto al no haberse adaptado los exámenes al sistema braille. Si bien el recurso no fue interpuesto por mujeres con discapacidad, sienta un precedente importante, al dictaminar que "no basta el simple respeto a que no ha existido animus discriminatorio tratándose de la responsabilidad administrativa"

- Derecho a la no violencia en el ámbito laboral.

²² SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Resolución N° 147 de las nueve horas cincuenta minutos del 24 de junio de 1998.

La Convención de Belén do Pará, ratificada por todos los Estados de la región, otorga el marco general del derecho a una vida sin violencia en el ámbito laboral. Su ámbito de aplicación es tanto el privado como el público.

En ella se determina que la violencia contra la mujer incluye las esferas física, sexual y psicológica y comprende entre otras el acoso sexual en el lugar de trabajo. Así, la ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia nace con el objeto de sancionar esta acción violenta contra la mujer, pero más importante aún para prevenirla y erradicarla.

c. Los procesos discriminatorios en Costa Rica.

En tesis de principio y tomando como base al maestro Montoya Melgar, podemos afirmar que el despido es *"el acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo"*²³ como expresión de la libre autonomía de la voluntad. Sin embargo, tal prerrogativa contractual se ve obstaculizada, especialmente, por la particular naturaleza del contrato laboral ya de sobra enmarcada.

Así, se observa cómo dentro de las fuentes que inspiran el derecho de trabajo, destaca **el principio de continuidad**, principio éste que se encamina hacia la obtención del grado máximo de estabilidad en el empleo.

A partir de lo anterior, se extrae que estos dos aspectos: *la libertad del empleador de dar por terminado su contrato y las fuentes inspiradoras del derecho laboral que buscan la estabilidad en el empleo*; deben encontrar su justo medio, un punto de equilibrio que impida a los empleadores despedir sin mayor motivo ni causa a sus trabajadores o al menos que los indemnice por ello, o que un trabajador se convierta en la cadena perpetua de un empleador, el cual no puede dar por terminada su relación al amparo del principio de estabilidad.

Por ello, vemos como gran parte de los sistemas jurídicos prevén las causales específicas que autorizan al empleador a dar por finalizada una relación de trabajo, sea con responsabilidad patronal o sin ella, vedando así su autonomía contractual, al menos en forma ilimitada. De lo anterior, se extraen clasificaciones como la de despidos *procedentes o improcedentes*, cuya diferencia básica estriba en el pago de extremos indemnizatorios en el caso de despidos improcedentes.

²³ MONTOYA MELGAR, (Alfredo) *Despido por causas objetivas y disciplinarias*. Compilador ARDÓN (Victor

En el caso de la legislación costarricense el asunto resulta más interesante, pues aún cuando en el artículo 81 del Código de Trabajo se describen una serie de causales atribuibles al trabajador, y que autorizan al empleador a dar por terminada su relación sin responsabilidad patronal; o el caso del artículo 83 que autoriza al trabajador a dar por roto su contrato con responsabilidad patronal si se incurre en alguna de las causales ahí descritas; lo cierto es que el empleador está facultado para dar por terminada cualquier relación

laboral, siempre y cuando cancele al trabajador los extremos indemnizatorios y los extremos de aguinaldo y vacaciones que pudieren corresponderle. Valga decir, al empleador le está autorizado en libre despido, sin necesidad de invocar causal alguna, eso sí, liquidando al trabajador como si se tratará de un despido improcedente, el cual implica responsabilidad patronal.

Ahora, sin perjuicio de lo hasta ahora expuesto, no podemos dejar de resaltar la existencia de otro tipo de despidos, menos comunes y con mayores

limitaciones, y que doctrinariamente han sido denominados despidos nulos.

Señala Montoya Melgar que lo característico de estos despidos no es la existencia o inexistencia de una determinada causal, sino la presencia de circunstancias específicas cuyo uso como causa de despido resulta diametralmente opuesta a principios esenciales del ordenamiento jurídico, por lo que resultan discriminatorios. Inclusive, se afirma que en rigor, se trata de despidos improcedentes, sin embargo por la especial gravedad que revisten, hace que el Derecho reaccione oponiéndoles no

la tacha de la improcedencia sino la más severa de nulidad.

Tal y como fue apuntado líneas atrás, el empleador es libre de despedir a un trabajador sin justa causa que lo autorice, en el entendido que le cancelara los extremos económicos que le correspondieren según nuestro sistema tarifario. Sin embargo, esta potestad se encuentra expresamente limitada en cinco casos particulares, donde por motivos de índole discriminatorio se protege al trabajador de un posible despido. Y es que esta facultad del

empleador facilitaría en mucho los despidos por razones discriminatorias, bajo el escudo del libre despido.

Se habla así de un fuero de protección donde la potestad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo por su sola voluntad se encuentra vedada y es en los siguientes casos:

1. El caso de la trabajadora embarazada o en período de lactancia:

Nuestro Código de trabajo es claro al indicar que está prohibido el despido de las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia²⁴, salvo que ésta haya incurrido en falta grave según los términos del artículo 81 del Código nacional.

Evidentemente se trata aquí de un despido nulo por razones de fondo, por motivos discriminatorios. Sin embargo, la norma también prevé la posibilidad de un despido nulo por razones de forma, cuando indica que el despido con justa causa sí está autorizado, siempre y cuando se gestione ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo. Caso contrario, al igual que si se tratará de un aspecto de fondo, la trabajadora puede gestionar su reinstalación en pleno goce de todos sus derechos.

²⁴ Artículo 94 del Código de Trabajo: "Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieran en estado de embarazo o en periodo de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes de deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo , para lo cual deberá comprobar la falta...."

Ahora, la posibilidad de esta reinstalación es la que si duda alguna nos lleva a concluir que estamos en presencia de un despido nulo, pues resulta dable que el negocio regrese a su estado original o al estado previo al acto jurídico que la generó; efecto típico de una declaratoria de nulidad.

Un dato interesante es que en este particular caso, la trabajadora también puede optar entre la citada reinstalación o una indemnización económica debidamente tasada en el artículo 94 bis del código de cita.

2. Funcionarios públicos:

Los funcionarios públicos también gozan de un fuero de protección frente al despido libre, en principio cuando se trate de funcionarios sometidos al Régimen Estatutario o cuando algún instrumento jurídico vinculante para ellos así lo establezca.

Destaca así en la relación estatutaria el principio de estabilidad en el empleo. Dicho de otro modo, no está autorizado legalmente el despido del funcionario público a no ser por causa justificada, por lo que también opera la reinstalación, ó la indemnización a voluntad del trabajador.

3. Trabajadores en el ejercicio de sus derechos sindicales:

Con la adición al título Quinto, del Capítulo Tercero del Código de Trabajo, relativo a la protección de los derechos sindicales, surge lo que muchos han denominado el fuero sindical.

Valga decir, se consigna la prohibición de acciones u omisiones que tiendan a limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las condiciones de los trabajadores. Se agrega además, que cualquier acto que de ellas se origine es absolutamente nulo.

Se protege de esta manera el ejercicio de la libertad sindical declarada constitucionalmente, pero también es claro que el trabajador tiene derecho a ser reinstalado en su puesto.

4. El trabajador adolescente:

Se habla indiscriminadamente de este caso como uno más de los que integran el llamado fuero de protección, sin embargo, se debe resaltar que en esta particular relación se dan dos supuestos diferentes:

a. De acuerdo con el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 90 **"El patrono deberá notificar el despido con responsabilidad patronal de una**

persona adolescente trabajadora a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dentro del plazo del preaviso, con el fin de que le brinde a la afectada el asesoramiento necesario acerca de los derechos indemnizatorios originados en el despido”

Ahora, ¿cuáles podrían ser las consecuencias de omitir tal comunicado? En primer término, y en el caso del trabajador adolescente, que se presente ante las autoridades de trabajo a formular el reclamo por las diferencias en su indemnización que no le fueron debidamente canceladas. No obstante, tratándose del empleador, parece que las consecuencias se remiten a la posibilidad de ser sometido a un proceso por infracción a las normas laborales y pagar una multa por esto, mas no, que se le obligue a restituir al trabajador.

Dicho de otro modo, no existe prohibición al libre despido del trabajador adolescente en el entendido que se trate de un despido con responsabilidad patronal y llevando a cabo el comunicado antes indicado; caso contrario podrá sufrir las consecuencias antes señaladas. Así las cosas, vemos que bajo este supuesto no podemos pensar en la nulidad del acto, porque no es posible pensar en reinstalación.

b. Veamos ahora el segundo supuesto. Dice el artículo 91 del código de cita en lo que interesa: *"Antes de despedir por justa causa a una persona adolescente trabajadora, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo su autorización...Esta oficina verificará la existencia de la causal alegada...El incumplimiento de esta disposición hará incurrir al patrono en responsabilidad y la persona menor de edad podrá solicitar la satisfacción de sus derechos indemnizatorios o la **reinstalación.**"*

En mérito de lo anterior, se vislumbra una situación muy particular, toda vez que lo que en principio podría ser considerado como un despido improcedente por la no demostración de la causal alegada, se convierte en un despido nulo al preverse la reinstalación.

5. Quien presente una denuncia por acoso u hostigamiento sexual:

La promulgación de la Ley contra el Hostigamiento sexual en el empleo y la docencia, surge con el objeto de erradicar el hostigamiento sexual como práctica **discriminatoria** en razón del sexo, contra la mujer y el hombre que los padezcan. Por ello, la misma no sólo busca sancionar al acosador, sino también proteger a él o la denunciante, de aquellos actos arbitrarios de los que podría valerse un superior (generalmente quien acosa), cuando la víctima decide denunciar el hecho.

Dentro de esos posibles actos arbitrarios y en evidente abuso de su poder de dirección, al cual podría recurrir el empleador es claro está, el despido.

Dice la ley en su artículo 15 en lo que interesa: "*quien haya formulado una denuncia de hostigamiento sexual, solo podrá ser despedido por causa justificada, originada en falta grave*"²⁵ e inclusive dicho despido también debe tramitarse a través del Ministerio de Trabajo, bajo pena de que la trabajadora pueda terminar la relación laboral con responsabilidad patronal. Nótese así que bajo este presupuesto, se trata de un despido improcedente.

²⁵ Ley contra el Hostigamiento sexual en el Empleo y la Docencia, Artículo 15

Ahora, según lo anteriormente expuesto, si únicamente está autorizado el despido con causal justificada y además siguiendo una serie de requisitos; ello necesariamente implica que no existe autorización para realizar un despido sin justa causa, es decir, el patrono no puede terminar la relación laboral por su sola voluntad ni aún pagando todas las indemnizaciones que pudieren corresponderle; caso contrario, perdería sentido desautorizar el despido libre pues el resultado sería el mismo: el pago de sus extremos laborales.

Así las cosas, se considera que en amparo de los principios constitucionales y legales en pro de la **no discriminación**, el juez debe y puede declarar la nulidad y reinstalar; y que está es la única reparación posible ante el despido discriminatorio.

II.- La igualdad de género en el mundo del trabajo.

a. Igualdad sin discriminación

El derecho a la igualdad, entendido éste en los términos líneas atrás apuntados de tratar a las cosas iguales de igual manera y a las diferentes de manera diferente, es de difícil encuadramiento en el contexto de género, si partimos del principio de que hombres y mujeres son de por sí diferentes.

*"Decir que la igualdad de género exige que las mujeres sean tratadas igual cuando son iguales y diferente cuando son diferente, es una aseveración que a menudo dejará a las mujeres en una posición vulnerable. El tradicionalista responderá que es legítimo discriminar contra las mujeres casadas en el lugar de trabajo, porque – como resultado de matrimonios contraídos libremente- las madres saben que de ellas se espera cuidar a la prole y el hogar; los patronos deberían tener el derecho de dar los mejores empleos a los trabajadores que no están sobrecargados con responsabilidades familiares y por lo tanto pueden dedicar toda su atención al trabajo. Esto es tratar a las mujeres diferente porque están en una situación distinta a la de los hombres"*²⁶

Visto de este modo, es evidente que tratar a hombres y mujeres de igual manera, va más allá de una igualdad simple ante las leyes e instituciones. La igualdad de género exige la eliminación de normas masculinas, como es el caso de las normas "del o la trabajadora ideal en el trabajo de mercado"²⁷ como un primer paso para traer la igualdad a las mujeres.

²⁶ WILLIAMS, (Joan). *Igualdad sin discriminación*. Antología Curso DERECHO LABORAL OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO Proyecto de Mejoramiento de las Condiciones de Trabajo y de Vida de las Trabajadoras de Maquila. . Corte Suprema de Justicia. Pag. 2

²⁷ *Ibidem* Pag. 3

Este trabajo gira en torno de un trabajador ideal que está en posibilidad de trabajar tiempo ordinario y extraordinario y que no requiere de tiempo libre en caso de maternidad o para el cuidado de los menores. Esta norma del trabajador ideal es un claro ejemplo de una norma con género, por un motivo muy simple y es que los hombres no quedan embarazados.

Así las cosas, la igualdad requiere igual tratamiento de ambos sexos ante normas que no están diseñadas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres. "La igualdad de género exige, no sólo igual tratamiento ante leyes y normas existentes o cambios a una ley o norma específica, sino que también exige acción afirmativa"²⁸

Para Joan Williams una forma de alcanzar la igualdad es eliminando privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres y las desventajas tradicionalmente padecidas por las mujeres. Pero, no podemos esperar eliminar privilegios tradicionalmente otorgados a los hombres, sin también eliminar los privilegios tradicionalmente otorgados a las mujeres.

*"Para generar una teoría congruente, una debe empezar por que la posición de eliminar privilegios tradicionales masculinos, en nombre de la igualdad, también elimine los asignados solamente a las mujeres"*²⁹

El punto clave es entonces desvincular los privilegios tradicionales del sexo (la forma del cuerpo) y vincularlos al género (roles sociales)³⁰

²⁸ *Ibidem* Pag. 3

²⁹ *Ibidem*. Pag. 7

En contextos en los cuales están involucrados los privilegios tradicionales de los hombres, la igualdad se puede alcanzar simplemente abriendo esos principios para todas las personas sin importar su sexo. En el contexto de los privilegios tradicionales de las mujeres, el remedio correcto es hacer esos privilegios accesibles a todas las personas que asumen roles de género.

Será entonces la sensibilidad al género y al poder, la que brindará pautas para el diseño de medidas correctivas para lograr igualdad de género. "Primero los privilegios tradicionales de los hombres deberían extenderse a las mujeres que desempeñan roles tradicionales masculinos. Segundo las desventajas tradicionales de las mujeres deberían ser eliminadas para ambos sexos; pretender extenderlas a los hombres, inevitablemente resultará ser una ficción. Finalmente, los privilegios tradicionales de las mujeres deberían extenderse a los hombres que desempeñan roles tradicionalmente femeninos, cambiando el objetivo de ellos, de sexo (forma del cuerpo) a género (roles sociales)."³¹

Ahora, la puesta en práctica de tales medidas exige entre otras cosas la destrucción de normas masculinas, es decir aquellas normas que giran alrededor del llamado trabajador ideal.

Lo anterior se ve motivado en que dejar intactas las normas del trabajador ideal no brinda igualdad para las mujeres, toda vez que impide la igualdad de oportunidades excepto para las mujeres trabajadoras ideales. Personas con varias formas de cuerpo pueden desempeñarse como trabajadores ideales, no es una norma vinculada al sexo,

³⁰ *Ibidem*. Pag. 7

³¹ *Ibidem* Pag.9

pero sí con el género, valga decir con los privilegios de género que gozan los hombres como grupo.

Ofrecerles a las mujeres la oportunidad de desempeñarse como trabajadoras ideales, sin el torrente de trabajo familiar que apoya al trabajador ideal masculino, no es una oferta de igualdad, sino de discriminación prolongada. "la verdadera igualdad económica de las mujeres exige destruir la norma del trabajador ideal y reconstruir el trabajo de mercado con la oferta de horarios más flexibles, que permita a las trabajadoras y trabajadores dar a la niñez los tipos de cuidado diario que sentimos necesitan."³²

La igualdad de género sin discriminación requiere primero que la norma del trabajador ideal sea sustituida con una que no exija de las personas que trabajan, el poder social que tienen los hombres (sexo masculino), ni otros privilegios accesibles a la mayoría de éstos y a muy pocas mujeres.

Es pues prioridad, tratar de eliminar las normas masculinas, como parte de un proceso de equiparación de oportunidades. Sin embargo cuando las desventajas de las mujeres se originan, no de una norma masculina que se mantiene en pie por una sola institución o un solo agente, sino más bien de muchas personas tanto hombres como mujeres que se dejan llevar por estereotipos, es difícil pensar en un método efectivo.

De este modo, la igualdad de oportunidades exige no sólo tratar a hombres y mujeres por igual ante las leyes e instituciones existentes, sino también cambiar aquellas leyes, instituciones y patrones culturales que están estructuradas alrededor de los cuerpos y los patrones de vida de los hombres.

**b. Situación actual de la mujer en el mundo del trabajo desde la
óptica de la O.I.T.**

³² *Ibidem.* Pag. 11

Para adentrarnos en el tema del papel que la mujer desempeña en el mundo del trabajo, debemos necesariamente aludir al concepto de "discriminación" en el empleo, desde la óptica de la OIT.

De acuerdo con la OIT, por discriminación se debe entender **cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;**³³ de este modo, se podrá decir que existe discriminación siempre que una persona no disfruta plenamente de las mismas oportunidades o del mismo trato del que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión, por motivos que, en principio, no deberían tomarse en cuenta. Sin embargo, la igualdad de oportunidades y de trato se puede ver afectada no sólo por estas actitudes negativas, que son las más evidentes, sino también por actitudes que crean preferencias, y que a menudo, son más difíciles de descubrir.

Por otra parte, no se deberán considerar como discriminatorias y deberán pues excluirse de dicha calificación, todas aquellas medidas especiales de protección o de asistencia prevista en otros Convenios y/o Recomendaciones de la OIT, así como en diversas normativas nacionales.³⁴

La aplicación de la normativa contra la discriminación, debe tomar en cuenta la igualdad de oportunidades y de trato, en las políticas de acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; de acceso a los medios de formación profesional y de admisión en un empleo de su propia elección basándose en la aptitud

³³ ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio Nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.*

individual para dicha formación o empleo; de ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona; las políticas de seguridad en el empleo y remuneración por un trabajo de igual valor; en fin, en toda condición de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales que tengan relación con el empleo.

Pues bien, demos paso entonces a los convenios internacionales de la O.I.T de aplicación al caso en estudio.

El principio básico del Convenio Nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, es adoptar las medidas necesarias, adecuadas a las condiciones y prácticas nacionales, con el fin de desarrollar la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, y de este modo, eliminar cualquier discriminación al respecto.

Ya señalábamos párrafos atrás, que es precisamente en este Convenio donde encontramos una definición de discriminación, término que comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión opinión política, ascendencia nacional y origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de trato en el empleo o en la ocupación.³⁵

Por su parte, la Comisión de Expertos ha distinguido tres elementos en la definición del Convenio. Por una lado, señalan, un hecho que constituye la diferencia

³⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Como combatir la discriminación en el empleo. Guía Práctica*. Pág. 9

de trato, sin precisar si su origen es una acción o una omisión. Por otro lado, un motivo determinante de dicha diferencia. Finalmente, el resultado objetivo de tal diferencia de trato, ésto es, la anulación o la alteración de la igualdad de oportunidad o de trato.³⁶

Por su parte, si bien el Convenio Nº 111 reconoce la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social, como las causas más corrientes o más alarmantes de discriminación, esta lista no es exhaustiva, dado que la OIT reconoce que el problema de la discriminación proviene, en forma general, de toda consideración de cuestiones ajenas a las exigencias de los empleos o a las aptitudes de los individuos.

Se prevé también en el Convenio, que cada país pueda incluir en su definición cualquier otra causa de discriminación que le parezca adecuada, previa consulta a las organizaciones de trabajadores y de empleadores.³⁷

Contrariamente, surge también la posibilidad de que los Estados identifiquen ciertas medidas que no se consideran como discriminatorias, entre las que se encuentran:

- Medidas basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado
- Medidas basadas en razones de seguridad del Estado

³⁵ ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO *Convenio Nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*. Artículo 1

³⁶ POTOBSKY VON (Geraldo) y BARTOLOMEI DE LA CRUZ (Hector). *El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*. Organización Internacional del Trabajo. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991. Pag. 160

³⁷ ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO *Convenio Nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*.

- Medidas especiales y de protección previstas en otros Convenios de la OIT

Estos casos de excepción, son situaciones que, en caso de que un país se encontrase en alguna de esas circunstancias, el Convenio no le prohíbe se establezcan distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, religión, que tenga por objeto, alterar, anular la igualdad de oportunidades o de trato. Por su parte, si bien estas situaciones han sido enunciadas limitativamente, el Convenio establece que todo miembro, previa consulta a sus organizaciones de empleadores y de trabajadores, puede definir como "no discriminatoria" cualquier otra medida especial.

Establecido lo anterior, nos centraremos de seguido en el tema de la discriminación por razón del sexo, que es el objeto del presente estudio e iniciaremos con el panorama actual al respecto.

Es de todos conocido que en la última parte del siglo pasado se ha producido un impresionante avance económico y tecnológico con importantes repercusiones en la sociedad moderna, al crearse muchas oportunidades económicas nuevas. Pero, el ritmo del progreso social se ha rezagado en comparación con el acelerado ritmo de la nueva economía global. Paradójicamente, no todos los hombres ni todas las mujeres han podido cosechar los beneficios del progreso económico.

Hoy día, sobradamente se conoce que los procesos de mundialización, reestructuración económica y flexibilización de la producción han provocado cambios en las pautas de empleo para todos los trabajadores sin importar su género. En las últimas décadas, los cambios en los perfiles demográficos y en el empleo, han afectado las vidas cotidianas de los hombres, las mujeres y las familias. Ha habido un aumento

en la esperanza de vida, una disminución del tamaño de las familias, mayor movilidad de las personas y se ha incrementado el número de las familias con dos fuentes de ingresos y de las familias monoparentales.³⁸

El empleo se ha tornado más inseguro e inestable, y un creciente número de mujeres necesitan y quieren generar rentas independientes. Los plazos y las condiciones de participación de los hombres y las mujeres en el mercado de trabajo se han redefinido. A medida que se ha introducido mayor flexibilidad en los procesos productivos y se ha expandido el sector de los servicios, la demanda del trabajo femenino ha aumentado.

Sin embargo, la reforzada participación de la mujer en el empleo retribuido no se ha debido sólo a factores y acondicionamientos económicos, sino que responde también a cambios en las percepciones y aspiraciones de las mujeres con respecto a su papel en la sociedad y a sus prioridades en la vida. Hoy es mayor que antes la proporción de la mano de obra que se enfrenta a las exigencias contrapuestas del trabajo y de las responsabilidades familiares. Han emergido nuevas tendencias en la participación en la mano de obra.³⁹

Tal y como señala la propuesta de la OIT para acelerar la puesta en práctica de la plataforma de Acción de Pekín, desde principios de la década de 1980, la participación de las mujeres en el trabajo retribuido ha aumentado significativamente y ha disminuido la diferencia entre las tasas de participación del hombre y de la mujer en

³⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Un Trabajo Decente para las mujeres. Una propuesta de la O.I.T. para acelerar la puesta en práctica e la Plataforma de Acción de Pekín.* Pág. 1

³⁹ *Ibidem* Pag. 3

el total de la población activa. Según se ha determinado, las mujeres representan ahora más del cuarenta por ciento de la fuerza de trabajo total.

La interrogante que surge entonces es ¿Qué ha originado este cambio? Para la OIT, son varios los factores que explican las diferencias existentes entre los países en cuanto a nivel y plazos de la participación de las mujeres: la estructura y la organización del sistema de producción; las condiciones del mercado de trabajo y sus regulaciones; el sistema educativo y de formación; y las actitudes sociales dominantes, incluidas las relativas a los roles atribuidos al género. Pero en todas partes se han venido creando más puestos de trabajo para las mujeres que para los hombres. Cada vez es mayor el número de mujeres mejor educadas que están alcanzando puestos de responsabilidad y son también más las mujeres que crean sus propias empresas.⁴⁰ Estos cambios positivos en relación con la participación de la mujer en el empleo retribuido hacen ciertamente más visible su contribución económica.

Ahora bien, a partir de lo anterior podríamos afirmar que ha mejorado su situación en el empleo? La verdad es que ello no ha sucedido. Las mujeres siguen encontrándose predominantemente en ciertos tipos de ocupaciones en el sector de los servicios, en la economía no regulada y en la agricultura.⁴¹

Según la OIT, como grupo, se concentran en tareas mal pagadas y de baja capacitación, y la probabilidad de tener que asumir empleos a tiempo parcial o eventuales las hace más susceptibles que sus homólogos varones a la pobreza y a la exclusión social.

⁴⁰ *Ibidem.*, Pag. 3

⁴¹ *Ibidem* Pag.3

Las mujeres mejor educadas rara vez consiguen romper el llamado «**techo de cristal**» que les impide alcanzar puestos de máximo nivel directivo y profesional⁴². La participación en la toma de decisiones sigue siendo una de las áreas más reacias a la igualdad entre los géneros. Cuanto más alto es el puesto, más flagrante es la diferencia por razón del género: las mujeres ocupan menos del 5 por ciento de los puestos de máximo nivel en las grandes empresas.

Existen tres características que afectan al trabajo de la mujer y constituyen la prueba más evidente de la discriminación en el empleo entre hombres y mujeres, siendo éstas los principales polos de atención de la OIT.

La primera de ellas es la discriminación en el plano profesional, que se pone de manifiesto cuando se califica a ciertas profesiones de más «apropiadas» para un sexo que para otro. La discriminación profesional puede producirse sobre una base horizontal, en forma de una lista reducida de sectores de actividad y ocupaciones donde se observa un elevado porcentaje de mujeres, frente a una gama más amplia de actividades, desempeñadas principalmente por el hombre; o puede producirse en sentido vertical, como pone de manifiesto la existencia del llamado «techo de cristal», que impide el acceso de las mujeres a los puestos de mayor responsabilidad y de toma de decisiones.

La segunda característica se refiere a las diferencias de remuneración entre los trabajadores y las trabajadoras, que se deben en gran parte a la discriminación profesional, pero que abarca también la diferencia de remuneración por un trabajo de igual valor.

⁴² *Ibidem*. Pag. 3

La tercera característica estriba en la «doble jornada laboral» a la que tienen que enfrentarse las mujeres que desempeñan una actividad económica y que, además, tienen que asumir casi en solitario todas las responsabilidades familiares y domésticas. Ello supone también una distribución injusta de la carga laboral entre hombres y mujeres, a la vez que impone limitaciones a la capacidad de la mujer para competir en términos de igualdad con el hombre en el mercado de trabajo.

Ahora bien, si centramos nuestra atención en la Constitución de la OIT, vemos que la Declaración de Filadelfia, recoge la afirmación de que «todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades».

Aunque la mayoría de las normas laborales internacionales se aplican a los trabajadores en general, sin distinción de sexos, algunos convenios y recomendaciones se refieren específicamente a la mujer. La orientación de la labor normativa de la OIT en esta materia gira en torno a dos preocupaciones fundamentales. La primera es la de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso a la formación, al empleo, a la promoción, a la organización y a la toma de decisiones, y lograr la igualdad de condiciones en lo que se refiere a los salarios, las ventajas, la seguridad social y las prestaciones de carácter social que van ligadas al empleo. La segunda preocupación es la de proteger a la mujer trabajadora, en especial en lo que se refiere a las condiciones de trabajo que pudieran representar riesgos para la mujer embarazada.

<p>➤ Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (No. 100): Prevé que, para un trabajo de igual valor, la remuneración del hombre y de la mujer será igual.</p>	<p>➤ Convenio sobre el trabajo a domicilio, 1996 (No. 177): Promueve la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los demás asalariados.</p>
<p>➤ Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (No. 103): Establece la protección de la maternidad para las mujeres en el trabajo</p>	<p>➤ Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (No. 182) y Recomendación, 1999 (No. 190): Procura erradicar las peores formas de trabajo infantil, incluidos el tráfico de niños, la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso, la prostitución y demás actividades ilícitas en las que se involucren niños.</p>
<p>➤ Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (No. 111): Promueve la igualdad de derechos entre los hombres y mujeres en el lugar de trabajo (también abarca discriminación por motivos que no sean de sexo)</p>	<p>➤ Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998: Establece la obligación universal renovada de respetar, promover y aplicar los principios inherentes a las siete normas fundamentales del trabajo, como la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio y la</p>
<p>➤ Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (No. 156): Promueve la repartición de las responsabilidades familiares y la igualdad efectiva de oportunidades y trato para las trabajadoras y los trabajadores que asumen esas responsabilidades.</p>	
<p>➤ Convenio sobre trabajo a tiempo parcial, 1994 (No. 175): Establece que</p>	

<p>la protección y los beneficios de los trabajadores a tiempo parcial son equivalentes a los concedidos a los trabajadores a tiempo completo que efectúan un trabajo comparable.</p>	<p>abolición efectiva del trabajo infantil.</p> <p>➤ <i>Convenio sobre la protección de la maternidad (No. 183)</i>, adoptado en junio del 2000⁴³</p>
---	---

Pues bien, tal y como se señaló en la propuesta de la OIT para acelerar la puesta en práctica de la Plataforma de Acción de Pekín, a pesar de los avances de las últimas décadas hacia la igualdad de los géneros en el mundo del trabajo, la cuestión del género sigue siendo en él una fuente constante de desigualdades y de inadecuado empleo de los recursos humanos.

Según se indica en el citado documento, hay varias áreas críticas para las mujeres trabajadoras que requieren especial atención:

- ◆ pobreza y crecientes desigualdades,
- ◆ la economía no estructurada,
- ◆ la economía de prestación de asistencia,
- ◆ nuevos sistemas de protección social para todas las mujeres y hombres,
- ◆ las implicaciones con relación al género de un mercado de trabajo excedente en el contexto de las economías abiertas,
- ◆ equilibrio de oferta y demanda de trabajo en el contexto de los avances en las comunicaciones y la tecnología de la información,
- ◆ el impacto del trabajo o de la falta de trabajo en las vidas de las familias y de las
- ◆ personas,
- ◆ mercados inestables y vulnerabilidad a las crisis.

Para la OIT el objetivo primario hoy, es entonces promover oportunidades para que mujeres y hombres obtengan trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y respeto de la dignidad humana.⁴⁴ Todas las personas que trabajan, mujeres y hombres, tienen derechos laborales. No sólo las asalariadas en las empresas del sector estructurado, sino también las personas empleadas por cuenta propia, las trabajadoras eventuales y las del sector no estructurado, las sumergidas, y predominantemente las mujeres trabajadoras de la economía asistencial o del ámbito doméstico.

⁴³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La O.I.T. y la igualdad entre las mujeres y los hombres en el trabajo*. p. 4

c. Situación de la mujer en el plano costarricense.

Echemos ahora un pequeño vistazo a la realidad costarricense. El séptimo informe del Estado de la Nación, en su capítulo sobre "Equidad entre los Géneros" aborda el tema de los derechos laborales de las mujeres señalando que en el contexto de flexibilización de las normas reguladoras y de exclusión de una serie de figuras de su ámbito proteccionista, las mujeres enfrentan un empobrecimiento del derecho del trabajo, ligado a las condiciones de género que las convierte en parte de la cadena más vulnerable de personas trabajadoras ésto a pesar del crecimiento cuantitativo del empleo de la mujer, al cual no le ha correspondido un aumento en la calidad de su empleo, es decir, se han producido algunas mejoras, pero el avance ha sido desigual y limitado.⁴⁵

De acuerdo con el informe de cita, en el caso costarricense, la mujeres tienen una creciente tasa neta de participación, por lo que su peso dentro de la fuerza de trabajo es cada día mayor. Desde 1995 la PEA femenina crece cada día más rápidamente que la masculina (19,1% versus 10,2%) y que la población ocupada (18,6% frente a 10,4%).

⁴⁴ *Ibidem*. Pag.3

⁴⁵ PROYECTO ESTADO DE LA NACION. *Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible*. San José. Costa Rica.

Sin embargo, esta participación toma la forma de desempleo abierto en mayor medida que entre los hombres. Además las mujeres son más afectadas por la subutilización total, en la que al desempleo abierto se suma una jornada laboral reducida por razones ajenas a su voluntad (subempleo visible) y las insuficientes remuneraciones a su trabajo (subempleo invisible)

Las distribuciones por sectores de actividad, también indica diferencias entre los géneros. Mientras los hombres se ubican principalmente en el sector primario, las mujeres lo hacen en los servicios sociales y personales (44,5%), en el comercio (26%) y en las industrias manufactureras (15,6%). En general, las mujeres tienen una mayor concentración en actividades del sector terciario, el más dinámico de la economía en la generación de empleo.⁴⁶

En nuestro país, tal y como señala el Informe, el empobrecimiento en las condiciones de trabajo de las mujeres se manifiesta principalmente en diferencias para el acceso y permanencia en el trabajo, tales como la preferencia de la contratación de mano de obra masculina frente a la femenina, las diferencias salariales, la discriminación en ascensos y capacitaciones, la exclusión laboral en época reproductiva, el despido por embarazo, lactancia y maternidad, y el hostigamiento sexual.

En este sentido, el análisis de la realidad costarricense no se encuentra alejado de lo que ya se hacía ver en la Propuesta de la OIT para el trabajo decente, cuando expresaba que si ha habido oportunidades de mejores empleos para una pequeña

⁴⁶ PROYECTO ESTADO DE LA NACION. *Estado de la Nación en Desarrollo Sostenible. San José. Costa Rica*

minoría, pero la mayoría de las mujeres trabajadoras siguen en una situación desventajosa.

- i) ***en cuanto a la oferta del mercado de trabajo***: las mujeres están en desventaja con respecto a los hombres en términos del trabajo que ofertan y de su preparación para dicho mercado de trabajo. Persiste la desigualdad por razón del género en el acceso a los recursos productivos y el control de éstos, así como en las oportunidades de formación y readaptación profesional. Las mujeres no se han visto respaldadas por las medidas prácticas y los servicios e infraestructura básicos de apoyo que necesitan para poder aprovechar realmente las oportunidades en el mercado de trabajo estructurado;
- ii) ***en cuando a la demanda del mercado de trabajo***: la segregación de los géneros por ocupación representa aún un importante elemento de rigidez en el mercado de trabajo y es una gran fuente de desigualdades en él. Las mujeres siguen encontrándose con discriminación a la hora de ser elegidas para un puesto de trabajo y con barreras para su movilidad ocupacional. Siguen existiendo diferentes valores y remuneración asociados a los empleos de los hombres y de las mujeres, de forma que los mercados de trabajo se caracterizan aún por diferenciales salariales y por la discriminación en función del género;
- iii) ***en términos de procesos del mercado de trabajo***: las mujeres tienden a encontrarse con mayores dificultades que los hombres para acceder a los planes del mercado de trabajo y a otras diversas formas de asistencia si están desempleadas o si se hallan en posiciones económicas o sociales

particularmente vulnerables. Puede ser también que necesiten formas especiales de asistencia que las capaciten para competir por el empleo en pie de igualdad con los hombres.⁴⁷

A esta realidad, habría que agregar que determinadas categorías de mujeres son particularmente más vulnerables. Así lo hace ver la OIT, cuando en su propuesta de trabajo decente señala: las mujeres del medio rural, las que trabajan en el sector no estructurado, las mujeres migrantes, las jóvenes, las de edad avanzada y las discapacitadas. En los dos extremos del espectro de edad, las muy jóvenes y las de edad avanzada han de hacer frente a dilemas particulares en los mercados de trabajo. Las muchachas tienen mayor probabilidad que los chicos de convertirse en los trabajadores invisibles y en las víctimas de las peores formas de trabajo infantil. Las mujeres jóvenes tienden a presentar tasas de desempleo más altas que las de los hombres jóvenes. Las mujeres de edad avanzada se encuentran con una discriminación continuada en el mercado de trabajo y a menudo tienen que asumir responsabilidades de prestación de cuidados en sus familias, en lugar de ser ellas las atendidas. A ello hay que añadir que las mujeres y las jóvenes son particularmente vulnerables a la trata internacional. E incluso las mujeres que emigran legalmente como trabajadoras con contrato a menudo se encuentran en el lugar de trabajo con una grave explotación, que incluye acoso sexual y otras formas de violencia.

⁴⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Un Trabajo Decente para las mujeres. Una propuesta de la*

III.- La perspectiva de genero en los procesos
por
hostigamiento sexual.

a. La apreciación de la prueba en el proceso laboral

El procedimiento judicial para sancionar el hostigamiento sexual, como práctica discriminatoria por razón del sexo, es competencia de los tribunales laborales, por lo que la apreciación de la prueba se realizará de acuerdo con los principios que priman en esta materia:

“Artículo 18: Agotados los procedimientos establecidos en el centro de trabajo o si no se cumplen por motivos que no se le pueden imputar a la persona ofendida, las denuncias

por hostigamiento se podrán presentar ante los tribunales de la jurisdicción laboral, los cuales serán competentes para conocerlas...”⁴⁸

En derecho procesal corresponde al Juez otorgar un determinado valor a la prueba que consta en el proceso. A los efectos, se identifican tres métodos de valoración de la prueba: el de la *libre apreciación de la prueba*, el *legal* o *tarifarios* y el *mixto*, denominado también de la *sana crítica*.⁴⁹

⁴⁸ Artículo 18, Ley contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia. N° 7476.

⁴⁹ GODÍNEZ VARGAS (Alexander), *Los sistemas de valoración de la prueba judicial y jurisprudencia nacional*. En “La Prueba en Materia Laboral” Antología. Escuela Judicial. Víctor Ardón Acosta (compilador) p. 79

Por su parte, el método libre estipula la libertad absoluta para la apreciación de la prueba, sin más límite que la razón y el criterio jurídico del juzgador. En el caso del legal o tasado, el juzgador carece de libertad para valorar las probanzas, convirtiendo al juez en un simple aplicador de la ley, debiendo someterse forzosamente a lo que las legislaciones dicten. Por último, el método mixto, tal y como su nombre lo dice, es el resultado de la combinación de los dos anteriores. Es decir, el legislador sin tener que someterse a la rigidez legal y sin la gran incertidumbre del primero, decide los

asuntos aplicando su criterio jurídico y las reglas de la lógica, sin embargo no es libre para resolver en forma arbitraria y discrecional.

Tratándose del derecho procesal laboral costarricense, se estima que el método adoptado es el sistema mixto, de la sana crítica, lo cual se extrae de los términos expresados por nuestro código de trabajo en su artículo 493, según el cual “Salvo disposición expresa en contrario de este código, en las sentencias se apreciará la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas de Derecho Común; pero el juez, al analizar la

que hubiere recibido, está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier naturaleza en que funde su criterio”

Consecuentes con lo anterior, estamos claros de que en nuestro sistema la prueba se deba apreciar en conciencia, es decir libremente, pero haciendo la salvedad de que el juez está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier naturaleza en que funde su fallo; Y es por este motivo que las reglas de la sana crítica adquieren especial importancia. Las reglas de la sana crítica son definidas como *"aquellas que no son*

otras que las de la lógica, basadas en la ciencia, en la experiencia y en la observación, que conducen al juez a discernir lo verdadero de lo falso.⁵⁰

Comentario [1]:

Las reglas de la sana crítica también tiene sus limitaciones. El juez al decidir el caso concreto, está obligado a cumplir con tres cosas. Primero a basar sus apreciaciones o razonamientos en la prueba constante en autos, dado que en sentencia apreciará la prueba y no otra cosa distinta de ésta. En segundo término, como ya expusimos líneas atrás,

⁵⁰ Fernández citado por Baños, **citado** por Godínez Vargas (Alexander), *Op Cit.* Pag. 83

el juez esta obligado a expresar los motivos, reglas o principios que fundamentan su decisión y por último, se debe tener presente que el sistema de la libre apreciación de la prueba o en conciencia, no faculta al juez para dejar de observar las normas que imponen la obligación de admitir solo determinadas pruebas, darles un valor tarifado a algunas o tener por inevaluables otras.⁵¹

De igual manera, la determinación de los alcances de la apreciación de la prueba en conciencia también han

⁵¹ *Ibidem* p.p. 87-88.

contado con la participación de nuestra Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Veamos: *"El artículo 493 del Código de Trabajo, determina el deber del juez, de apreciar la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas del derecho común, pero sí, con la obligación de expresar los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza, en los cuales funda su criterio. Lo anterior significa que, el operador de la jurisdicción laboral, no se encuentra sometido a las reglas que regulan la materia de prueba, en el derecho común; en cuanto a valores tasados o preestablecidos. Por el*

contrario, tiene plena libertad para efectuar su valoración. Para ello, tiene el deber de apreciar todas las pruebas, en su conjunto, con base en los principios y en las reglas de la sana crítica. "El juzgador, al momento de apreciarlas, debe aplicar razonada y críticamente las reglas de la lógica, del buen entendimiento, de la psicología, de la sociología e, incluso, de la imaginación; a la luz de la realidad de la vida y de la experiencia humana."
(consultar el Voto de esta Sala, número 321, de las 10:00 horas, del 13 de junio del 2001). La Sala Constitucional, en su Voto número 4448, de las 9:00 horas, del

30 de agosto, de 1996, expresó, que el apreciar la prueba en conciencia, no puede significar nunca, la posibilidad de resolver en forma arbitraria, toda vez que, el juzgador, se encuentra sujeto al principio de legalidad⁵². En razón de ello, debe dictar sus sentencias de acuerdo con los principios y con los derechos constitucionales; y, también, de conformidad con las reglas de la sana crítica y con el principio de razonabilidad.⁵³

⁵² "(...) únicamente se establece el poder jurisdiccional de apreciar la prueba en conciencia, estableciendo dos supuestos en la que ésta resulta legítima: a) en el tanto no se esté en la hipótesis de que de conformidad con el ordenamiento jurídico ello resulte expresamente prohibido; y b) que cuando se haga sea en forma fundamentada, sea en el principio de equidad o de cualquier naturaleza (...)". Sala Constitucional de la Corte Suprema De Justicia. Resolución N° 4448-96.

⁵³ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2001-00743 de las diez horas veinte minutos del doce de diciembre del año dos mil uno.

Establecido lo anterior, vale traer a colación un aspecto importante y es que la libre apreciación de la prueba o en conciencia, según los términos antes explicados, no exime al juzgador de la aplicación de las reglas generales de la prueba para llegar a un fallo razonado, debiendo respetar principios como el de la carga de la prueba.

Sobre el particular, tomemos nota de las consideraciones hechas por la Sala Segunda de la Corte: *"III.- LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL:"*

Según la doctrina, "...la noción de carga es opuesta a derecho...desde este punto de vista, la carga funciona, diríamos a double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar y de no alegar. El riesgo consiste en que si no lo hace oportunamente se falla el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones...Para Carnelutti, a su vez, "carga es la subordinación de uno o más intereses del que sufre la carga a otro

interés suyo impuesto haciendo de ella una condición para la obtención de dicho interés; el juez tiene que proveer la demanda y de lo contrario es sancionado; la parte tiene que proponer la demanda y de lo contrario no puede obtener la tutela de su interés en la litis..." (DE BUEN L. Néstor. "DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO". Editorial Porrúa. México, 1998, pág. 277). Bajo este punto de vista, en el derecho procesal laboral, el trabajador - que es normalmente el actor o demandante-, se ve exonerado en lo sustancial de probar su dicho; por lo que, la carga probatoria recae en lo básico

sobre el accionado. La demanda goza, por así decirlo, de una presunción de veracidad, que debe ser destruida por el demandado con su prueba. Es por esto que la doctrina procesal, nos habla del concepto de "redistribución" y no de "reversión" o "inversión" de la carga probatoria que han sido las expresiones anteriormente más usadas. Redistribuir, "...es atribuir de modo diverso, que en eso consiste propiamente este principio, cuando hace recaer el peso de la prueba de modo desigual, pero no necesariamente intercambiado entre las partes. El Tribunal constitucional español

utiliza el término "desviación de la carga de la prueba"...Giglio (1995: pp. 69-70), fundamentando la desviación probatoria, expresa: " Además de la diversidad de situación económica y de la desigualdad resultante de la subordinación del trabajador al empleador, otro substracto de hecho lleva a rechazar la adopción de esa doctrina (la doctrina civilista de la igualdad procesal absoluta): mientras los contratantes, en la esfera civil, tienen posibilidades iguales de producir prueba, en el campo laboral es notoria la inferioridad del trabajador por lo que urge corregir esos desequilibrios, confirmando

al empleador mayores cargas en la producción de la prueba. Del principio de redistribución de la carga de la prueba, desde esta perspectiva, entonces pueden extraerse las siguientes reglas: a) La demanda se presume verdadera a priori, lo que se traduce en un apercibimiento de tenerse por cierto su contenido si el demandado incumple con el trámite de contestación; b) la demanda impone contestación específica respecto de cada uno de los extremos que contiene; la falta de contradicción expresa respecto de alguno de ellos implica un allanamiento tácito; c) el trabajador sólo tiene

obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, sin que ello implique impedimento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los diversos hechos que afirma y; d) corresponde al empleador probar que no debe, que no ha incumplido o que ya pagó, que es, en esencia, lo nuclear del proceso pues con su incumplimiento, su débito o su mora lo que se discute en el fondo de la controversia..." (PASCO COSMOPOLIS, Mario. "FUNDAMENTOS DE DERECHO

***PROCESAL DEL TRABAJO". Editorial Aele, abril 1997, pág. 69)*⁵⁴**

Así las cosas, vemos cómo la carga de la prueba (onus probandi), valga decir, la determinación de a quién le corresponde demostrar o probar en un proceso; se rige por la regla general de la distribución de la carga de la prueba.

A efectos del presente estudio, es importante sin embargo, hacer ver que también existen excepciones a la necesidad de probar, como es el caso de

⁵⁴. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 00310-98 de las nueve horas

hechos o negaciones indefinidas.

"...existen negociaciones cuya prueba es imposible, pero la inmensa mayoría de ellas supone en el fondo la afirmación de ciertos hechos, por lo que pueden y deben probarse" ⁵⁵

La admisión de la prueba negativa en materia laboral, conocida doctrinalmente como la "prueba imposible o diabólica" causa indefensión y se lesiona el derecho a un proceso con todas las garantías, toda vez que no se podrán justificar procesalmente los derechos e intereses legítimos mediante

cincuenta minutos del dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho

⁵⁵ DEVIS ECHANDIA, **citado** por Godínez Vargas (Alexander), *Op. Cit* Pag.75

el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa.⁵⁶

Pues bien, tomando como parámetro los puntos antes descritos, echemos ahora un vistazo a los procesos laborales por hostigamiento u acoso sexual en Costa Rica, a efecto de dilucidar si la aplicación de las reglas sobre apreciación de la prueba en materia laboral en estos casos, no son en el fondo un ejemplo claro de discriminación por razón del sexo, al apreciarse la prueba sin perspectiva de género.

⁵⁶ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, (Ignacio), *La prueba en el proceso de trabajo*. Estudios de Derecho

b. El hostigamiento sexual como una expresión de violencia de género.

El hostigamiento u acoso sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, refiere un fenómeno antiguo en el ámbito de trabajo, pero que se ha convertido en un tema de actualidad:

“...es una expresión moderna con la que se designa un problema antiguo..”⁵⁷

Definiciones hay muchas, pero la mayoría de los distintos documentos legales y administrativos de diferentes sistemas, coinciden en que se trata de cualquier avance de naturaleza sexual físico o verbal, no deseado, que implique una condición o término para el empleo de una persona o que afecte las condiciones y ambiente de trabajo.

⁵⁷ DE VICENTE PACHÉS (Fernando) *El Derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid, España. Consejo Económico y Social. Noviembre 1998. Pag. 180

Sobre el particular, la legislación costarricense ha hecho lo propio en la *"Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia"*, definiendo el hostigamiento sexual en su artículo 3 de la siguiente manera:

“Se entiende por acoso y hostigamiento sexual toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos:

- a) Condiciones materiales de empleo o de docencia.

- b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo.
- c) Estado general de bienestar personal.

También se considera acoso sexual la conducta grave que habiendo ocurrido una sola vez, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados” ⁵⁸

El hostigamiento sexual se ejerce como un mecanismo de poder y control que invade al ámbito de la intimidad física y sexual de la víctima, sus espacios, intereses y necesidades, cuyas

⁵⁸ Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia N° 7476

manifestaciones pueden ir desde hechos muy leves a muy graves.

No obstante ésto, no deja de constituir un comportamiento difícil de especificar dada la connotación sexual del mismo. La problemática del tema, es entonces distinguir cuándo estamos en presencia de un acto de hostigamiento o de una normal aproximación sexual, valga decir, identificar donde termina el halago y donde empieza la agresión⁵⁹. Tarea de

⁵⁹ "Es imposible dejar de tomar en cuenta a la hora de un análisis, la presencia en la conciencia individual y colectiva de muchos mitos, fabulaciones y sedimentos ideológicos de origen cultural, ampliamente extendidos: -los piropos, roces casuales o manoseos son inofensivos y constituyen más bien un halago. - La mujer provoca con su forma de vestir que la hostiguen sexualmente. - A la mujer le gusta que la hostiguen. - El hostigamiento sexual en el trabajo no imposibilita el desarrollo normal y efectivo de las labores (lo que no daña no estorba). - El hostigamiento es algo natural y no tiene efectos sociales realmente serios." VILLAREAL CHÁVEZ (Nischma). *Algunas consideraciones sobre el acoso sexual en el empleo*. Pag.4

difícil solución, dadas las particularidades de cada caso, según las razones que expone Nischma Villareal Chávez:

"Entremezcladas como están las relaciones de género, con los elementos específicos de la herencia cultural y el nivel de desarrollo alcanzado por cada sociedad en particular, explican las dificultades para enmarcar en los contornos de una definición de carácter universal, las particularidades que presenta cada caso."⁶⁰

⁶⁰ VILLAREAL CHÁVEZ (Nischma). *Ibidem*. P. 3

El problema del hostigamiento sexual, se debe entender como una conducta que viola los derechos del ser humano, toda vez que atenta contra la dignidad y la libertad de las personas y su derecho a la intimidad, al trabajo, a la educación y al desarrollo; lo cual se refleja en el artículo primero de la Ley de comentario: "Artículo 1. Principios regentes. Esta ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer,

según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y al Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”

Así las cosas y siguiendo la misma línea de pensamiento de capítulos anteriores, no queda lugar a dudas de que el hostigamiento en el empleo, supuesto en que nos centraremos en el presente ensayo, constituye un acto discriminatorio por razón del sexo, un acto de violencia contra la mujer. Dicho en otros términos *"el acoso sexual se*

constituye en consecuencia en una conducta perversa que sirve de instrumento para mantener y perpetuar las desigualdades de género, ya que de hecho, con ella se excluye o limita la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Ello explica las causas de que la práctica del acoso sexual las afecte mayoritariamente⁶¹ Se trata en definitiva de un atentado a la intimidad del individuo caracterizado por el hecho de que la intromisión en la vida privada de lleve a cabo mediante una conducta de

⁶¹ *Ibidem.* Pag.9

carácter sexual, vulnerándose de este modo la libertad sexual del individuo.

La Convención de Belém do Pará, (Convención para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer) ratificada por todos los Estados de la Región, otorga el marco general del derecho a una vida sin violencia en el ámbito laboral. En ellas se determina que la violencia contra la mujer incluye las esferas física, sexual y psicológica y comprende entre otras cosas el acoso sexual en el lugar de trabajo.

Ahora, si bien de la lectura del artículo 2 de la ley contra el hostigamiento sexual, según el cual “El objetivo de la presente ley es prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y docencia.” **queda**

claramente evidenciado que el acoso sexual es un concepto aparentemente neutro y que perjudica tanto a hombres y mujeres en el trabajo; la realidad nos dice que estamos ante un supuesto de discriminación indirecta, al ser una practica aparentemente neutral que perjudica de un modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo. *"El acoso sexual como respuesta y causa de la desigualdad laboral y social de los sexos ocurre porque la víctima es una mujer –el acoso sexual se define principalmente en torno al sexo, entendido éste como género-, puesto que grava el status*

***laboral del sexo femenino impidiendo su normal desenvolvimiento, cosa que no ocurre con el sexo masculino que no aparece limitado de tal manera*⁶²**

Para demostrar lo anterior, tomaremos como base un informe proporcionado por la Defensoría de los Habitantes, donde consta que la misma conoció en un periodo determinado de la apertura de 48 procedimientos administrativos por Hostigamiento Sexual, los cuales se concentran principalmente en el Ministerio de Educación Pública y en el Ministerio de Seguridad Pública.

Casos de Hostigamiento Sexual por Institución

<i>Institución</i>	No. de casos
Ministerio de Seguridad Pública	16
Ministerio de Educación Pública	20*
Caja Costarricense de Seguro Social	6

⁶² ALTES TARREGA, (Juan Antonio). "El acoso sexual en el trabajo" Edita: Tirant lo blanch, 2002. Pp. 29 y 30

Municipalidad de San José	2
Instituto Costarricense de Electricidad	1
Poder Judicial	2
Universidad Nacional	1

* La totalidad de los casos corresponden a personas menores de edad y **todas mujeres.**

Esta circunstancia de que la mayoría de las víctimas de acoso sexual sean mujeres, no es casual sino que al ser una conducta social predominante “adquiere el mismo sello de la estructura”⁶³ El hostigamiento sexual es producto de una supremacía social masculina sobre la femenina a partir de la cual se coloca a la mujer en una posición de inferioridad. Así por ejemplo en el ámbito de la sexualidad femenina, tiene por objeto su control, el cual se logra satisfacer a través de cualquier medio; incluso a través de la violencia.

Algunas manifestaciones de violencia sexual hacia la trabajadora en el ámbito laboral pueden ser las siguientes:

⁶³ MORA (Alejandra). *Ley contra el Hostigamiento Sexual. Comentario a la ley y un análisis jurídico desde el principio de la igualdad jurídica*. Antología Curso DERECHO LABORAL OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO Proyecto de Mejoramiento de las Condiciones de Trabajo y de Vida de las Trabajadoras de Maquila. . Corte Suprema de Justicia. p. 1

- **Es tratada como un mero objeto sexual**
- **Le exigen actividades sexuales a cambio de beneficios o de conservar el puesto**
- **La presionan para tener relaciones sexuales**
- **Le exigen vestirse de manera provocativa**
- **La someten a revisiones físicas por personas que no son de su mismo sexo**
- **Le prestan una atención no bienvenida, con connotaciones sexuales**
- **Generan acercamientos o presión de naturaleza física o verbal que ella no desea**
- **Le imponen requerimientos sexuales en el contexto de una relación de poder**
- **Le hacen bromas o comentarios con tendencias sexuales**
- **Realiza acercamientos con connotaciones sexuales indeseadas de parte de quien los recibe.⁶⁴**

La doctrinalmente ha dictado que los efectos que produce esta violencia sexual inciden en el empleo en un doble aspecto: En primer término, tanto en el momento de la contratación como en el de la renovación del mismo, se utiliza el rechazo o aceptación de la conducta ofensiva como medio para fundamentar una decisión de contratación o renovación; y en segundo lugar, un efecto previsto en la mayoría de los

⁶⁴ Tomado del material electrónico facilitado por la Escuela Judicial, en el curso sobre "Igualdad de Género". Tema 3 Anexo 3.

casos que es la resolución del contrato, valga decir el despido a iniciativa del empleador. ⁶⁵

Sin perjuicio de estos dos aspectos, se podría analizar la posibilidad de que la violencia sexual también tenga repercusiones a nivel procesal, cuando la víctima decide poner la denuncia respectiva y debe ser analizada la prueba del caso. Por ello, el objeto del presente estudio es determinar a partir de la jurisprudencia nacional sobre hostigamiento, si la valoración de la prueba en estos casos, se ha llevado a cabo con perspectiva de género o si por el contrario, constituyen un ejemplo más de discriminación por razón del sexo.

Para ello, será prioridad entonces enunciar los parámetros de la apreciación de la prueba en material laboral, para luego a partir de casos específicos, analizar si existe algún quebrantamiento del principio de no discriminación por razón del sexo, valga decir dilucidar si la apreciación ha ido acorde con al perspectiva de género.

⁶⁵ SERNA CALVO (María del Mar). *Acoso sexual en las relaciones laborales*. REVISTA DE RELASUR N° 2 Pag.38

c. La perspectiva de género en los procesos por acoso sexual.

El acoso sexual, como se ha hecho notar a lo largo del presente ensayo, está íntimamente ligado a la figura de la mujer, al punto que es considerado como un acto discriminatorio por razón del sexo. Pero más allá de eso, es también una forma de violencia de género que es sufrida en la mayoría de los casos por el sector femenino laboral.

La participación de los hombres y de las mujeres en un hecho de hostigamiento sexual les exige diversos papeles que esconden una identidad de género asignada, la cual debe descifrarse y desenmascararse. *"La construcción de la identidad genérica parte de las diferencias biológicas y las exagera mediante la asignación de roles, ritos, costumbres y estereotipos a cada cual de forma diferenciada y a veces antagónica. Estas diferencias socialmente asignadas tienen mucha importancia en la medida que se traducen en diferencias de poder y es lo que casualmente se traduce en el elemento de diferenciación que posibilita la subordinación de las mujeres frente a los hombres."*⁶⁶

Dicho en otros términos, el hostigamiento sexual es en definitiva un acto discriminatorio por razón del sexo que como tal, ha requerido de la adopción de medidas legales de todo tipo encaminadas a proteger a las víctimas. De hecho, vemos como en el caso costarricense existe un fuero de protección a favor de las personas que presentan una denuncia por

⁶⁶ MORA (Alejandra). *Ibidem*. Pag. 11

hostigamiento sexual, donde por motivos de índole discriminatorio se protege al trabajador(a) de un posible despido.

Ahora, lo interesante sería asentar si en estos presupuestos, la perspectiva de género se extiende también al momento de materializar estas medidas protectoras en las sentencias judiciales -en este caso de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia-, a la hora de valorar la prueba respectiva. Tarea en la que nos adentraremos de seguido.

Según veremos, en la mayor parte de estos procesos judiciales por hostigamiento sexual, la única prueba con que cuenta el juez es con el testimonio de la víctima, salvo contadas excepciones⁶⁷, y a partir de éste es que debe decidir sobre la culpabilidad o inocencia del supuesto acosador.

Veamos pues la consideraciones de la resolución N. 95-314 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de las nueve horas del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, sobre la validez probatoria de la declaración de la víctima como única prueba de cargo:

"Lo relatado por la señora Robles, le merece a la Sala plena credibilidad, pues no existen elementos objetivos que lleven al juzgador a cuestionar su dicho y ya se ha

⁶⁷ En las resoluciones N. 158-93, N. 42-99 y N. 355-99, todas de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, nos encontramos con que el acto configurador de hostigamiento, está más que demostrado por sí solo, pues incluso los mismos actores reconocen haber cometido los hechos y además los realizaron a vista y paciencia de otros compañeros de trabajo. Por ello, la Sala se centra en estos casos, en hacer ver que sus conductas resultan reprochables y además significan una violación a los derechos humanos: "Toda persona, por esa condición desde su nacimiento, tiene derecho a la seguridad, a la igualdad y la

indicado que es procedente acreditar un hecho, con la declaración de un solo testigo (Ver entre otros, el Voto de esta Sala Número 189, de las 14:30 horas, del 21 de noviembre de 1990). Ese testimonio es suficiente para tener por ciertos los hechos depuestos; además de que, de la declaración de su secretaria, aún cuando se pretendió no darle importancia e incluso en ella llegó a respaldarse al actor, se infiere que existieron otras quejas por la forma en que el demandante examinaba a las pacientes".⁶⁸

En el asunto de comentario, la conducta denunciada lo era contra un médico y el supuesto acto consecutivo de acoso fue cometido en su consultorio, motivo por el cual considera la Sala que éste se aprovechó de su condición de médico y de la privacidad en que por lo general se desarrollan las consultas. Caso contrario, indica, le resultaría imposible a la víctima demostrar fehacientemente la conducta sexual indeseada.

En esta misma resolución, fundamenta la Sala que se recurre a esta prueba (la declaración de la víctima), no por una cuestión antojadiza, sino que ello obedece a que en la mayoría de los casos, los hechos que constituyen acoso sexual se realizan en ausencia total de testigos y menos aún se cuenta con prueba documental: *"Se debe tomar en cuenta que, el acoso sexual, el irrespeto por parte de los compañeros de trabajo, es cobarde, y por eso no siempre se lleva a cabo a vista y paciencia de los demás y, salvo que existan motivos objetivos para dudar de la veracidad de lo acontecido, no puede negársele valor a la declaración de la persona perjudicada pues, lo contrario, llevaría a dejar sin sanción hechos indecorosos que afectan el contrato*

libertad y en lo que respecta a la seguridad, implica el respeto a la integridad física, mental y moral en todos los ámbitos, medios en los cuales no puede ser sometido a ningún trato degradante o inhumano"

⁶⁸ **Ver en igual sentido** la Resolución N° 2001-00441 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de las nueve horas cuarenta minutos del tres de agosto del dos mil uno.

*laboral, las buenas relaciones que deben imperar en el lugar de trabajo y la dignidad de la persona que ha sido directamente afectada, generalmente una mujer, pues el género femenino es el que, por regla general, se ve más afectado con este tipo de abuso, en detrimento inclusive de lo establecido en el numeral 71 de la Carta Fundamental, que manda a dar una protección especial a la mujer en el trabajo.*⁶⁹

Se recalca también el aspecto clandestino del hecho en la resolución N. 97-035 de la **SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** de las nueve horas cuarenta minutos del catorce de febrero de mil novecientos noventa y siete:

" (...) No obstante, cabe indicar que nos encontramos en presencia de situaciones que se dan en un ámbito de intimidad, a escondidas, por tratarse de relaciones entre el jefe de una oficina y su subalterna, donde es de suponer que el sujeto acosador busque la ocasión adecuada para hacer sigilosamente proposiciones de índole sexual a su víctima, por el natural temor de que el resto del personal se entere de sus indebidas actuaciones. (...) La conducta del actor, Cromeyer Villalta, de requerirle a sus subalternas determinado comportamiento sexual a cambio de su estabilidad laboral, resulta ser chocante y a todas luces inaceptable, no solo por el poder jerárquico y de supremacía que ostentaba, sino porque significa una clara violación de los derechos humanos. Toda persona humana, por esa condición de tal, tiene, desde su nacimiento, derecho a su seguridad, a la igualdad y a la libertad, y en lo que respecta a su seguridad personal, implica el respeto a la integridad física, mental y moral, en todos los ámbitos -en la familia, en la calle y en el trabajo-, donde no debe ni puede ser sometida a ningún trato degradante o inhumano. El hostigamiento sexual, ejercido por

⁶⁹ Resolución N° 95-314. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de las nueve horas del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cinco. **Ver en igual sentido**, la resolución N° 131-02 de la Sala Segunda

el accionante, alteraba la armonía laboral que debe imperar en la empresa demandada; pero, sobre todo, limitaba las oportunidades reales de una persona para desempeñarse en el trabajo y poder desarrollar sus potencialidades, incidiendo también en el rendimiento general. Significaba un trato discriminatorio -de distinción- para una persona, en razón de su sexo, y como tal, violenta los instrumentos legales que garantizan el respeto a la dignidad humana, constituyendo por sí solas faltas graves a la relación laboral, aquí acreditadas en forma fehaciente y clara.”

En este mismo sentido, veamos otra resolución donde también se hace hincapié en el valor de la declaración de la víctima, apoyándose en la tesis de que al ser un hecho, en la mayoría de los casos imposible de acreditar por las circunstancias en que se da, no podría restársele credibilidad a la declaración porque ello iría en contra de una correcta administración de justicia.

"En materia laboral, se ha aceptado que existe una presunción de certeza de la declaración de la parte que más dificultad tiene para aportar los elementos probatorios, obligando al patrono a aportar prueba suficiente para acreditar la falta cometida por el trabajador que le faculta a dar por terminada la relación laboral, sin responsabilidad de su parte. Cuando se denuncia acoso sexual tenemos la misma situación, pero la presunción de certeza se da al dicho de la o del acosado, relacionándolo, eso sí y en lo posible con otros medios de prueba. En situaciones como la presente y ante la ausencia de prueba directa que acredite el acoso, debe tenerse como suficiente la declaración de la ofendida, ya que de no ser así, existirían hechos de imposible comprobación, porque la persona a quien se le atribuyen procura siempre realizarlos en circunstancias en que no existan testigos ni otros medios de prueba. De no aceptarse lo anterior estaríamos ante un obstáculo para descubrir la verdad real, el

*cual debe ser suprimido en aras de la correcta administración de justicia, lo que se logra en el caso sub exámine dando plena credibilidad a la declaración de la víctima, si de su análisis, conforme a las reglas del correcto entendimiento humano, como lo prevé el artículo 24 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, se puede llegar a concluir que dice la verdad.*⁷⁰

Ahora bien, no podemos dejar de lado un aspecto medular y es que sin perjuicio del alto valor probatorio que se le otorga a la declaración de las víctimas, ello no exime a los juzgadores de apreciar esa prueba desde la lógica, el sentido común o la experiencia ordinaria: (prueba en conciencia-sana crítica), como instrumentos esenciales en los procesos laborales. De hecho, podemos observar en la casi totalidad de fallos de nuestra Sala Segunda sobre el tema en cuestión, cómo los juzgadores dejan clara razón de que su decisión se ha sustentado de acuerdo con lo que dictan las reglas de la sana crítica racional.

Así por ejemplo, en la resolución 2000-00399 de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de las quince horas del cuatro de mayo del año dos mil; el recurrente arguye una incorrecta valoración de la prueba toda vez que se debió tomar en cuenta los padecimientos de la afectada y el tipo de medicamentos que le suministraban, los cuales según expone le provocan alucinaciones, por lo que se debió concluir que los hechos atribuidos fueron un mero producto de su imaginación.

No obstante, la Sala resolvió lo siguiente: "*(...) Analizadas las pruebas aportadas, en forma integral y en conciencia, de conformidad con las reglas de la sana crítica, que exigen la aplicación razonada y crítica de la lógica, del buen entendimiento,*

⁷⁰ Resolución N°. 130-99 de la Sala Segunda de la Corte de las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

*de la psicología, de la sociología e, incluso, aquí sí, de la imaginación; a la luz de la realidad de la vida y de la experiencia humana, esta Sala, llega a la ineludible y certera conclusión de que, la demandada, tuvo suficiente y legítimo motivo para imponerle, al accionante, la máxima sanción. Por la naturaleza de los hechos endilgados, la valoración de las probanzas debe contemplar también, según aquellas reglas, los indicios surgidos; pues, precisamente, los hechos atribuidos al actor, suelen cometerse en ausencia de testigos y, por ende, para acreditar su existencia, normalmente, no existen elementos directos de prueba.*⁷¹

De este modo, tenemos que aún cuando se trataba de una muchacha con posibles problemas psiquiátricos, al ir acompañada su declaración de otros indicios, se resuelve que su dicho es suficientemente creíble.

⁷¹ Ver en igual sentido Resolución N° 00130-99 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve.-

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, en la medida de lo posible se busca apoyar o reforzar el testimonio de las víctimas con otros medios de prueba como pueden ser testigos de referencia, pero tomando nota que el testimonio de éstos por sí solos no es suficiente para acreditar el hostigamiento. Valga decir, el testimonio de referencia no puede ser utilizado como sustitutivo del de la víctima.

Sobre el particular, una resolución interesante que va un poco más allá que las anteriores en sus argumentaciones, cuando ciertamente reconoce la importancia de la declaración de la víctima, pero sin dejar de lado, el caso de que existan otros elementos que ameriten de valoración y además que sustenten la acusación; lo cual según criterio de la Sala, sería consecuente con los principios de la sana crítica. Veamos.

" (...) Es decir que, realizándose una valoración amplia de los elementos probatorios debidamente incorporados a los autos por el patrono, no se le puede restar veracidad al testimonio de la víctima, sin razones objetivas para ello; pero tampoco puede entenderse que siempre se deben tener por ciertos los hechos de acoso imputados, al punto de no entrar a valorar el testimonio de la presunta víctima junto con los demás elementos incorporados, redistribuyendo, en este caso, la carga de la prueba en perjuicio del trabajador" (...) En el asunto planteado, la situación es aún más clara que el antecedente citado, pues, además de la declaración de la víctima, se cuenta con una testigo presencial de los hechos sustento del cese de la relación, de ahí que, aplicando las reglas del recto entendimiento humano, debe brindárseles credibilidad porque, la denuncia interpuesta por la afectada ante las instancias de la empleadora y la declaración de su compañera de trabajo, que respalda en lo

*fundamental su dicho, sólo encuentran razonablemente explicación, en la veracidad de sus afirmaciones*⁷²

Pues bien, partiendo de las anteriores resoluciones, podemos extraer de ellas varios puntos importantes. En primer término que en materia probatoria por actos discriminatorios, en este caso de hostigamiento sexual, los métodos de apreciación de la prueba al igual que en el resto de los procesos laborales, se aprecia en conciencia y en segundo lugar, según hemos reiterado, dándole una especial valoración a la declaración de la víctima en razón de que normalmente no existen testigos ni prueba documental.

Así las cosas ¿nos podríamos cuestionar si por la forma en que se desarrollan estos dos aspectos se podría dar cabida a acciones discriminatorias sin perspectiva de género?

Ciertamente, podemos afirmar con relación a la valoración de la prueba que la línea jurisprudencial seguida por nuestra Sala Segunda, ha respetado no solo los principios básicos de apreciación de la prueba en materia laboral, sino también ha dado eco a la eliminación de prácticas discriminatorias en el empleo.

No obstante, en primer lugar no podemos dejar de mencionar que la totalidad de casos estudiados corresponden a víctimas del sexo femenino. Es decir,

⁷² Resolución N° 2002-00181 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las ocho horas cincuenta minutos del veinticinco de abril del año dos mil dos.

desconocemos que rumbo podría tomar la Sala en caso de que la víctima fuera un hombre.

En tesis de principio, deberíamos suponer de que en vista de que línea que se sigue es el de erradicar todo tipo de discriminación, el resultado debería ser exactamente el mismo, porque se trata de proteger a la víctima, sin importar la forma de su cuerpo (sexo).

Sin embargo, si las anteriores resoluciones versaran sobre el hostigamiento sexual hacia un hombre, no podríamos dejar de cuestionarnos si el resultado sería efectivamente el mismo, si retomamos la idea anterior de que la prueba se debe apreciar en conciencia, valga decir, a la luz de la realidad de la vida y de la experiencia humana. Por que? Por una razón muy sencilla y es que según hemos visto en el desarrollo de este trabajo, la realidad de la vida nos dice que hombres y mujeres no corren igual suerte. Sobre todo, si pensamos que mucha de la discriminación se da a niveles inconscientes.

La discriminación a veces refleja una creencia consciente de que las mujeres deberían permanecer en su roles, aunque hoy en día exista un cambio progresivo al respecto.

Para ejemplificar lo anterior, citamos un ejemplo extraído del libro "cuando el género suena cambios trae" en el cual se refleja con claridad de lo que estamos hablando.

EL TRABAJO

El tiene una foto de su familia en el escritorio

Ah! Un padre de familia sólido consciente de sus responsabilidades

ELLA TRABAJA

Ella tiene una foto de su familia en el escritorio

Mmmm,! Su familia estará antes que su carrera

EL TRABAJA

El no está en su oficina

Se reúne con los delegados

ELLA TRABAJA

El no está en su oficina

Se arrancó a hacer compras

EL TRABAJA

Lo trataron injustamente

¿Se enojó?

ELLA TRABAJA

Lo trataron injustamente

¿Se puso a llorar?

A este punto, no podemos negar que dadas las tendencias actuales sobre promoción de la igualdad de género, el desarrollo jurisprudencial de cita cumple con las expectativas de quienes abogan por este movimiento, toda vez que en la mayoría de los casos se ha resuelto a favor de las víctimas que además son mujeres, por las

razones probatorias ya señaladas, lo que hoy en día se considera consecuente con la perspectiva de género.

Sin embargo, en un mundo con normas masculinas que aún persisten como es la del trabajador ideal, y donde está reconocido que el hostigamiento tiene raíces sociales y culturales muy fuertes, la apreciación de la prueba en conciencia podría constituirse en una manifestación de discriminación por razón del sexo, cuando las experiencias y vivencias del juzgador lo inclinen hacia uno u otro bando, lo cual no deja de ser discriminación pues en el fondo implica dar preferencia a uno u otro por razón de su sexo.

Es decir, convertir o cambiar la cultura masculina por la femenina no es perspectiva de género, es cambiar de sexo a un viejo problema sobre discriminación. No se trata de ocultar las diferencias físicas de las biológicas sino de que para todos y todas haya igualdad de oportunidades en un mundo desequilibrado.

CONCLUSIONES

- Las Discriminaciones Directas en el Derecho Laboral se manifiestan en el trato diferenciado y también desfavorable por razón del sexo, entendido en ambas direcciones, cuyas manifestaciones pueden ser tanto individuales como colectivas.
- Dentro de las discriminaciones directas contra las mujeres podemos identificar discriminaciones previas a la contratación, durante la contratación y una vez finalizada la relación; como pueden ser publicaciones y restricciones impuestas a las mujeres para ejercer ciertos oficios.
- La discriminación indirecta o por resultado, consiste en medidas formalmente neutras que desfavorecen principalmente a personas pertenecientes a uno u otro sexo y al igual que la discriminación directa también tiene manifestaciones previas a la contratación, durante y finalizado el contrato.
- En el sistema costarricense el empleador es libre de despedir a un trabajador sin justa causa que lo autorice, en el entendido que le cancelará los extremos dinerarios que dicta nuestro sistema tarifario. Sin embargo, esta potestad se encuentra expresamente limitada en cinco casos particulares, donde por motivos de índole discriminatoria se despide al trabajador de un posible despido y donde destaca el caso de quien presente una denuncia por hostigamiento sexual.
- La igualdad de género, valga decir el tratamiento de ambos sexos en el ámbito laboral exige no solo tratar a hombres y mujeres por igual ante las leyes e instituciones existentes, sino también cambiar aquellas leyes, instituciones y patrones culturales que están estructurados alrededor de cuerpos y patrones de la vida de los hombres. El punto clave es entonces desvincular los privilegios tradicionales del sexo (la forma del cuerpo) y vinculados al género (roles sociales).
- La orientación de la labor normativa de la OIT en materia de discriminación gira en torno a dos preocupaciones fundamentales. La primera es la de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en el acceso a la formación, al empleo, a la promoción, a la organización y a la toma de decisiones y lograr la igualdad de

condiciones en lo que se refiere a los salarios, ventajas, la seguridad social y las prestaciones de carácter social que van ligadas al empleo. La segunda preocupación es la de proteger a la mujer trabajadora, en especial en lo que se refiere a las condiciones de trabajo que pudieran presentar riesgos para la mujer embarazada.

- Aun cuando en el caso costarricense las mujeres tienen una creciente tasa neta de participación, por lo que su peso dentro de la fuerza trabajo es cada día mayor; no obstante, esta participación toma la forma de desempleo abierto en mayor medida que entre los hombres. Además las mujeres son más afectadas por la subutilización total, en la que al desempleo abierto se suma una jornada laboral reducida por razones ajenas a su voluntad (subempleo visible) y las insuficientes remuneraciones a su trabajo (subempleo invisible)
- En nuestro país el empobrecimiento en las condiciones de trabajo se manifiesta principalmente en diferencias para el acceso y permanencia en el trabajo, tales como la preferencia de la contratación de mano de obra masculina frente a la femenina, las diferencias salariales, la discriminación en ascensos y capacitaciones, la exclusión laboral en época reproductiva, el despido por embarazo y el hostigamiento sexual.
- El sistema de apreciación de la prueba seguido en el proceso laboral costarricense, es el sistema de valoración en conciencia, de la sana crítica racional; pero haciendo la salvedad de que el juez está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza en que funde su fallo.
- En materia laboral la carga de la prueba, valga decir la determinación de a quién corresponde demostrar o probar en un proceso; se rige por la regla general de la distribución de la carga de la prueba. Sin embargo, ello no obsta que existan excepciones a la necesidad de probar como es el caso de hechos o negaciones indefinidas.
- La violencia contra la mujer incluye las esferas física, sexual y psicológica, y comprende entre otras el acoso sexual en el lugar de trabajo. Se constituye así en un acto discriminatorio por razón del sexo, un acto de violencia contra la mujer que

viola los derechos del ser humano, toda vez que atenta contra la dignidad y la libertad de las personas y su derecho a la intimidad, al trabajo, a la educación y al desarrollo.

- En la mayor parte de los procesos judiciales por hostigamiento sexual, la única prueba con que cuenta el juez es con el testimonio de la víctima y a partir de éste es que debe decidir sobre la culpabilidad o la inocencia del supuesto acosador. Lo anterior dada la clandestinidad de los hechos configuradores de acoso.
- En materia probatoria por actos discriminatoria, como es el caso del hostigamiento sexual, los métodos de apreciación de la prueba, al igual que en el resto de los procesos laborales, es el sistema en conciencia o de la sana crítica racional.
- En un mundo donde aún persisten normas masculinas, como es la del "trabajador ideal" y donde está reconocido que el hostigamiento sexual tiene raíces sociales y culturales muy fuertes; la apreciación de la prueba conciencia podría constituirse en una manifestación de discriminación por razón del sexo, cuando las experiencias y vivencias del juzgador, lo inclinen hacia uno u otro bando, lo cual no deja de ser discriminación pues en el fondo implica dar preferencia a uno u otro por razón de su sexo. Es decir, convertir o cambiar la cultura masculina por la femenina, en definitiva *NO es actuar con perspectiva de género*; es cambiar de sexo a un viejo problema sobre discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. VOTO N. 1770-94 de las nueve horas dieciocho minutos del quince de abril de mil novecientos noventa y cuatro.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio n. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.*

JIMENEZ SANDOVAL (RODRIGO) Y FERNANDEZ PACHECO (JANINA) *Derechos laborales de las mujeres. Un análisis comparado para América Central y Panamá.* San José, Costa Rica: Ilanud, programa mujer, justicia y género, O.I.T., proyecto para mujeres trabajadoras de la maquila, 2001.

SÁENZ LARA (CARMEN) *"Concepto de discriminación directa y sus elementos: mujeres y mercado de trabajo"* Antología curso derecho laboral oficina internacional del trabajo proyecto de mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de las trabajadoras de maquila. Corte Suprema de Justicia.

CODIGO DE LA NINEZ Y LA ADOLESCENCIA.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 45*

JIMÉNEZ SANDOVAL, (RODRIGO). *Discriminaciones directas en el derecho laboral.* Antología curso derecho laboral oficina internacional del trabajo proyecto de mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de las trabajadoras de maquila. Corte Suprema de Justicia.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 156. Convenio relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares.*

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER. (CEDAW)
CÓDIGO DE TRABAJO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 131 relativo a la fijación de salarios mínimos.*

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 100 relativo a la igualdad de remuneración.*

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N. 147 de las nueve horas cincuenta minutos del 24 de junio de 1998.

MONTOYA MELGAR, (ALFREDO). *Despido por causas objetivas y disciplinarias.* compilador Ardón (Victor Manuel). Escuela Judicial.

LEY CONTRA EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL EMPLEO Y LA DOCENCIA, N° 7476

WILLIAMS, (JOAN). *Igualdad sin discriminación. Antología curso derecho laboral oficina internacional del trabajo proyecto de mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de las trabajadoras de maquila. Corte Suprema de Justicia.*

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio N. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.*

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Como combatir la discriminación en el empleo. Guía práctica.*

POTOBSKY VON (GERALDO) Y BARTOLOMEI DE LA CRUZ (HECTOR). *El sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales. Organización Internacional del Trabajo. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991.*

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Un trabajo decente para las mujeres. Una propuesta de la O.I.T. para acelerar la puesta en práctica en la plataforma de acción de Pekín.*

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La O.I.T. y la igualdad entre las mujeres y los hombres en el trabajo.*

PROYECTO ESTADO DE LA NACION. *Estado de la nación en desarrollo sostenible. San José. Costa Rica.*

GODÍNEZ VARGAS (ALEXANDER), *Los sistemas de valoración de la prueba judicial y jurisprudencia nacional. en "la prueba en materia laboral" Antología. Escuela Judicial. Victor Ardón Acosta (compilador)*

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N. 2001-00743 de las diez horas veinte minutos del doce de diciembre del año dos mil uno.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N. 00310-98 de las nueve horas cincuenta minutos del dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, (IGNACIO). *La prueba en el proceso de trabajo. Estudios de Derecho Laboral. Editorial civitas s.a. primera edición. 1994.*

DE VICENTE PACHÉS (FERNANDO). *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad. Madrid, España. Consejo económico y social. Noviembre 1998.*

ALTES TARREGA, (JUAN ANTONIO). *"El acoso sexual en el trabajo" edita: tirant lo blanch, 2002.*

MORA (ALEJANDRA). *Ley contra el hostigamiento sexual. Comentario a la ley y un análisis jurídico desde el principio de la igualdad jurídica. Antología curso Derecho Laboral oficina internacional del trabajo proyecto de mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de las trabajadoras de maquila. Corte Suprema de Justicia.*

SERNA CALVO (MARÍA DEL MAR). *ACOSO SEXUAL EN LAS RELACIONES LABORALES*. REVISTA DE RELASUR N° 2

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2001-00441 de las nueve horas cuarenta minutos del tres de agosto del dos mil uno.-

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 95-314 de las nueve horas del veintinueve de setiembre de mil novecientos noventa y cinco.-

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 130-99 de las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve.-

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 00130-99. San José, a las diez horas cincuenta minutos del diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve.-

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 2002-00181 de las ocho horas cincuenta minutos del veinticinco de abril del año dos mil dos.