

**SISTEMA DE ESTUDIO DE POSGRADOS
UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA**

**MAESTRÍA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL**

**LA LIBERTAD DE DESPIDO EN EL SECTOR PRIVADO
FRENTE A NUEVAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN**

**Trabajo final de graduación para optar por el grado de
Magister en Derecho del trabajo y seguridad social**

**Presentado por
Lic. Óscar Corrales Retana**

Marzo, 2015

Tabla de contenido

CAPÍTULO I: ASPECTOS INTRODUCTORIOS	3
1.1. ANTECEDENTES: EL PROBLEMA Y SU IMPORTANCIA.	3
1.2. JUSTIFICACIÓN.	5
1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	8
1.4. OBJETIVOS.	9
1.4.1. OBJETIVO GENERAL.	9
1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.	9
1.5. ALCANCES Y LIMITACIONES.	10
1.5.1 ALCANCES.	10
1.5.2 LIMITACIONES.	11
CAPÍTULO II: MARCO TEORICO	11
2.1. LA DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES.	12
2.1.1. REGULACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN LA NORMATIVA LABORAL COSTARRICENSE	21
2.1.2. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN NO REGULADAS EXPRESAMENTE EN LA NORMATIVA LABORAL COSTARRICENSE	42
2.2. EL LIBRE DESPIDO EN LA NORMATIVA LABORAL COSTARRICENSE.	55
2.2.1. FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO CON FUNDAMENTO EN LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 85 INCISO D) DEL CÓDIGO DE TRABAJO.	59
2.2.2. ESTABILIDAD LABORAL	80
2.3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA PROCESAL LABORAL	91
2.3.1. LA CARGA DE LA PRUEBA EN PROCESOS JUDICIALES POR DESPIDO DISCRIMINATORIO	103
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	112
3.1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS	113
3.2. ENCUADRE PARADIGMÁTICO: NATURALISTA	113
3.3. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	116
3.4 TIPO DE INVESTIGACIÓN	117
3.5. SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN	119
<u>DE SEGUIDO, SE RESEÑAN LAS CALIDADES PRINCIPALES QUE OSTENTAN LAS PERSONAS A ENTREVISTARSE PARA EFECTOS DEL PRESENTE TRABAJO:</u>	120
3.6. TÉCNICAS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS DE LA INVESTIGACIÓN	123
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE CONTENIDO	125
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	138
REFERENCIAS	144

CAPÍTULO I: ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1.1. Antecedentes: el problema y su importancia

Resulta común escuchar o leer en medios de comunicación y redes sociales, la gran cantidad de problemas que se generan a partir de la consideración de aspectos o apariencias personales o bien, relacionadas con determinadas condiciones del ser humano. Reflejo de esto son los conflictos bélicos generados por creencias religiosas, el acoso escolar (conocido en inglés como “*bullying*”), la imposibilidad de acceso de personas con condiciones especiales a lugares públicos, por mencionar solo algunos ejemplos.

Las relaciones laborales no se eximen de este tipo de situaciones, donde en cualquiera de sus etapas (pre contractual, desarrollo o finalización del contrato), se pueden llegar a generar conductas de separación, aislamiento, acoso laboral u hostigamiento sexual, surgidas precisamente por condiciones personales.

Por lo anterior, se puede estimar que la discriminación es una problemática reflejada en las relaciones de empleo, lo cual ha generado que los legisladores costarricenses hayan tenido que regular y prohibir cualquier forma de discriminación en el ámbito laboral. Ahora bien, la normativa vigente podría considerarse desactualizada respecto a la determinación de los factores que, de manifestarse durante la relación laboral, podrían ser considerados como actos discriminatorios.

La no contratación de una mujer por encontrarse embarazada o el despido de

una trabajadora por igual condición, resulta un acto discriminatorio que, al momento de comprobarse, permite a la persona afectada reclamar sus derechos ante las autoridades administrativas y judiciales nacionales, lo cual puede conllevar al reconocimiento de indemnizaciones económicas o la reinstalación en su puesto de trabajo en pleno goce de derechos y garantías. Este sería un claro caso de conducta discriminatoria expresamente regulado en nuestra normativa laboral.

Así como el caso indicado, existen otros factores formalmente regulados, lo cual permite un análisis más simple de la situación.

Sin embargo, se originan otras condiciones personales que no se encuentran expresamente reguladas e incluso, no han sido tratadas por las autoridades judiciales de Costa Rica, lo cual conlleva a que el manejo de situaciones o reclamos surgidos a partir de estas condiciones resulte más complejo y, en ocasiones, riesgoso.

Factores como la enfermedad común de un trabajador (entiéndase por tal todos los padecimientos que no sean producto de las labores ejecutadas) o la orientación sexual, son condiciones personales que no se encuentran expresamente reguladas en nuestra normativa laboral, lo cual genera que todo análisis de casos relacionados con estos aspectos resulte delicado.

Adicionalmente, debe introducirse como un aspecto que produce mayor complejidad para los operadores jurídicos y las personas encargadas del manejo de personal en el sector privado, la libertad de despido contemplada en el artículo 85

inciso d) del Código de Trabajo. En principio, esta facultad permite al patrono dar por finalizada una relación laboral por su propia voluntad, sin que medie una justificación o causa para tales efectos, más que su decisión.

Sin embargo, ante la posibilidad que despidos relacionados con aspectos o condiciones personales puedan encubrirse bajo la figura de la libertad de dar por terminada la relación laboral por la sola voluntad patronal, resulta relevante analizar si la enfermedad común o la orientación sexual pueden ser considerados como formas de discriminación, las cuales resulten en una limitante a la libertad de despido en el sector privado.

De ser así, deberá valorarse si para cualquier terminación del contrato de trabajo sin justa causa, el patrono debería contar con elementos que, a la postre, permitan demostrar que no existe un motivo discriminatorio de por medio o, si por el contrario, resulta suficiente justificar la medida con la sola voluntad patronal.

1.2. Justificación

Desde hace mucho tiempo, la discriminación en el empleo es una problemática que se ha presentado en las relaciones laborales, lo cual ha generado la necesidad de regular y sancionar aquellas conductas discriminatorias, las cuales se puedan presentar en la ejecución de los servicios por parte de los trabajadores, ya sea que la discriminación provenga de compañeros o superiores jerárquicos, o bien, las conductas discriminatorias provengan directamente de quien ostenta la figura de patrono.

La discriminación laboral puede presentarse de diversas formas y se puede manifestar en cualquier modalidad de relación de empleo. Además, tradicionalmente, se ha considerado que la discriminación se genera a partir de un trato diferenciado e injustificado, hostil o humillante, a causa de determinadas características personales, por lo general circunscritas o relacionadas con la edad, la raza, la etnia o el género.

Sin embargo, así como el Derecho Laboral es cambiante y evoluciona, las causas tradicionales de discriminación han variado con el transcurrir del tiempo y se han generado tratos denigrantes basados en una mayor variedad de condiciones o características personales del trabajador, tales como: estilo de vida (condición socio-económica), enfermedad, discapacidad u orientación sexual, por mencionar algunas.

Evidentemente, la tendencia y la finalidad de la legislación laboral en el tema, es erradicar y sancionar toda práctica o conducta discriminatoria en las relaciones de empleo, la cual conlleve a afectar a los trabajadores de cualquier tipo o genere una desvinculación que claramente esté ligada a una característica personal del trabajador. En muchos casos, implica la necesidad de reformar la normativa vigente, en aras de incluir la prohibición en torno a otras o nuevas formas discriminatorias no contempladas en la legislación mencionada.

A pesar de lo indicado, un aspecto que debe considerarse al momento de analizar la discriminación en las relaciones de empleo, es que concretamente en Costa Rica, se reconoce a los patronos como parte de sus facultades en el sector

laboral privado, la libertad de despido como una posibilidad de dar por terminadas las relaciones laborales por su sola voluntad y, ante esa decisión, únicamente debe reconocer la totalidad de prestaciones laborales dispuestas a los trabajadores.

Esta libertad de despido se podría ver limitada ante la opción que el trabajador afectado por tal medida, promueva -justificada o injustificadamente-, un proceso judicial, donde alega que la causa de la terminación no fue la propia voluntad del patrono, sino que la misma tuvo su origen en un aspecto personal y la Autoridad Judicial llegara así a considerar que el despido fue discriminatorio.

En el escenario anterior, se habilita la posibilidad para que, ante una decisión unilateral del patrono, cualquiera pueda revocar la medida y alegar únicamente que la decisión patronal respondió a un acto discriminatorio y, por lo tanto, en el sector privado se llegue a generar una estabilidad laboral “relativa”; pues el patrono tendrá que demostrar, ante cualquier finiquito de contrato, que el motivo no fue discriminatoria. Por lo tanto, ante cualquier finalización deberá procurar prueba idónea, la cual le permita desvirtuar cualquier alegato, incluso infundado de discriminación.

Tanto la orientación sexual como la enfermedad común de un trabajador, podrían ser consideradas como posibles causas de discriminación, resulta entonces de relevancia determinar si estas nuevas modalidades limitan o incluso eliminan la figura del libre despido en el sector privado, por la posibilidad que los trabajadores con alguna de estas condiciones, ante su desvinculación laboral, las aleguen como el fundamento para el término del contrato laboral y, por lo tanto, la Autoridad

Judicial llegue a revocar el despido y ordene la reinstalación del colaborador con pleno goce de sus derechos laborales.

Asimismo, se genera una problemática adicional en torno a esta materia, respecto a quién le corresponde demostrar, en este tipo de procesos, la existencia o no de la conducta discriminatoria; pues se ha interpretado que en materia laboral, con algunas pocas excepciones (horas extra por ejemplo), se da una redistribución de la carga de la prueba y, por lo tanto, no corresponde a quien alegue violado su derecho demostrar esta situación, sino que es el patrono quien debe evidenciar, sin lugar a dudas, que lo dicho por el trabajador no es cierto, lo cual genera mayores complicaciones al tratarse de un tema como la discriminación, en donde muchas veces su existencia resulta de una apreciación personal o incluso podría ser alegada, sin que se dé, con la intención de generar una estabilidad en el empleo.

1.3. Planteamiento del problema

En consideración con la importancia del tema expuesto y ante la falta de normativa concreta que establezca en cuáles casos la facultad patronal reconocida en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, puede considerarse abusiva o discriminatoria, surge la necesidad de indagar: ¿cuáles son las consecuencias de la enfermedad de un trabajador o su orientación sexual, como formas discriminatorias no reguladas en la legislación laboral costarricense, en el ejercicio de la libertad de despido en el sector privado?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

Investigar si la figura del libre despido en el sector privado, tutelada en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, estaría viéndose limitada por el reconocimiento de la enfermedad y la orientación sexual como formas de discriminación laboral.

1.4.2. Objetivos específicos

- 1) Identificar si la enfermedad común y la orientación sexual constituyen formas de discriminación no reguladas en la normativa laboral costarricense, a partir del desarrollo generado sobre estos temas por diversas fuentes jurídicas nacionales y extranjeras.
- 2) Evaluar la figura del libre despido en la normativa costarricense, en aras de establecer si, ante determinados supuestos, el patrono puede finalizar el contrato de trabajo por su sola voluntad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, o si por el contrario, requiere contar con otros elementos de justificación para decidir, los cuales le permitan demostrar que no existieron razones discriminatorias en la medida tomada.

- 3) Analizar si la enfermedad común y la orientación sexual pueden ser factores que generen, a nivel de empleo en el sector privado, una estabilidad laboral absoluta.
- 4) Determinar si en materia procesal se genera un cambio en la redistribución de la carga probatoria, en torno a la existencia de un proceso judicial promovido por un presunto despido discriminatorio, en virtud de la enfermedad común o la orientación sexual.

1.5. Alcances y limitaciones

1.5.1 Alcances

Como alcances del presente trabajo es dable identificar los siguientes:

- Dentro de los alcances pretendidos se encuentran, en un primer punto, brindar elementos técnicos y jurídicos, los cuales permitan identificar si la enfermedad común padecida por un trabajador o la orientación sexual se asimilan a formas de discriminación, que se reconocen en la realidad de los contratos laborales.
- Adicionalmente, se busca realizar un estudio el cual permita establecer si la libertad de despido con que cuenta el patrono, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, podría verse limitada a partir de reclamos efectuados por las personas “afectadas” por esta

medida, quienes lleguen a alegar que la finalización del contrato responde a un motivo discriminatorio y justificar el reclamo en el hecho de que el despido fue adoptado como represalia por el padecimiento de una enfermedad común o con motivo de determinada orientación sexual.

1.5.2 Limitaciones

Una de las principales limitaciones que se presenta para el desarrollo del presente trabajo, es la escasa doctrina sobre formas de discriminación no tradicionales en las relaciones de empleo en el sector privado, así como el poco desarrollo jurisprudencial del tema a nivel país.

En consecuencia, la obtención de todos los datos concernientes al tema podría depender de lo que ha sido desarrollado por la doctrina internacional y la forma en como el tema ha sido regulado en otras legislaciones, así como el análisis que han realizado Autoridades Judiciales de otras latitudes, lo cual no necesariamente se ajusta a la realidad costarricense.

Asimismo, como una limitación adicional a considerar en el presente trabajo, podría darse al momento de generar entrevistas con representantes patronales, por cuanto la información que pueda ser recibida podría ser restringida por interés del entrevistado, o incluso, estar sesgada por el sector que representan.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. La discriminación en las relaciones laborales

La discriminación puede ser catalogada como una forma de violencia, perpetrada de forma pasiva, aun cuando en determinadas ocasiones, ese ataque pasivo puede tornarse en agresiones físicas. La manifestación más clara de actos discriminatorios se da al generarse un trato diferenciado o desigual, de forma injustificada, en cuanto a los derechos y las consideraciones de las personas víctimas de esta agresión.

Al considerarse la discriminación como un trato diferenciado o desigual, es precisamente cuando el concepto se relaciona directamente con el principio de igualdad.

Incluso, al hablar de discriminación debe valorarse que resulta común considerar como tal aquellas conductas que conllevan a un trato con inferioridad por diferentes circunstancias, usualmente ligadas a temas de apariencia, condiciones personales, o bien, sociales.

En la doctrina internacional han sido varias las definiciones que se han esbozado sobre la discriminación. Así, para Cabanellas discriminar significa “tratar con inferioridad a personas por causas o colectividades raciales, políticas o sociales” (Cabanellas G. , 1983, p. 271).

Otros autores, como Feher-Trenscher (1964) han generado versiones más amplias para definir la discriminación, al indicar que esta figura:

[...] consiste en el trato desigual y desfavorable que niega derechos o beneficios sociales a miembros de una categoría social en particular, ora imponiendo cargas especiales, ora otorgando favores exclusivos a miembros de otras categorías: ambas situaciones, creando desigualdades entre aquellos que pertenecen a una categoría privilegiada y los otros. (Feher Trenscher, 1964, p. 13).

Por lo general, se suele ligar el concepto de discriminación con el de trato desigual; sin embargo, debe tomarse en cuenta que no necesariamente un trato desigual implica un acto de discriminación; incluso, un trato desigual o desfavorable, hasta perjudicial según el punto de vista, podría resultar amparado por disposiciones legales o fundamentado en una ideología democrática, que permiten hacer diferenciaciones o generar tratos desiguales entre individuos, sin que por ello se puedan considerar violentados derechos o sin generar la posibilidad de reclamar discriminación o un trato desigual por esta circunstancia.

Como ejemplos de estas situaciones de tratos desiguales amparados por la legislación, podría citarse el caso de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, a quienes la normativa laboral les concede un fuero de protección especial respecto a otras trabajadoras que no se encuentran en los estados indicados. Otro caso de trato diferenciado se puede encontrar en la Ley 7.600, Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, donde en

materia de empleo, el numeral 27 de dicha norma dispone la obligación patronal de proporcionar facilidades para que todas las personas, sin discriminación alguna, se capaciten y se superen en el empleo, obligación que no se encuentra dispuesta para las personas que no cuenten con algún tipo de discapacidad.

Por lo anterior, al comentar sobre discriminación debe concebirse un trato desigual o desfavorable de ciertas personas y genera un perjuicio, pero basado en motivos arbitrarios o subjetivos, o bien, por una presupuesta posición de superioridad de uno frente a otro u otros.

Esta situación no resulta ajena a las relaciones laborales o de empleo, donde de igual forma se conoce la existencia de tratos discriminatorios, en las diferentes etapas del contrato laboral, desde el proceso de reclutamiento y selección hasta cuando se finaliza el vínculo laboral. En ese sentido, por el conocimiento de la existencia de conductas discriminatorias en el empleo, la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), ha manifestado que “discriminar en el empleo y ocupación consiste en dispensar a las personas un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, como el sexo, el color de su piel, la religión, las ideas políticas o el origen social, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate”.

A partir de lo expuesto, se puede entender que la discriminación en las relaciones laborales se da cuando se adoptan prácticas donde determinadas personas se encuentren en una posición desfavorable, ya sea en su estado general de bienestar o sus condiciones de empleo, en relación con otros, a partir de

distinciones generadas por condiciones personales.

El Convenio N° 111 de la O.I.T. (ILO, 2014), “Convenio sobre la Discriminación en el empleo y la ocupación” de 1958, ratificado por Costa Rica en 1962, en su artículo primero establece:

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social **que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;**

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la

admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

A partir de las pautas brindadas en el artículo transcrito, existirá discriminación en el empleo, en el tanto una persona vea afectadas sus oportunidades o reciba un trato desigual, con fundamento en aspectos o condiciones personales, ajenos al contrato laboral propiamente y sin relación con la idoneidad para el puesto concreto que se trate o para la ejecución de las tareas que le fueron asignadas. A modo de ejemplo, se puede considerar discriminatoria la limitación en oportunidades de ascenso dentro de una entidad, cuando la misma responda única y exclusivamente a un tema de género o etnia de los postulantes, sin sopesar el cumplimiento de los requerimientos para el nuevo puesto, o incluso, a pesar del cumplimiento de dichos requerimientos.

Otro aspecto importante a considerar de la definición contenida en el artículo primero del Convenio N° 111, es lo establecido en el apartado primero, punto a), en donde se resalta que la discriminación se puede generar por conductas de connotaciones negativas, como lo serían una odiosa distinción fundamentada solo en condiciones o características personales del trabajador, o la exclusión de la persona por iguales circunstancias. Además, se puede considerar discriminatoria igualmente una preferencia hacia otra persona basada en la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social.

Conocidas las diferentes definiciones que pueden ser planteadas respecto a la discriminación, resulta relevante analizar la relación existente entre la igualdad y

la no discriminación, al ser términos que pueden llegar a confundirse, pero que ante todo se interrelacionan, e incluso, podría considerarse que ambos forman parte de una misma unidad.

Hoy, al principio de igualdad se le reconoce como un derecho fundamental, promulgado con la finalidad de eliminar privilegios e injusticias generadas históricamente. Por eso, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, documento fundamental de la Revolución Francesa y mecanismo contra las injusticias de la época, dispuso en su artículo primero que “los hombres nacen y permanecen iguales en derechos” (OEA, 2014).

Dicha norma tenía un claro objetivo, cual era eliminar privilegios establecidos para algunas clases sociales; además de establecer el principio de igualdad como un principio normativo.

Años más tarde y, ante la necesidad de generar mecanismos para garantizar los derechos de todas las personas, lo adoptan la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento en el cual se brinda especial atención a instaurar la igualdad entre los seres humanos. En dicho documento se establece que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Por su parte, en 1969 tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, fue suscrita la Convención Americana sobre Derechos

Humanos (conocida también como Pacto de San José de Costa Rica), la cual entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Esta Convención contiene dos artículos de especial relevancia para el objeto de estudio del presente trabajo de investigación. En primer término, el artículo 24 de este documento establece el principio de igualdad, contenido en los anteriores instrumentos, al disponer en forma expresa que todas las personas son iguales ante la Ley y, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley (OEA, 2014).

La otra disposición de relevancia corresponde al artículo primero del Pacto de San José, el cual se refiere expresamente al compromiso de los Estados Partes a garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna. Dicha norma establece que (OEA, 2014):

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, de origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Respecto al principio de igualdad, plasmado en los instrumentos indicados, debe tenerse claro que el mismo puede considerarse desde diferentes perspectivas. En un primer sentido, el principio alegado puede entenderse como la obligación de los Estados y de sus diferentes actores, de reconocer a toda persona la igualdad en

la ley, con la finalidad de eliminar privilegios o beneficios otorgados a ciertos grupos o clases privilegiadas, a partir de la experiencia negativa generada en diferentes momentos históricos.

Además, debe entenderse como la obligación de generar igualdad en la aplicación de la ley, donde ya no solo importa que la norma reconozca la igualdad de los ciudadanos, sino que dicha igualdad sea aplicada por los poderes públicos.

Posteriormente se introduce una nueva acepción del principio: la igualdad ante la ley, referido a la obligación para los legisladores de no establecer diferenciaciones o preferencias arbitrarias, al circunscribir el ámbito de aplicación de la ley.

Ahora bien, este principio de igualdad bajo las tres acepciones mencionadas, ha evolucionado hasta permitir la aplicación de tratos diferenciadores, siempre y cuando los mismos se encuentren objetivamente justificados. Toda vez que se sigue esta línea doctrinaria, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional, 2014) manifestó mediante su Voto N° 1770-94 que:

La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, solo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable [...] de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso.

No cabe la posibilidad de cuestionar la importancia que tiene el principio de igualdad en la consolidación del derecho actual, es a partir del mismo que se puede considerar el desarrollo inicial del principio de no discriminación.

Resulta viable considerar que aún cuando diferentes, existe un ligamen entre ambos principios, nexo que se genera precisamente en el hecho que en los inicios, la discriminación era concebida como un problema de desigualdad. Sin embargo, así como el propio principio de igualdad mutó con el tiempo, el derecho a la no discriminación evolucionó por sus características particulares, hasta ser considerado en la actualidad como un principio autónomo.

La diferencia entre el principio de igualdad y el de no discriminación se genera normativamente. En Costa Rica, el principio de igualdad se desprende del artículo 33 de la Constitución Política, al consignarse que toda persona es igual ante la ley, el cual define un deber general relacionado con el ejercicio de los derechos fundamentales de toda persona; eso sí, reconoce que la igualdad implica generar un trato igual en supuestos iguales y pueden existir causas que justifiquen válidamente un trato desigual cuando existan razones objetivas y fundamentadas para tales efectos.

Por su parte, el derecho a la no discriminación prohíbe en forma absoluta diferenciar con base en criterios arbitrarios o injustificados. Por lo anterior, podría considerarse que el principio de no discriminación constituye una garantía al de igualdad, al no permitir un trato desfavorable o desigual por motivos arbitrarios o injustificados.

2.1.1. Regulación de la discriminación en la normativa laboral costarricense

Tal como se desprende del apartado anterior, el derecho a la no discriminación ha evolucionado a través del tiempo, para consolidar lo que debe ser considerado como discriminatorio, las diferentes manifestaciones que engloba el concepto y las formas de prevenir, evitar y sancionar conductas discriminatorias en el empleo.

Por ello, resulta de relevancia en la presente sección analizar los diferentes instrumentos normativos, tanto nacionales como internacionales, que incluso cuando no laborales propiamente, han permitido sentar las bases para el reconocimiento y la protección de los trabajadores ante cualquier forma de discriminación.

2.1.1.1. Normas internacionales

El artículo séptimo de la Constitución Política establece que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Por lo anterior, cabe enunciar algunas normas internacionales que regulan el tema de la discriminación y constituyen fuente en la normativa costarricense, donde los diferentes actores jurídicos se comprometen al acatamiento de las medidas en ellas contenidas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Tal como se indicó en sección previa, el Pacto de San José se suscribió en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y se aprobó por medio de la Ley N° 4534 del 23 de febrero de 1970, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 62 del 14 de marzo de 1970.

Este instrumento contiene una clara referencia al tema de la discriminación, al establecer, en su artículo primero:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (el resaltado no corresponde al original). (OEA, 2014).

A partir de lo dispuesto en el numeral mencionado y según su aplicación en materia laboral, es claro que el Estado costarricense debe adoptar todas aquellas medidas necesarias para asegurar, a todas las personas habilitadas para realizar labores remuneradas en el país, el libre acceso a empleo, sin que al momento de su selección, durante el ejercicio del contrato laboral o incluso al momento de finalizarlo, se violenten sus derechos, por las razones o las conductas discriminatorias referidas.

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad

En su artículo primero, apartado segundo este instrumento establece el concepto de discriminación contra las personas con discapacidad e indica que la misma hace referencia a toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, la cual tenga el efecto o el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Respecto al empleo, el artículo tercero de la Convención dispone:

Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. (OEA, 2014).

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

Ratificado por la Asamblea Legislativa, mediante Ley N° 3844 del 5 de enero de 1967.

Para los efectos del Convenio se define la discriminación racial como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública [...]” (Ley N° 3844)-

Por su parte, en el artículo quinto, se define la obligación para Costa Rica, como Estado Parte y firmante del Convenio, de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico. Para ello, debe asegurar el cumplimiento de esta disposición en derechos fundamentales y derechos económicos sociales y culturales, lo anterior hace referencia expresa al derecho al trabajo, la libre elección de trabajo, las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, la protección contra el desempleo e igual salario por trabajo igual y una remuneración equitativa y satisfactoria.

Convenio OIT (N° 098) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva

Ratificado el 2 de junio de 1960, donde establece una clara referencia al tema de análisis de la presente sección, al disponer en su artículo primero que los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto discriminatorio, tendiente a menoscabar la libertad sindical según su empleo y, especialmente, contra todo acto que busque el sujetar el empleo de un trabajador bajo la condición que no se afilie a un sindicato o deje de formar parte de uno, o bien, contra cualquier acto de despido o perjuicio en las condiciones laborales por la afiliación sindical del trabajador, o su participación en actividades sindicales. (ILO, 2014)

Convenio OIT (N° 111) sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación

Adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, en su cuadragésima segunda reunión y fue por aprobado por Costa Rica mediante Ley N° 2848 del 26 de octubre de 1961.

Considerado como uno de los Convenios de mayor relevancia en materia de empleo y discriminación. En dicho instrumento, se ofrece un concepto comprensivo de discriminación: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”; así como “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el

empleo u ocupación [...]” (ILO, 2014).

Un aspecto a rescatar de dicho Convenio, es que avala la existencia de tratos desiguales (distinciones, exclusiones o preferencias), cuando dichas diferenciaciones se basen exclusivamente en las calificaciones exigidas para un puesto determinado; por lo tanto, esta diferenciación no podría ser considerada como discriminatoria.

Convenio OIT (N° 135) sobre los representantes de los trabajadores

Costa Rica lo ratificó el 7 de diciembre de 1977 y se refiere al tema de discriminación, el artículo primero dispone que los representantes de los trabajadores en la empresa, entendidos por tales los representantes sindicales o aquellos libremente elegidos como tales por los trabajadores de la compañía, deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos por su calidad de representantes, el ejercicio de sus actividades como tales, su afiliación a un sindicato o su participación en la actividad sindical, en el tanto los representantes a que se hace referencia actúen conforme a la normativa, contratos colectivos u otras regulaciones aplicadas. En el mismo artículo, se puntualiza sobre la protección contra el despido del trabajador, cuando el mismo se base en las condiciones mencionadas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo cuarto del Convenio, para efectos de garantizar la protección de los representantes de los trabajadores, corresponderá a la normativa nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las

decisiones judiciales, establecer cuáles representantes tendrán derechos a la misma, así como a qué facilidades podrán tener acceso para el ejercicio efectivo de sus funciones como tales.

Convenio OIT (N° 159) sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas)

Se ratificó el 18 de abril de 1991, mediante la Ley N° 7219 y para efectos del Convenio, se define como inválida toda aquella persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado o de progresar en la relación laboral, quede reducida a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida.

En el artículo tercero del Convenio, se establece la obligación de asegurar la existencia de medidas adecuadas para la readaptación profesional de las personas inválidas y promocionar oportunidades de empleo para dichas personas. Por su parte, el cuarto numeral establece que la política de readaptación profesional y el empleo de personas inválidas que deben adoptar los miembros, debe basarse en el principio de igualdad de oportunidades entre trabajadores inválidos y trabajadores en general, toda vez que se aclare que cualquier medida positiva adoptada para buscar la igualdad de oportunidades y de trabajo, entre trabajadores inválidos y los demás trabajadores, no debe ser considerada como discriminatoria.

2.1.1.2. Ordenamiento Jurídico Nacional

Una vez enunciadas aquellas normas internacionales con referencia expresa o tácita sobre el tema de la discriminación en el empleo, corresponde mencionar la normativa laboral que regula el tema y la manera en que las instancias judiciales han procedido a interpretar dicha normativa.

Constitución Política

El artículo 33 de la Carta Magna costarricense dispone que “toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. Con esta norma se genera una protección para la persona trabajadora contra todos los actos patronales tendientes a menoscabar en condiciones laborales a partir de consideraciones contrarias a la dignidad. (Constitución Política, 1949).

La concepción contenida en el artículo 33 constitucional, menciona expresamente una de las tres manifestaciones del derecho de igualdad, de manera concreta la que establece la equidad ante la ley.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha analizado vastamente el principio de igualdad contenido en la norma bajo análisis, al señalar la obligación de aplicar el principio de igualdad entre iguales y sin realizar distinciones arbitrarias o subjetivas, las cuales no cuenten con justificación válida, con la finalidad clara de no incurrir en tratos discriminatorios. Así, en la resolución 1770 del 29 de setiembre de 2009 manifestó:

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 pueda existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad como lo ha dicho esta Sala, solo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2009).

En la resolución 716 del 6 de febrero de 1998, la Sala Constitucional analiza el contenido del numeral 33 y establece la diferenciación entre una situación de desigualdad y una discriminatoria. Al respecto indicó:

[...] **SOBRE EL FONDO:** Para efectos de este amparo, es preciso hacer algunas aclaraciones previas a pronunciarse sobre el fondo del asunto. En este sentido, debemos distinguir lo que es una situación de simple desigualdad de una de discriminación. **En el presente caso, no se trata de un simple trato desigual de la mujer frente al hombre, sino de un trato discriminatorio es decir, mucho más grave y profundo.** Desigualdad, puede existir en diversos planos de la vida social y aún cuando ello no es deseable, su corrección resulta muchas veces menos complicada. Pero cuando de lo que se trata es de una discriminación, sus consecuencias son mucho más graves y ya su corrección no resulta tan fácil, puesto que muchas veces responde a

una condición sistemática del status quo... **En términos generales discriminar es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos, en este caso del género femenino, es aquí donde el artículo 33 de la Constitución Política cobra pleno sentido, ya que ello toca los valores más profundos de una democracia, y no podemos hablar de su existencia, cuando mujeres y hombres, no pueden competir en igualdad de condiciones y responsabilidades.** Se trata de un mal estructural, presente en nuestras sociedades que si bien tecnológicamente han alcanzado un buen desarrollo, aun no han logrado superar los prejuicios sociales y culturales que pesan sobre la mujer [...].

De allí que tanto a nivel internacional como nacional existan regulaciones específicas tendentes a abolir determinadas formas de discriminación, aún cuando deberían serlo en virtud del principio general de igualdad. Pero tanto la Comunidad Internacional como los legisladores nacionales han considerado que, en determinados casos - como el de la mujer- se hacen necesarios instrumentos más específicos para lograr una igualdad real entre las oportunidades -de diferente índole- que socialmente se le dan a determinadas colectividades. [...]. (El resaltado no corresponde al original)..(Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1998).

Otra sentencia de relevancia respecto al principio de igualdad y el de no

discriminación, es la 966 de 13 de febrero de 1998, donde la Sala Constitucional refirió:

Sobre el fondo: el artículo 33 de la Constitución Política establece: Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. La Sala Constitucional, en sentencia número 138-93 de las quince horas cincuenta y cinco minutos del doce de enero de mil novecientos noventa y tres ha dispuesto lo siguiente:

Como tesis de principio podemos sostener que mientras la discriminación no atente contra la dignidad humana o mientras la creación de categorías que otorguen a las personas un trato diferente sea razonable, la igualdad jurídica es respetada. Deben recibir igual tratamiento quienes en igual situación se encuentran. Como la regla no es absoluta, ha de entenderse como mandato igual a todos los que sean parte de una determinada categoría. Traduce así el problema en que las categorías no deben ser arbitrarias y en que tampoco deben serlo los criterios para formar parte o ser excluido de ellas.

De la sentencia supracitada, se desprende claramente según lo disponen los criterios derivados del principio de razonabilidad constitucional, que no es posible crear o establecer categorías, que otorguen a las personas un trato diferente, contrario a la dignidad humana, por pertenecer o no a determinado grupo étnico, pues tal circunstancia deviene en arbitraria e inconstitucional [...].

Derivada de la dignidad humana y de la tolerancia entre los grupos que conviven en una sociedad, **esta Sala reputa como antijurídica cualquier forma de discriminación motivada en razones raciales u otras que lesionen la dignidad humana y advierte que es obligación del Estado costarricense asegurar a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales**, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación y además el Estado costarricense adquirió el compromiso de tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial; y es obligación del Estado promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre los diversos grupos raciales o étnicos [...]. (El resaltado no pertenece al original).

De conformidad con el anterior extracto, se reitera la obligación de dar un trato igual a los iguales, contrario a cualquier trato desigual o discriminatorio basado en razones arbitrarias. En el tanto la discriminación no atente contra la dignidad humana, o incluso cuando la creación de determinadas categorías que otorgue un trato diferenciado sean razonables, se debe considerar que no hay una violación al

principio de igualdad y tampoco existe una conducta discriminatoria sancionable.

Ley sobre la Prohibición de la Discriminación en el Trabajo

La Ley N° 2694 del 22 de noviembre de 1960, promulgada con la clara intención de prohibir toda clase de discriminación en materia laboral. En este sentido, el artículo primero de dicha ley, la cual valga aclarar se mantiene vigente, indica:

Artículo 1º.- Prohíbese toda suerte de discriminación, determinada por distinciones, exclusiones o preferencias, fundada en consideraciones sobre raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica, que limite la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo u ocupación. (Ley N° 2694, 1960).

Ahora bien, el numeral segundo de este cuerpo normativo y, en concordancia con lo establecido en el Convenio 111 de la OIT, aclara que no se consideran discriminatorias aquellas distinciones, exclusiones o preferencias derivadas de las calificaciones necesarias para el cumplimiento de las funciones o tareas propias del género de cargo o empleo, exclusivamente conforme a la naturaleza de éstas y las condiciones del trabajador.

Otro aspecto de relevancia contenido en la Ley N° 2694, se refiere a la posibilidad de imponer sanciones (contenidas en el artículo 612 del Código de

Trabajo), al patrono particular o incluso a sus representantes patronales, que incurran en conductas discriminatorias, en el tanto no se trate de una conducta reincidente, dando la oportunidad de corregir la violación generada siempre que sea posible.

Código de Trabajo

La Ley N° 8107, de 18 de julio de 2001, introdujo un nuevo título undécimo al Código de Trabajo, con la finalidad de regular expresamente todo lo relativo a la discriminación en las relaciones de empleo.

A partir de lo anterior, el artículo 618 del Código de Trabajo prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión. Aún cuando los criterios esbozados en dicho numeral son limitados, las Autoridades Judiciales han ampliado las conductas discriminatorias que se pueden generar durante la relación laboral.

Esta prohibición de generar conductas discriminatorias en las relaciones laborales, se aplica a las diferentes etapas del contrato de trabajo; por lo tanto, debe considerarse que puede haber discriminación en la etapa de preempleo (proceso de selección y reclutamiento), por ejemplo cuando se restringe el acceso a un puesto de trabajo, basado en razones arbitrarias o al considerar el contenido del numeral 618. En esta misma etapa, resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 621 y 622, respectivamente establecen la prohibición de discriminar por edad al solicitar un servicio o seleccionar a un trabajador, así como la obligatoriedad de asegurar,

sin discriminación alguna, las mismas oportunidades para obtener empleo.

Una vez iniciada la prestación efectiva de servicios, se prohibirá discriminar por razones de edad, etnia, género o religión. Además, al momento de finalizar el contrato de trabajo, debe considerarse que el artículo 620 del cuerpo normativo bajo análisis, prohíbe el despido de los colaboradores por razones de edad, etnia, género o religión.

Otro aspecto que debe resaltarse de la regulación introducida por la Ley N° 8107, es la regulación expresa en este Título, del principio de igualdad ya comentado, al establecer que todos los colaboradores que desempeñen un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, en este caso, igual jornada laboral y remuneración igual, sin discriminación alguna por edad, etnia, género o religión.

Adicional al Título Undécimo, el cual expresamente regula el tema de la discriminación, el Código de Trabajo contiene otras disposiciones relacionadas con casos específicos, donde según el tratamiento que se dé por parte del patrono, podría generar la existencia de conductas discriminatorias, tales como el caso de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, los trabajadores miembros de un sindicato en formación, el dirigente sindical -según las características definidas en la norma-, los trabajadores afiliados a un sindicato que presenten su candidatura para ser miembros de la Junta Directiva del mismo.

Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad

De conformidad con lo dispuesto en el numeral tercero de la Ley N° 7600, esta norma establece como dos de sus principales objetivos, el garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en diferentes ámbitos, dentro de los cuales se debe considerar incluido el laboral; pero además el objetivo expreso de eliminar cualquier tipo de discriminación hacia las personas con discapacidad.

El Capítulo II de la Ley regula lo relativo al acceso al empleo de las personas con discapacidad, donde establece como obligatoriedad estatal, el garantizar a esta población, tanto en zonas rurales como urbanas, el derecho de un empleo adecuado a sus condiciones y necesidades personales.

Por su parte, el artículo 24 dispone que serán considerados actos discriminatorios, “el emplear en la selección de personal mecanismos que no estén adaptados a las condiciones de los aspirantes, el exigir requisitos adicionales a los establecidos para cualquier solicitante y el no emplear, por razón de su discapacidad, a un trabajador idóneo. También se considerará acto discriminatorio que, en razón de la discapacidad, a una persona se le niegue el acceso y la utilización de los recursos productivos”.

En similar sentido, se dispone que el patrono se encuentra en la obligación de proporcionar facilidades para que todas las personas, sin discriminación alguna, se capaciten y puedan superarse en el empleo.

Código de la Niñez y la Adolescencia

La Ley N° 7739 del 11 de diciembre de 1997, contiene un capítulo de regulación expresa del Régimen Especial de Protección al Trabajador Adolescente, donde establece el derecho al trabajo de las personas adolescentes con las restricciones correspondientes, el cual podrá ser limitado solamente cuando la actividad laboral represente un riesgo o peligro para el desarrollo, la salud física, mental y emocional del trabajador menor de edad, o bien, cuando la actividad impida o limite la asistencia regular al centro educativo.

Dicho capítulo también regula el principio de igualdad, al disponer que todas las personas adolescentes serán iguales ante la ley y gozarán de la misma protección y garantías que las personas adultas; por lo tanto, estos trabajadores deberán disfrutar de plena igualdad de oportunidades, remuneración y trato en materia de empleo y ocupación.

En el tema de discriminación propiamente, se amplían las razones contenidas en el Título Undécimo del Código de Trabajo, al disponer que no podrá establecerse ninguna distinción, exclusión ni preferencia entre trabajadores o grupos de ellos, basada en edad, raza, color, sexo, credo religioso o político, condición física, social o económica.

Ley General sobre el VIH-Sida

La Ley N° 7771 de 29 de abril de 1998, establece en su artículo cuarto la

prohibición de generar conductas discriminatorias contrarias a la dignidad humana o generar tratos degradantes en perjuicio de los portadores del VIH-Sida; asimismo, prohíbe cualquier restricción o medida coercitiva de los derechos y las libertades de la población indicada, salvo aquellas prevista en la propia ley. Expresamente el numeral indicado, establece que al portador de esta enfermedad, le asiste el derecho de desarrollar sus actividades, esto incluye la laboral, sin interferencia alguna.

Reforma Procesal Laboral

La Ley N° 15.990 “Reforma Procesal Laboral” (en adelante también denominada como RPL), surgió como iniciativa para darle un soporte estructural a las relaciones desarrolladas entre empleadores y trabajadores. De igual forma, generar procesos administrativos y judiciales más ágiles y expeditos, ante la necesidad de cumplir, en materia laboral, con los preceptos individuales de justicia pronta y cumplida. Lo anterior por cuanto, no en pocas ocasiones, el proceso judicial se utiliza como herramienta para perjudicar a trabajadores o dilatar el reconocimiento de derechos laborales, aun cuando sea conocido de previo que al finalizar el proceso, se tendrán que reconocer los derechos reclamados por los trabajadores.

Es importante aclarar que aún cuando el nombre dispuesto para el proyecto, se refiere en forma expresa al proceso laboral como tal, el contenido de la norma puede ser dividido en tres ejes fundamentales: individual, colectivo y procesal.

Igualmente, se considera pertinente referirse al proceso vivido por este proyecto para su aprobación, por cuanto al momento de realizarse el presente trabajo existe incertidumbre respecto a la entrada en vigencia o no del mismo, en virtud de las acciones de inconstitucionalidad que han sido presentadas, principalmente por el levantamiento del veto generado por el actual Gobierno de la República.

En este sentido, el proyecto de ley se presentó ante la Asamblea Legislativa desde el dos mil cinco y, después de estar en trámite en la corriente legislativa por espacio de siete años y sufrir considerables cambios en la versión original propuesta, el trece de setiembre de dos mil doce los Diputados del Congreso lo aprobaron en segundo debate.

Ahora bien, el proyecto aprobado en el seno legislativo, tuvo un revés al momento de la sanción por parte del Poder Ejecutivo, quien lo vetó, por considerar que había dos aspectos inconvenientes, a saber:

- La no prohibición de la huelga en los servicios esenciales.
- La prohibición para contratar personal temporal para sustituir huelguistas.

A pesar de lo anterior, el Gobierno actual el doce de diciembre de dos mil catorce, procedió al levantamiento del veto impuesto y, por lo tanto, la Reforma Procesal Laboral se publicó en el Diario Oficial La Gaceta el mismo doce de diciembre, así se convirtió en Ley de la República y se estableció que entraría en vigencia dieciocho meses después de su publicación. Por lo tanto, la fecha a partir

de la cual dicha norma cobraría vigencia, es el doce de junio de dos mil dieciséis.

Sin embargo, al momento de elaborar el presente trabajo, se han presentado dos distintas acciones de inconstitucionalidad contra el levantamiento del veto mencionado, los cuales ponen en duda la entrada de vigencia de la norma. Una de las acciones la interpuso un bloque de diputados de la oposición a finales de dos mil catorce y, la otra, fue interpuesta por la Cámara de Industrias de Costa Rica (CICR).

Dichas acciones se admitieron para estudio por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, no se han resuelto. De declararse que el levantamiento del veto es inconstitucional, podrían presentarse dos escenarios:

- Que el proyecto de ley pase nuevamente a la Asamblea Legislativa para su discusión, al cabo puede archivarse precisamente por la discusión y la oposición de algunos sectores, incluidos algunos diputados, contra la propuesta final de la norma.
- Que la Asamblea Legislativa reselle el proyecto de Reforma Procesal Laboral, y, por lo tanto, a pesar del veto, entraría en vigencia. Sin embargo, para que se pueda dar el resello, se requeriría el apoyo de dos terceras partes de los diputados de la Asamblea, panorama que no se vislumbra posible.

Una vez claro el camino vivido por este proyecto y la incertidumbre sobre su entrada en vigencia, cabe hacer referencia a los aspectos del eje laboral individual de la norma, relacionados con el tema de discriminación, los cuales adquieren importancia para los efectos del presente trabajo.

En este sentido, la Reforma Procesal Laboral, mediante su artículo primero, modifica los títulos del sexto al undécimo del Código de Trabajo y, por lo tanto, en el título octavo se regula la prohibición de discriminar en las relaciones de empleo, esto amplía los factores de discriminación establecidos en el artículo 618 del Código de Trabajo vigente. Así, en el artículo 404, que entraría en vigencia con la Reforma Procesal Laboral, se indica:

[...] se prohíbe la discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión pública, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación. (Reforma Procesal Laboral, 2014).

Según dicha disposición, una vez que entraría en vigencia la Reforma Procesal Laboral, cualquier conducta del patrono tendiente a generar un trato diferenciado entre los colaboradores, por razones de orientación sexual, discapacidad o cualquier otra forma análoga, entre otras nuevas causales introducidas, constituirá un acto discriminatorio y, por lo tanto, el patrono se expondría a sanciones por infracciones a normas laborales, aspecto que de igual forma fue reformado.

Asimismo, el artículo 406 introducido por la RPL, establece expresamente la prohibición de despedir a cualquier colaborador, por alguna de las causas indicadas en el numeral 404, e incluso, a la normativa laboral se introduce una nueva causal

de despido justificado, al disponerse en el párrafo tercero del artículo 410 de la RPL, que “[...] todo trabajador que en el ejercicio de sus funciones, relativas a reclutamiento, selección, nombramiento, movimientos de personal, o de cualquier otra forma, incurra en discriminación, incurrirá en falta grave sancionable con el despido sin responsabilidad patronal [...]”. (Reforma Procesal Laboral, 2014).

Se dispone también en el numeral 410, primer párrafo, la obligación patronal, una vez comprobada la cesación de personas trabajadoras por un motivo discriminatorio, de reinstalar a dichas personas en su puesto, con pleno goce de sus derechos y las consecuencias previstas para la sentencia de reinstalación.

2.1.2. Formas de discriminación no reguladas expresamente en la normativa laboral costarricense

Tal como se indicó en el apartado anterior, la normativa laboral costarricense contiene diversas referencias a la discriminación en el empleo, lo cual genera un listado de razones discriminatorias, las cuales precisamente pueden ser consideradas como aquellas formas de discriminación reguladas en forma expresa.

Sin embargo, las razones de discriminación reguladas en las diferentes normas a que se hizo referencia, no constituyen una lista taxativa; sino que por el contrario, con la evolución del derecho laboral y al tomar en cuenta que en las sociedades convergen diversas formas de pensamiento, se han desarrollado otras formas de discriminación que no encuentran en la legislación vigente expresa; más bien, en algunos casos, han sido las Autoridades Administrativas y Judiciales, las

que a través de sus criterios y resoluciones han ampliado la lista de razones discriminatorias en el empleo.

Dentro de estos factores pueden mencionarse el estado civil, la opinión política, ascendencia nacional, origen social, afiliación sindical, situación económica, por mencionar algunas.

Corresponde analizar en este apartado si la enfermedad del trabajador y su orientación sexual, puede ser incluidas dentro de las razones anteriormente mencionadas, como formas de discriminación no reguladas en forma expresa en la normativa laboral costarricense. Se debe aclarar que para efectos del presente trabajo, la RPL no se encuentra vigente, ni se tiene certeza de su destino ante las acciones de inconstitucionalidad indicadas y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo décimo de la RPL, la misma regirá dieciocho meses después de su publicación.

2.1.2.1. La enfermedad del trabajador

La enfermedad puede ser definida en términos generales, como un proceso y el consecuente estado de afección de un ser humano, por una alteración perjudicial de su estado de salud, provocado por diversos factores. El término proviene del latín "*infirmitas*" que significa "falta de firmeza" y consiste en el proceso de alteración del estado normal de salud de un ser vivo.

Normalmente, se genera una concepción de la enfermedad como la idea

opuesta al concepto de salud y es posible la utilización de varias acepciones para definir este estado y aparece como normal el uso de palabras como: patología, dolencia, padecimiento, trastorno o alteración, entre otros, como sinónimos de enfermedad. La Organización Mundial de la Salud define la enfermedad con la presencia de un mal o afección específica, la cual afecta la salud, entendida como el perfecto bienestar a nivel físico y mental de un individuo.

Las causas de una enfermedad son diversas y pueden estar relacionadas con agentes externos o internos del ser vivo.

Para efectos de la presente investigación conviene distinguir además, entre lo que normalmente se conoce como enfermedad común de un trabajador y la enfermedad profesional o el riesgo de trabajo, por lo tanto, se debe considerar además lo relativo a la discapacidad.

El Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, durante la sesión 8712, llevada a cabo el 24 de abril de 2014 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 102 del 29 de mayo de 2014, contiene definiciones que resultan de especial importancia en el desarrollo del presente apartado.

En ese sentido, en el numeral segundo de dicho Reglamento se definen los siguientes términos como se indica:

Enfermedad común: Estado patológico no originado en un riesgo de trabajo o accidente de tránsito, que le impide al asegurado(a) activo(a) realizar sus ocupaciones habituales.

Enfermedad de trabajo: Se denomina enfermedad de trabajo a todo estado patológico que resulta de la acción continuada de una causa, que tiene su origen o motivo en el propio trabajo o en el medio y condiciones en que el trabajador(a) labora y se establezca que éstos han sido la causa de la enfermedad.

Accidente de trabajo: Según lo establece el artículo 196 del Código de Trabajo, se denomina accidente de trabajo, todo percance que le suceda al trabajador(a) como causa de la labor que ejecuta o como consecuencia de ésta, durante el tiempo que permanece bajo la dirección y dependencia del patrono o sus representantes, y que puede producirle la muerte o la pérdida o reducción, temporal o permanente, de la capacidad para el trabajo. También se califica de accidente de trabajo, el que ocurra al funcionario(a) en las siguientes circunstancias: a) En el trayecto usual de su domicilio al trabajo y viceversa (*in itinere*), cuando el recorrido que efectúa no haya sido interrumpido o variado, por motivo de interés personal del funcionario(a) siempre que el patrono proporcione directamente o pague el transporte, igualmente cuando en el acceso al centro de trabajo deban afrontarse peligros de naturaleza especial, que se consideren inherentes al trabajo mismo. b) En el cumplimiento de

órdenes del patrono, o en la prestación de un servicio bajo su autoridad, aunque el accidente ocurra fuera del lugar de trabajo y después de finalizar la jornada. c) En el curso de una interrupción del trabajo, antes de empezarlo o después de terminado, si el trabajador se encontrare en el lugar de trabajo, con el consentimiento expreso o tácito del patrono o de sus representantes. d) En cualquiera de los eventos que define el inciso e) del artículo 71 del Código de Trabajo (en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono, o algún compañero(a) de trabajo se encuentra en peligro).

Riesgos del trabajo: Constituyen riesgos del trabajo los accidentes y las enfermedades que ocurran a los trabajadores(as), con ocasión o por consecuencia del trabajo que desempeñen en forma subordinada y remunerada, así como la agravación o reagravación que resulte como consecuencia directa, inmediata e indudable de esos accidentes y enfermedades. (Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud, 2014).

Como se puede observar de las anteriores definiciones, la correspondiente a enfermedad común se genera a *contrario sensu* de lo dispuesto para la enfermedad de trabajo y, por lo tanto, debe considerarse como tal, todo aquel padecimiento o estado patológico, sin relación directa con las labores desempeñadas por un colaborador o no sea consecuencia de estas, o bien, que no se genere a partir de un accidente de tránsito.

En relación con las definiciones brindadas, resulta relevante mencionar la disposición contenida en el artículo 254 del Código de Trabajo, el cual faculta al patrono, bajo determinados supuestos, a dar por finalizada el contrato laboral con responsabilidad patronal a trabajadores que hayan sufrido un riesgo del trabajo. Dicho artículo dispone en lo conducente:

ARTÍCULO 254.- El patrono está obligado a reponer en su trabajo habitual al trabajador que haya sufrido un riesgo del trabajo, cuando esté en capacidad de laborar.

Si de conformidad con el criterio médico, el trabajador no pudiera desempeñar normalmente el trabajo que realizaba cuando le aconteció el riesgo, pero si otro diferente en la misma empresa, el patrono estará obligado a proporcionárselo, siempre que ello sea factible, para lo cual podrá realizar los movimientos de personas que sean necesarios.

En casos en que la reinstalación ocasione perjuicio objetivo al trabajador, ya sea por la índole personal del puesto, por el salario percibido, o porque afecta negativamente su proceso de rehabilitación, o bien porque incluso el trabajador se encuentra en contacto con las causas generativas del riesgo ocurrido, el patrono procederá a efectuar el pago de sus prestaciones legales correspondientes, extremos que serán procedentes si no es posible lograr la reubicación del trabajador en la empresa. [...]

De la lectura de este artículo, puede concluirse que la normativa laboral vigente autoriza al patrono a dar por finalizada la relación laboral, con el pago de las prestaciones laborales respectivas, con un trabajador que haya sufrido un riesgo de trabajo o un accidente laboral, sin que dicha medida sea considerada como discriminatoria.

Sin embargo, es importante aclarar que para proceder de la forma descrita, sin que existan cuestionamientos sobre la decisión patronal, resulta imprescindible haber cumplido previamente con los requisitos establecidos en la propia norma. Así, el empleador podrá despedir con responsabilidad patronal, al colaborador que haya sufrido un riesgo del trabajo, siempre que:

- Cuento con un criterio médico, donde indique que el trabajador no puede desempeñar normalmente las labores que realizaba cuando le aconteció el riesgo.
- Haya analizado la posibilidad de realizar movimientos a lo interno de la empresa, para proporcionar trabajo distinto al colaborador afectado, en el tanto esta posibilidad resulte factible.
- La reinstalación en el puesto le ocasione un perjuicio al trabajador, ya sea en sus condiciones laborales (salario o naturaleza del puesto) o porque el colaborador estaría en contacto con las causas generadas del riesgo sufrido.

Ahora bien, como se logra comprobar de la lectura de este artículo, la posibilidad de despido resulta una medida alterna en última instancia, siendo lo prioritario procurar la reincorporación ordinaria del trabajador a sus labores, ya sea

en el puesto original desempeñado antes del riesgo, o incluso en otro diferente.

Por lo anterior, la normativa laboral, en este supuesto en concreto, avala el despido de un trabajador enfermo (por riesgo profesional o enfermedad del trabajo), en el tanto, el patrono haya tomado todas las medidas necesarias para procurar la reincorporación del empleado a sus labores y al considerar que dicha reincorporación no resulte perjudicial para el trabajador, ya sea en salud o en sus condiciones laborales.

El cuestionamiento sobre la validez del despido, se da en el tanto el patrono opte por el finiquito de la relación laboral, sin haber cumplido con los requerimientos establecidos en el artículo 254 mencionado, o sin haber realizado la valoración del caso para determinar la viabilidad de reubicarlo en otro puesto, incluso con movimientos de personal.

Bajo la definición contenida en el Convenio N° 111 de la OIT, una distinción o exclusión generada a partir de una enfermedad de trabajo, la cual tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo, sería discriminatoria. Por lo tanto, si se logra establecer que el motivo del despido fue la condición de salud del trabajador, pero no bajo la premisa de evitarle una afectación adicional (en condiciones materiales de empleo o su estado de salud), se podría establecer que la medida resulta discriminatoria y, por lo tanto, la enfermedad de trabajo o el riesgo profesional pueden ser considerados como razones discriminatorias, pero en la normativa laboral vigente no encuentran una disposición que las regule como tales.

Por su parte, la enfermedad común de un trabajador, entendida para los efectos de la presente investigación, como el estado patológico de un trabajador activo, no originado en un riesgo o accidente laboral o en un accidente de tránsito, no encuentra normativa alguna en lo que a discriminación corresponde, por cuanto si existe normativa relacionada a dicho estado, pero originada en temas de seguridad social, la cual regula los derechos de los asegurados activos, cuando durante la relación laboral, contraen o padecen un estado que les imposibilita a trabajar.

Lo anterior, con la salvedad del caso del VIH/Sida, enfermedad que cuenta con una Ley especial para regular varios aspectos relacionados con este padecimiento y en cuanto a discriminación y empleo se refiere, expresamente prohíbe conductas discriminatorias contrarias a la dignidad humana o la generación de tratos degradantes en perjuicio de los portadores del VIH/Sida y las personas portadoras de esta enfermedad disponen del derecho de desarrollar la actividad laboral sin interferencia alguna; además puede regular la prohibición de realizar exámenes médicos tendientes a determinar la portación del virus o el padecimiento de la enfermedad.

Especial mención debe hacerse sobre la discapacidad, por cuanto resulta una característica que no necesariamente se genera durante el contrato laboral, pero si podría resultar en un factor discriminatorio al momento del reclutamiento y selección de personal.

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de

discriminación contra las personas con discapacidad, la define como toda deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria y puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Este mismo instrumento, tal como se indicó previamente, dispone el concepto de discriminación contra las personas con discapacidad y establece como tal, la distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, que impida o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales, dentro de las cuales se debe considerar el derecho a trabajar.

Por su parte, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, contiene un capítulo donde se regula lo correspondiente el acceso al empleo de las personas con discapacidad y establece como una obligación estatal, el garantizar a esta población, tanto en zonas rurales como urbanas, el derecho de un empleo adecuado a sus condiciones y necesidades personales. Define esta Ley que el utilizar en la selección de personal mecanismos que no estén adaptados a las condiciones de los aspirantes, el exigir requisitos adicionales a los establecidos para cualquier solicitante y el no emplear, por razón de su discapacidad, a un trabajador idóneo, constituyen actos discriminatorios. Como también lo es, el negar el acceso y la utilización de los recursos productivos.

2.1.2.2. La preferencia u orientación sexual

Cuando se habla de orientación sexual, también referida como tendencia, inclinación o preferencia sexual, se refiere a un determinado modelo de atracción sexual o emocional, a un determinado grupo de personas definidas por su sexo; sugiere una elección, en principio voluntaria, la cual determina la vida sexual de la persona, al establecer el género que determinará el objeto del deseo sexual.

Esta primera acepción del concepto resulta de importancia, por cuanto muchas veces cuando se hace referencia a la preferencia sexual de determinada persona, se puede incurrir en el error de valorar únicamente casos de heterosexualidad u homosexualidad. Sin embargo, la orientación sexual hace referencia a conceptos más amplios; por lo tanto, puede clasificarse dentro de parámetros de monosexualidad y polisexualidad. Dentro del primer grupo se incluiría la heterosexualidad y la homosexualidad; mientras en el segundo se encontraría conceptos como el de bisexualidad entre otros.

La heterosexualidad, la homosexualidad y la bisexualidad pueden ser consideradas como las formas de orientación sexual primarias o principales y, normalmente, otras clases de orientación son determinadas como variantes de las primarias.

Sobre el origen de la orientación sexual se da gran diversidad de teorías, algunas de las cuales establecen que el mismo se genera por factores biológicos (genéticos, hormonales o por origen estructural –teorías de la naturaleza sexual

animal o la fisiología humana-). Otras teorías consideran que la orientación sexual se origina por factores ambientales; por lo tanto, la tendencia o la preferencia sexual de una persona está determinada por factores socio-culturales, en algunos casos se ubica el origen de este comportamiento como producto de eventos, conscientes o inconscientes, durante el desarrollo social y biológico de un individuo (origen psicológico).

Ahora bien, independiente de la teoría o el factor determinante de la orientación sexual de una persona, lo cierto es que este podría ser un elemento que genere un trato diferenciado o denigrante de una persona y, por lo tanto, pueda llegar a ser considerado como discriminatorio, sin importar al final de cuentas el tipo de preferencia sexual de la persona. Lo anterior toma en cuenta que en las relaciones de empleo, según la cultura de la empresa o los personeros de la misma, se podrían generar tratos diferenciados por una preferencia sexual no necesariamente homosexual, como se tiende a pensar en general.

En el resumen del Estudio sobre la *“Discriminación en el trabajo por motivos de orientación sexual e identidad de género: resultados de plan piloto”*, emitido por el Consejo de Administración de la Organización Internacional de Trabajo, para análisis durante la 319ª reunión, realizada del 16 al 31 de octubre de 2013, entre las conclusiones preliminares del estudio, se pueden indicar las siguientes:

- La discriminación y el acoso contra trabajadoras lesbianas, trabajadores gays y trabajadores bisexuales y transgénero (LGBT, por sus siglas en inglés) son prácticas frecuentes, estableciéndose que dicha discriminación

frecuentemente inicia el proceso educativo y continúa en el acceso al empleo y a lo largo de todo el ciclo del empleo.

- No existe normativa que proteja los derechos de la población trabajadora en estudio y en aquellos casos de países que cuentan con disposiciones al respecto, se considera que su aplicación puede resultar deficiente.
- La discriminación, el acoso y la exclusión del mercado de trabajo con frecuencia se producen como consecuencia de un comportamiento que no se ajusta a las ideas preconcebidas acerca del modo en que deberían comportarse hombres y mujeres. Incluso en determinados casos se llega a generar discriminación o acoso, por el comportamiento o apariencia de las personas, por su aparente orientación sexual.
- La mayoría de la población trabajadora que fue objeto de estudio, prefieren ocultar su orientación sexual en el lugar de trabajo, para evitar tratos degradantes o discriminatorios. Sin embargo, este ocultamiento puede generar estrés y tener efectos negativos en la productividad y desarrollo profesional.

Aún cuando se debe reiterar que la orientación sexual no solo está referida a la homosexualidad, lo cierto es que a partir de estudios realizados por diferentes entidades y en distintos países, permiten concluir que la comunidad homosexual en mayor medida, pero también poblaciones trabajadoras bisexuales o transgénero, sufren de discriminación o trato degradante, tanto en el acceso al empleo como durante el desarrollo de la relación laboral. Algunos países han realizado esfuerzos importantes por incluir en su normativa, regulaciones para prohibir la discriminación por orientación sexual; sin embargo, estos esfuerzos parecen infructuosos por la

deficiencia que se genera en muchas ocasiones al momento de su aplicación.

En el caso concreto de Costa Rica, al momento de la elaboración del presente trabajo, la única norma vigente -pues la RPL no ha entrado en vigencia-, la cual contiene alguna disposición prohibitiva respecto a la discriminación por orientación sexual, se encuentra en la Ley 7771, Ley General sobre el VIH/SIDA, vigente desde el 20 de mayo de 1998, la cual en su artículo 48 estipula una contravención y establece que: “Quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género, edad, **opción** política, religiosa o **sexual**, posición social, situación económica, estado civil o por algún padecimiento de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte o sesenta días multa [...]”. (Ley No. 7771, 1998).

Esta norma por su aplicación práctica y el tipo de sanción que impone, puede llegar a ser considerada como deficiente para regular un tema tan delicado como lo es la discriminación en el empleo por orientación sexual, el cual representa una realidad mundial que afecta a una considerable población de trabajadores.

2.2. El libre despido en la normativa laboral costarricense

El despido es una de las formas de extinguir la relación laboral, la cual junto con la renuncia podrían ser consideradas como las causas más comunes de terminación del contrato de trabajo, tal como ha sido conceptualizado por la doctrina y se demuestra en la experiencia de las relaciones laborales.

Cuando se habla de la diferencia de fuerzas y poderes entre trabajadores y patronos, donde resulta evidente que el trabajador se encuentra en una posición de inferioridad respecto al patrono, se puede pensar que el despido puede llegar a ser la manifestación más clara de la superioridad patronal, por las consecuencias que se generan para un trabajador ante esta decisión.

El despido puede ser conceptualizado como el acto unilateral del patrono o empresario, mediante el cual decide dar por finalizada la relación laboral con un trabajador. Dicho parecer puede derivar de la simple voluntad del patrono, o bien encontrar su justificación en la existencia de una falta grave contra las obligaciones laborales por parte del colaborador.

Cuando se hace referencia a esta forma de extinción del contrato de trabajo y, de acuerdo con su naturaleza jurídica, a nivel doctrinario se ha entendido por una parte como una sanción y, por otros, como un acto jurídico resolutivo.

Quienes defienden la teoría del despido como sanción disciplinaria, consideran que esta forma de finalizar el contrato laboral es una sanción que el patrono puede aplicar en virtud del poder disciplinario del que se encuentra investido por la normativa y, como consecuencia directa del propio contrato de trabajo. El poder disciplinario autoriza al patrono a aplicar las medidas sancionatorias que resulten razonables y proporcionales, ante el incumplimiento de obligaciones laborales por parte de un trabajador. Cuando la falta o el incumplimiento se demuestra como grave, precisamente justifica la aplicación del despido, que en este caso sería sin responsabilidad patronal.

En el caso de los tratadistas que estiman el despido como un acto resolutivo, opinan que dicha figura es una causal de resolución del contrato y, en este sentido, se comprende que la resolución es la facultad dada por la legislación, a una de las partes de la relación, para finalizar el contrato ante el incumplimiento grave de las obligaciones por la otra parte.

Independientemente de la teoría que se adopte, lo cierto es que el despido es una de las formas de finiquitar el contrato de trabajo, cuya principal característica es que responde a una decisión voluntaria por parte del patrono o empresario, decisión que puede estar basada en causas disciplinarias o no.

El despido, por lo tanto, debe ser entendido como una forma de terminar la relación laboral, estrictamente relacionada con la voluntad del empleador, por cuanto aún cuando la causa de la decisión pueda basarse en una falta grave a las obligaciones laborales por parte del trabajador, lo cierto es que la decisión final de dar por extinto el vínculo laboral, dependerá en forma exclusiva de la voluntad del empleador, quien incluso en caso de una falta grave a las obligaciones obreras, podría optar por aplicar una medida disciplinaria distinta o sustitutiva del despido, o incluso decidir no aplicar ninguna sanción.

Esta forma de extinción además y, en relación a lo indicado, puede ser categorizada en diferentes modalidades. Por una parte, el sistema jurídico costarricense concede al empleador la facultad de finalizar el contrato de trabajo por su sola voluntad, en cuyo caso se está ante el despido incausado o con responsabilidad patronal, aspecto sobre el cual se hará referencia más

adelante. Por otra parte, se acepta por la Legislación Laboral, la posibilidad de dar por terminada la relación laboral por causas debidamente justificadas, en cuyo caso se hace referencia al despido justificado, también referido como despido sin responsabilidad patronal.

Sobre el despido justificado, conviene entender que esta modalidad responde a la potestad patronal de finalizar el vínculo laboral, cuando un colaborador incurre en un incumplimiento grave a sus obligaciones laborales, ya sea por un acto único o la reiteración de conductas que imposibilitan la continuidad de la relación laboral, de manera que el empleador opta por finalizar el contrato de trabajo sin incurrir en responsabilidad patronal, por lo tanto, debe reconocer por concepto de prestaciones laborales lo correspondiente solo a vacaciones pendientes de disfrute, así como al aguinaldo proporcional del último período laborado.

Para hacer uso de la figura del despido justificado o sin responsabilidad patronal, se establece la necesidad para el patrono, de contar con los elementos idóneos que permitan demostrar sin lugar a dudas: la existencia de una conducta que sea considerada como un incumplimiento grave a las obligaciones laborales y que dicha conducta se encuentra debidamente individualizada. Adicionalmente, para efectos de aplicar dicha medida disciplinaria, resulta necesario tomar en cuenta los límites dispuestos para la potestad disciplinaria, a saber:

- Causalidad: es la relación causa efecto entre la falta cometida y la sanción impuesta, que conlleva la necesidad de determinar con precisión la falta o faltas cometidas que generan directamente la sanción. Implica también la

obligación de individualizar la falta cometida.

- Proporcionalidad y razonabilidad: la sanción que vaya a ser impuesta no puede ser arbitraria o subjetiva y, además, debe estar ajustada al grado de incumplimiento por parte del trabajador.
- Actualidad: limita el poder disciplinario en el tiempo; por lo tanto, debe aplicarse la sanción en el plazo prescrito dispuesto por la normativa laboral, fijado en un mes que se contabiliza a partir del momento en que se cometió la falta, o partir del momento en que se tuvo conocimiento de dicha falta.

2.2.1. Finalización del contrato de trabajo con fundamento en lo establecido en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo

En Costa Rica, las relaciones laborales pueden ser categorizadas entre las que se generan en el sector público y las que se dan en el sector privado. De acuerdo con el sector en donde se desarrolle el contrato de trabajo, existen diferentes principios y figuras, las cuales regirán la relación laboral. Una de las principales diferencias que se genera entre un sector y otro, se da respecto a la estabilidad en el empleo.

Así, en un segmento del sector público, las relaciones laborales se caracterizan por la estabilidad laboral o estabilidad en el empleo, lo cual implica que la posibilidad de finalizar la relación laboral se ve limitada normalmente a la voluntad del trabajador o la generación de causas justas, previo cumplimiento del procedimiento interno requerido para la determinación de la existencia de una falta grave a las obligaciones laborales; por ello, resulta necesario que exista un debido

proceso como requisito para la terminación del vínculo laboral.

Mientras tanto, en el sector privado, una de las características y diferencias respecto a lo que ocurre en el sector público, es que se aplica, como regla general, el principio de libertad de despido. De tal manera que el patrono, en principio, puede dar por terminado el contrato de trabajo con cualquier trabajador no importa el momento, de forma unilateral, solo basta la voluntad patronal para extinguir la relación de trabajo.

Esta facultad del empleador de terminar una relación contractual de naturaleza laboral por su sola voluntad, se encuentra consagrada tanto en el artículo 63 de la Constitución Política como en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo y, en estos casos, no se dispone la obligación para el patrono de invocar una causa justa o falta grave contra el trabajador, solo establece como único requerimiento, que resulta incluso posterior a la decisión tomada, la obligatoriedad de reconocer el pago de la totalidad de las prestaciones laborales, correspondientes a vacaciones no disfrutadas, aguinaldo proporcional del último período laborado, preaviso (si el mismo no es concedido en tiempo) y el auxilio de cesantía en atención a la antigüedad laboral.

En este sentido, el artículo 63 de la Constitución Política dispone:

“Los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de desocupación”. (Constitución Política, 1949).

Este precepto constitucional se ve reflejado en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, el cual dispone:

Artículo 85: Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el Código o por disposiciones especiales:
[...] d) La propia voluntad del patrono [...].

Esta disposición legal es el más claro reflejo del principio de libertad de despido que impera en la normativa laboral costarricense para el sector privado, al facultar a cualquier empleador a finalizar el contrato de trabajo por su sola voluntad, solamente y tal como se indicó, debe proceder con el pago de prestaciones e indemnizaciones que correspondan ante la decisión tomada.

Tanto en lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución Política como lo indicado por el numeral 85 apartado d) del Código de Trabajo, se pueden extraer las reglas que configuran el libre despido:

- El patrono tiene la facultad de despedir a un trabajador por su sola voluntad, sin necesidad de invocar una causa justa en contra del colaborador.
- De ejercerse la facultad patronal indicada, el trabajador tiene el derecho de recibir lo correspondiente a prestaciones laborales.

El último punto así como el principio de libre despido que rige en las relaciones de empleo en el sector privado, se encuentran también normados en los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, los cuales en lo que interesa a los efectos del presente trabajo de investigación, indican:

“Artículo 28: En el contrato por tiempo indefinido cada una de las partes puede ponerle término, sin justa causa, dando aviso previo a la otra [...]”.

“Artículo 29: Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado, o algunas de las causa previstas en el artículo 83 u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle un auxilio de cesantía [...]”.

Como se infiere de ambos artículos, en los mismos se autoriza al empleador a dar por finalizada la relación laboral, sin necesidad de contar con una causa justa para ello, en el tanto reconozca al trabajador afectado por la decisión patronal, los rubros correspondientes a preaviso (si el mismo no es otorgado en tiempo) y auxilio de cesantía, así como lo correspondiente a vacaciones y aguinaldo, que debe ser reconocido en toda terminación del contrato de trabajo, independiente de la causa de finalización.

Incluso, se podría considerar que una manifestación de este principio, se encuentra contenida en la disposición del artículo 31 del mismo cuerpo normativo, al establecerse en similar sentido, que en los contratos a tiempo fijo y para obra

determinada, cada una de las partes de la relación, pueda dar por finalizado el contrato de forma anticipada y sin justa causa, siempre que en los casos donde la decisión provenga del patrono, se reconozca una indemnización por la terminación anticipada, la cual dependerá del plazo por donde fue originalmente suscrito el contrato y del tiempo laborado. Sin embargo, cabe considerar que aún cuando en este numeral se da la posibilidad al patrono de finalizar el contrato a plazo o por obra, de forma anticipada, dicha medida no constituye un despido en los términos dispuestos en los artículos 28, 29 y 85 inciso D) del Código de Trabajo y en el artículo 63 constitucional, sino el ejercicio de la facultad dispuesta.

Sobre la libertad de despido, las Autoridades Judiciales costarricenses han indicado:

El actor expone en su demanda que sintió depresión, dolor y desconcierto ante su cese, porque se produjo para ocultar que la sociedad codemandada no tenía a sus trabajadores bajo la póliza de seguros por riesgo de trabajo del INS. A su juicio, las dos agravantes que hacen el caso particular son: el cobro indebido de ¢94.537 por concepto de beca y que durante el vínculo se le había otorgado un salario menor al mínimo vigente. Ahora bien, ante esta Sala la parte accionante se muestra inconforme por el rechazo del daño moral que el a quo consideró como no demostrado. Apoyó esa tesis con la sentencia 581-f-03 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se analiza la ruptura de un contrato de servicios profesionales, cuya naturaleza jurídica es distinta a la relación laboral

subyacente. La jurisprudencia de esta Sala ha admitido esa compensación en la vía laboral en casos realmente calificados, partiéndose de la premisa de que todo despido le causa un sufrimiento al trabajador, por lo que para el otorgamiento de dicha indemnización el cese ha de haber estado rodeado de circunstancias particularmente graves y excepcionales que rebasen sus consecuencias naturalmente aflictivas (véase al respecto el fallo número 134, de las 9:30 horas del 17 de febrero de 2012). También se ha sostenido que otro elemento primordial del daño indemnizable es la antijuricidad del acto que le da origen -véase sentencia número 701-2003 de las 14:10 de 23 de noviembre de 2001-. Ese agravio no es atendible. El argumento del supuesto motivo del despido, que se alegó en la demanda y se reitera en el recurso, consiste en ocultar la falta de aseguramiento de los trabajadores por riesgos de trabajo. **Mas la decisión que tomó el patrono de separar de su cargo al accionante está amparada en el régimen de libre despido, propio del sector privado, el cual es absolutamente legítimo y acorde con sus facultades -artículos 28 y 29 del Código de Trabajo y 63 de la Constitución Política-, por lo que no cabe reputarlo como fuente productora de daño moral, como lo estima el promovente.** Además, no existen elementos en los hechos descritos en la demanda y sustanciados por el actor que permitan concluir que ese acto estuviera rodeado de circunstancias particularmente graves y excepcionales que ameriten esa condena [...]. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

En similar sentido, la máxima autoridad judicial en materia laboral manifestó:

III.- No lleva razón el recurrente en cuanto sostiene que el despido se debió a un intento desesperado de la sociedad accionada para anular los derechos societarios que le asistían al actor y de ahí que se haya realizado de manera sorpresiva y sin darle ninguna oportunidad de defenderse o de aclarar la situación que se presentó. Al respecto, no media prueba alguna que sustente esas afirmaciones, aparte de que la destitución como trabajador de la empresa demandada no tendría porqué afectar los eventuales derechos como posible socio de la compañía. Además, tal y como se advirtió en la instancia que precede, con base en lo regulado en el inciso d), del artículo 83 del Código de Trabajo, en nuestro medio rige un sistema de despido libre, a excepción de los fueros especiales de protección, debidamente regulados por ley. En consecuencia, al accionante no le asistía ningún derecho a que su destitución estuviera sujeta a un procedimiento previo [...]”. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 2013).

Interesante resulta para este trabajo, verificar como incluso se hace referencia al principio de la libertad de despido, en casos donde lo que se alega es la existencia de una falta grave contra las obligaciones laborales, pero donde la parte actora lo que reclama es la inexistencia de un debido proceso o un procedimiento interno de investigación previo a la decisión patronal y, en los cuales, se ha interpretado por la autoridad judicial, que al regir en el sector privado el principio de libre despido, no resulta obligatorio para el patrono, de previo a

proceder con un despido sin responsabilidad patronal, llevar a cabo un proceso de investigación o un debido proceso, en los términos que rigen en el sector público, criterio que ha sido sostenido en reiteradas ocasiones. En este sentido, la Sala Segunda, en la resolución número 2008-000858 expresó:

V.- En relación con aquellas manifestaciones del actor en las que alega que no tuvo noticia de la investigación que culminó con su despido, dándose en su criterio quebranto del debido proceso, **es necesario aclarar que en materia de empleo privado rige la libertad de despido, salvo el caso de los fueros especiales. Por eso, en principio, para disponerlo, no es necesario llevar a cabo ningún trámite previo, con participación del trabajador.** Ese criterio ha sido reiterado por la Sala en varios de sus fallos. Por ejemplo, en la sentencia n° 72 de las 9:30 horas, del 26 de enero de 2000 se señaló: "Uno de los fundamentos de su acción, por parte del señor [...], consiste en reclamar la violación del debido proceso, en la investigación de los hechos por los cuales se le despidió. Resulta importante definir los alcances de este derecho, en el ámbito general de lo laboral. **Nuestro ordenamiento jurídico contempla la libertad de despedir que tiene el patrono, en el campo privado, con excepciones establecidas en la ley, señalando determinados efectos cuando no ha tenido un motivo legal para ponerle fin a la relación. En estos casos no es necesario realizar procedimientos previos al despido y no existe indefensión alguna, porque la legalidad de la respectiva causa se analiza en los tribunales**

laborales. Cosa distinta ocurre en el denominado Sector Público, donde las instituciones siempre están obligadas a realizar un trámite de investigación, para garantizarle los derechos de defensa, plena y efectiva, al servidor que se pretenda despedir [...] No obstante esta distinción, existen casos en el otro sector, el privado, en los cuales, por disposición legal, se requiere de un trámite previo al despido, también ineludible (V gr. embarazo, lactancia, representación sindical). También cuando el patrono, voluntariamente, se somete a él, por ejemplo en convenciones colectivas o en reglamentos. En esas situaciones, el procedimiento previo al despido es un derecho del trabajador". (En igual sentido véase el voto n° 23 de las 10:40 horas, del 26 de enero de 2005). Consecuentemente, la exigencia de un procedimiento previo al despido, y la consecuente nulidad o invalidez de éste en el caso de su inobservancia, sólo existe en la empresa privada si, en la legislación laboral que rige en ella, está previsto excepcionalmente como parte de un régimen de estabilidad, con mecanismos bien claros, como lo es el de la reinstalación, para hacerlo respetar (ver en tal sentido los votos de esta Sala n° 193 de las 15:30 horas, del 26 de junio de 1996 y 260 de las 9:50 horas, del 29 de octubre de 1997) [...]". (El resaltado no corresponde al original). (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 2008).

Otro extracto jurisprudencial relevante, en el mismo además de la referencia clara al principio de libertad de despido, se indican causales por las que dicha libertad puede verse limitada:

[...] En todo caso, sumado a lo que viene expuesto, no puede obviarse (contrario a lo que pretende el recurrente), como se dispuso en las instancias precedentes, que **en el ámbito del empleo privado prevalece un principio de “libre despido” (obsérvese las sentencias n°s 304 de las 9:09 horas, del 17 de mayo de 2006; 76 de las 10:10 horas, del 1 de febrero de 2008 y 373 de las 10:00 horas, del 8 de mayo de 2009), a excepción de aquellos supuestos expresamente contemplados en la ley donde se establece una especie de fuero o protección,** que cubre a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia [...] y a los(as) denunciante(s) de acoso sexual (artículo 14 de la Ley contra el Hostigamiento y Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia). Además, por convención colectiva podría regularse la estabilidad laboral de los (as) trabajadores (numeral 62 de la Constitución Política); sin olvidar tampoco, los despidos discriminatorios que el numeral 618 del Código de Trabajo prevé y respecto de los cuales se prohíbe toda discriminación en el trabajo “[...] por razones de edad, etnia, género o religión” y a cuyo efecto, en caso de incurrirse en tal comportamiento, tenerlos por nulos (los despidos) y, en consecuencia, proceder a la reinstalación de empleado (a) afectado (a) [...] Así, conforme a lo señalado, dado que la relación que vinculó a las partes lo fue de naturaleza privada, sin que el actor se encontrara en ninguno de los presupuestos de excepción señalados, ni se demostrara que aquel vínculo estaba cobijado por alguna disposición convencional o interna que le garantizara la reinstalación pretendida, máxime cuando, como se explicó, el despido

no obedeció a “problemas de alcoholismo” porque él mismo aceptó no tener problemas de esa naturaleza (demanda, a folio 1) sino a una circunstancia objetiva en razón de la cual el actor se colocó en una situación (causa sobreviniente) en la que no podía prestar sus servicios a la demandada en las condiciones requeridas (que como se dijo, no fue aprovechada por la demandada, quien más bien prescindió de los servicios de éste con responsabilidad patronal) [...]”. (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, 2011).

Como queda claramente establecido en el anterior extracto y, tal como lo dispone la normativa laboral vigente, aún cuando en el sector privado rige el principio de libertad de despido, dicho principio y el ejercicio del mismo por la parte empleadora, no es irrestricto ni ilimitado, por cuanto existen excepciones al mismo claramente dispuestas.

En este sentido, el principio de libertad de despido se ve limitado entre otros, en los siguientes casos:

- Trabajadoras embarazadas o en período de lactancia: los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo establece la prohibición para el patrono de despedir a sus trabajadoras embarazadas o bien, se encuentren en período de lactancia, salvo cuando la colaboradora haya cometido una falta grave a sus obligaciones laborales, según las causas justas establecidas en el numeral 81 del mismo cuerpo normativo, pero toda vez se aclare que en estos casos de previo a proceder con la terminación del contrato de trabajo

sin responsabilidad patronal, deberá gestionarse ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, Departamento del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), la correspondiente autorización para actuar de esta forma, de manera que en esta instancia se genere el proceso administrativo, el cual permita demostrar la existencia de la falta grave cometida por la trabajadora. Se dispone de igual forma que cuando el patrono contravenga esta prohibición, la colaboradora afecta por la decisión del empleador, podrá gestionar ante los Juzgados laborales su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos, además del reclamo de los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta su efectiva reinstalación.

- Trabajadores menores de edad: la Ley 7.739, Código de la Niñez y la Adolescencia establece una limitación al principio de libertad de despido en el sector privado, específicamente contenida en los artículos 90 y 91 de este cuerpo normativo, al disponer el primero que en caso de despido con responsabilidad patronal de un trabajador adolescente, el patrono deberá notificar a la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del MTSS, dentro del plazo del preaviso, para que dicha instancia pueda asesorar al menor de edad sobre sus derechos indemnizatorios ante la terminación del contrato de trabajo; esta obligación en determinadas circunstancias y ante consideración por parte de funcionarios del MTSS, podría implicar la solicitud al patrono de dejar sin efecto el despido aplicado, si se considera por ejemplo que el mismo es discriminatorio por edad.

Adicionalmente, en el artículo 91 se limita la posibilidad de despedir de forma justificada al trabajador adolescente y se establece el mismo proceso dispuesto para la trabajadora embarazada o en período de lactancia, de manera que de previo a despedir con justa causa, aún cuando se haya demostrado la falta grave cometida, el empleador debe solicitar la correspondiente autorización de despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del MTSS, procedimiento durante el cual se le dará audiencia al adolescente y se recibirá la prueba que ambas partes estimen pertinentes. En caso de procederse con el despido con responsabilidad sin comunicar al MTSS, el empleador podría enfrentar un proceso judicial por infracción a normas laborales; de aplicarse un despido justificado sin contar con la autorización indicada, el trabajador adolescente podría reclamar la satisfacción de sus derechos indemnizatorios o solicitar su reinstalación en pleno goce de sus derechos. Esto incluye el reclamo por los salarios dejados de percibir y además el patrono, de igual forma, podría enfrentar un proceso judicial por infracción a normas laborales.

- Dirigentes sindicales y trabajadores sindicalizados: el Código de Trabajo contiene dos artículos relacionados con estos trabajadores que establecen una limitación para el ejercicio del libre despido en el sector privado. En primera instancia, el artículo 363 define la prohibición de cualquier acción (dentro de las cuales se encontraría el despido) u omisión que tenga por finalidad evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores, en donde dispone que de darse un acto con clara intención de

afectar derechos colectivos de los trabajadores, deberá considerarse absolutamente nulo e ineficaz y, además, generará una sanción de conformidad con las reglas de la Legislación Laboral.

Por otra parte, el artículo 367 genera un fuero especial (contraria evidentemente al principio del libre despido) para:

- Trabajadores miembros de un sindicato en formación, hasta un máximo de veinte que se sumen al proceso de constitución, protección que aplicará por un plazo de dos meses desde la notificación de la lista al Departamento de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la forma que aquí se indica y hasta dos meses después de presentada la respectiva solicitud de inscripción.
- Un dirigente por los primeros veinte trabajadores sindicalizados en la respectiva empresa y uno por cada veinticinco trabajadores sindicalizados adicionales, hasta un máximo de cuatro, protección que regirá durante el plazo que ejerzan sus cargos y hasta seis meses después del vencimiento de sus respectivos períodos.
- Los afiliados sindicales que, de conformidad con lo previsto en los estatutos del respectivo sindicato, presenten su candidatura para ser miembros de la junta directiva del sindicato. En estos casos, la protección dada por la normativa laboral es de tres meses, a partir del momento en que comuniquen su candidatura al Departamento de Organizaciones Sociales.
- Los representantes elegidos libremente por sus trabajadores, en aquellas empresas que no cuente con un sindicato, gozarán de la

misma protección acordada para los dirigentes sindicales, en la proporción y por igual plazo que a estos últimos.

Debe considerarse además que la jurisprudencia constitucional y laboral ha sido clara en ampliar el fuero de protección contra el libre despido, no solo a los trabajadores incluidos dentro de los supuestos del artículo 367, sino también a los colaboradores que sean despedidos por su afiliación a un sindicato o asociación. Así, la Sala Segunda indicó:

[...] Sobre el tema, en la sentencia de esta Sala número 983 de las 10:20 horas del 7 de diciembre de 2000, se consideró: “Tal y como lo señaló el Voto de la Sala Constitucional, número 5000, de las 10:09 horas, del 8 de octubre de 1993, **es un fuero especial en beneficio particular, de los representantes de los trabajadores (sindicalizados o no); pero, no sólo de éstos, sino, también de los simples trabajadores, en cuanto son despedidos o se les perjudique de algún modo, tácita o expresamente por su pertenencia a una asociación o sindicato [...]**”.

- Denunciantes de hostigamiento sexual: la Ley 7.476, Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, en sus artículo 14 y 15 limita la posibilidad de finalizar contratos de trabajo por la sola voluntad patronal o incluso por causa justa. Así, el primer numeral dispone que “ninguna persona que haya denunciado ser víctima de hostigamiento sexual o haya comparecido como testigo de las partes, podrá sufrir, por ello,

perjuicio personal alguno en su empleo ni en sus estudios”. Por su parte, el artículo 15 dispone claramente que el trabajador que haya denunciado hostigamiento sexual, solo podrá ser despedido por falta grave a sus obligaciones laborales, de conformidad con las causales dispuestas en el artículo 81 del Código de Trabajo, pero de previo debe ejercer la potestad disciplinaria, solicitar la respectiva autorización ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, donde se deberá demostrar la existencia de causa justa para el despido.

- Despido discriminatorio: la protección contra el despido discriminatorio tiene fundamento constitucional, al disponer la Carta Magna costarricense en su artículo 33 que toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Esta disposición se encuentra también contenida en el Título Undécimo del Código de Trabajo, concretamente en el artículo 620, el cual prohíbe, en forma expresa, todo despido por razones de edad, etnia, género o religión.

Tal como se hace mención en otros apartados del presente trabajo, aún cuando el capítulo de discriminación del Código de Trabajo se refiere a algunas causas concretas, dicha lista se ha considerado como enunciativa; por lo tanto, podrían existir otras causas de discriminación no reguladas en forma expresa, pero que de generarse podrían implicar igualmente una limitación a la libertad de despido y generar incluso para el empleador la obligación de reinstalar a un trabajador a quien se le haya aplicado un despido que a la postre fuera considerado como discriminatorio.

Precisamente. la Reforma Procesal Laboral, ley de la República pero no vigente, amplía las causas de discriminación y prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, o filiación. Por ende, cualquier despido por alguna de estas causas, sería considerado discriminatorio y, por lo tanto, ilegal, salvo cuando el despido es sin responsabilidad patronal, ante falta grave comprobada, en cuyo caso el patrono debe contar con la prueba idónea que permita demostrar, no solo la falta, sino la gravedad de la misma.

Además de las limitaciones contenidas en la normativa laboral costarricense, se ha considerado que constituyen una limitación al principio de libertad de despido, aquellos casos de convenciones colectivas en las cuales se regule la estabilidad laboral en el sector privado, u otros casos donde el empleador de forma voluntaria, mediante reglamentos o políticas internas, disponga una limitación a esta potestad, lo cual genera en su organización estabilidad laboral o cuando dispone para sí mismo la obligación de aplicar un debido proceso en los términos que sucede en el sector público, de previo a despedir sin responsabilidad patronal a un trabajador, genera así un derecho para los colaboradores.

Otro supuesto de limitación a la libertad de despido se dio en el caso de los trabajadores incapacitados. En este aspecto, debe mencionarse el artículo 80 del Código de Trabajo, el cual fue anulado mediante la resolución de la Sala Constitucional, número 18.356 del 2 de diciembre de 2009. Dicho artículo disponía:

Una vez transcurrido el período de tres meses a que se refiere el artículo anterior, el patrono podrá dar por terminado el contrato de trabajo cubriendo al trabajador el importe del preaviso, el auxilio de cesantía y demás indemnizaciones que pudieran corresponder a éste en virtud de disposiciones especiales.

Dicha norma disponía la facultad para el patrono de ejercer el libre despido, incluso en casos de incapacidades médicas por períodos prolongados (tres meses o más) y así desarrolla igualmente el precepto constitucional del numeral 63.

Ahora bien, el artículo 80 del Código de Trabajo, tal como se indicó, lo anuló la Sala Constitucional, ante acciones de inconstitucionalidad acumuladas contra el numeral indicado, así como contra el artículo 50 del Reglamento Autónomo de Servicio de la Asamblea Legislativa.

Los accionantes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 80 referido, por considerar que vulneraba derechos fundamentales al trabajo, la salud; así como derechos de igualdad y seguridad social, protegidos constitucionalmente; además de vulnerar artículos del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo San Salvador”, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio 130 de la OIT.

Lo anterior, pues la norma impugnada otorgaba precisamente el permiso al patrono para despedir al trabajador, a pesar que este se encontrara incapacitado por enfermedad y, por lo tanto, se negaba así tanto el derecho a trabajar como el derecho a la salud y la seguridad social, toda vez que los trabajadores -al ser despedidos en esta circunstancia-, no percibirían indemnización alguna por concepto de enfermedad.

En lo que interesa para el presente trabajo, debe indicarse que la Sala Constitucional, al valorar la impugnación del artículo 80 del Código de Trabajo, consideró que dicha norma efectivamente infringía derechos fundamentales de los trabajadores, relacionados con su salud. Tales derechos deben ser reconocidos a toda persona y, en particular, a todo trabajador independiente del régimen de empleo en que se encuentre.

Es así como la disposición del numeral 80 se anula por inconstitucional, pero no por tomar en cuenta que el libre despido como tal es inconstitucional; sino por considerar que el artículo cuestionado era contrario al derecho a la salud, la seguridad social, al derecho de igualdad y los principios de justicia social, solidaridad y protección especial del enfermo desvalido. En este sentido, el máximo Tribunal indicó en la resolución número 18.356:

[...] cabe resaltar que en el régimen de empleo privado, de conformidad con el artículo 79 del mismo cuerpo normativo, salvo disposiciones especiales, en casos de incapacidad por enfermedad del trabajador, la única obligación del patrono es la de dar licencia al

trabajador, hasta su total restablecimiento. En otras palabras, durante el periodo de incapacidad, el patrono no se encuentra obligado al pago de un salario al trabajador, por cuanto no existe una contraprestación por parte de este último, únicamente, el patrono está obligado a mantener vigente la relación laboral, hasta que finalice el periodo de incapacidad del empleado y éste pueda reintegrarse a sus labores.

Bajo esa inteligencia, se observa que los argumentos utilizados por este Tribunal para anular las normas emitidas en materia de empleo público, con el fin de autorizar el despido del trabajador que permanezca incapacitado por tres meses o más, resultan totalmente aplicables para declarar la inconstitucionalidad del artículo 80 del Código de Trabajo. En ese sentido, también el trabajador del sector privado, tiene derecho a que se le proteja en los casos en los que por causas involuntarias no pueda obtener los medios para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus dependientes, y a que se le garantice su derecho a la salud y a la seguridad social durante el periodo que permanezca en ese estado, ya que precisamente, esa es una de las finalidades que cumple el régimen de seguridad social a través de los aportes realizados por el propio trabajador, su patrono y el Estado [...]. Lo contrario, implicaría obligar al trabajador a renunciar a tales derechos y reincorporarse a sus labores, pese a no haber recuperado su salud y pese a que exista un criterio médico de la Caja que disponga lo contrario, ello para poder continuar haciéndole frente a sus necesidades. **Una enfermedad, debidamente comprobada, que**

impide ejercer el derecho-obligación al trabajo, no puede ser una causal que autorice la ruptura de la relación laboral; no se trata, en sentido estricto de una causal de despido, porque se origina en el infortunio del trabajador. Es contrario al principio de solidaridad, que la enfermedad de una persona legitime su exclusión de la actividad laboral, dejándolo en una condición de abandono económico y social a un trabajador que padece un grave quebranto de su salud, conculcándose de esta forma la protección específica que prevé el artículo 51 de la Constitución respecto del enfermo desvalido. En virtud de lo expuesto, estima esta Sala que el artículo 80 del Código de Trabajo es inconstitucional por violación a los derechos a la salud, a la seguridad social, al de igualdad y a los principios de justicia social, solidaridad y protección especial del enfermo desvalido, contenidos en los artículos 21, 33, 50, 51, 72, 73 y 74 de la Constitución Política. [...]”. (El resaltado no corresponde al original).

El numeral 80 del Código de Trabajo durante su vigencia disponía una limitación temporal para el ejercicio del libre despido, por cuanto establecía la posibilidad de despedir con responsabilidad patronal a trabajadores incapacitados, siempre que se tratara de una incapacidad continua de tres meses o más; por lo tanto, en sentido contrario, se prohibía el despido con responsabilidad patronal si el período de incapacidad era menor a tres meses.

Con la anulación del artículo por inconstitucional, la limitación temporal que existía pasa a ser permanente y, por lo tanto, en el sector privado, el empleador no

puede despedir a un trabajador con responsabilidad patronal a un trabajador incapacitado, sin importar el tiempo que dure la incapacidad, salvo que se logre determinar que durante el período de incapacidad el colaborador incurre en una falta grave a sus obligaciones laborales, en cuyo caso podría darse por finalizada la relación sin responsabilidad patronal, en el tanto esta medida se aplique dentro del plazo de prescripción dispuesto para el ejercicio de la potestad disciplinaria y, además, la sanción máxima sea debidamente notificada al trabajador.

2.2.2. Estabilidad laboral

Etimológicamente, la palabra “estabilidad” proviene del término latín “*stabilistas*” que significa: permanencia, firmeza, duración, seguridad en el tiempo o espacio. Así, el término estabilidad puede entenderse como la permanencia de una determinada cosa, hecho o situación en el futuro, incluso se comprende que la permanencia será en el mismo estado en que se encuentra en el momento actual o como surgió al inicio.

Al unirse al término estabilidad el adjetivo laboral, se deberá entender entonces que un trabajador tendrá certeza de su permanencia en el puesto de trabajo, tendrá seguridad que la relación laboral subsistirá en el tiempo, sin temor a que el patrono decida en un determinado momento dar por finalizado el contrato de trabajo.

Al referirse a los orígenes históricos de la estabilidad laboral, se considera que una de las primeras manifestaciones de la figura se da en la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 y fue a partir de esta manifestación que empezó a introducirse en otras constituciones latinoamericanas.

Para algunos tratadistas, la estabilidad laboral encuentra su fundamento en el propio derecho de trabajo, tal derecho implica no solo la oportunidad de contar con un empleo decente; sino también la necesidad de conservarlo, toda vez que se toma en cuenta el trabajo como el principal medio de subsistencia de las personas y, además, constituye una posibilidad de desarrollarse tanto profesional como personalmente. De igual manera, existen otros autores que consideran que el fundamento de la estabilidad laboral se encuentra comprendido en el principio de continuidad, el cual busca que las relaciones de trabajo se prolonguen en el tiempo; así se apoya la tesis que los contratos de trabajo solamente deberían finalizar por causas no imputables a la voluntad patronal, como lo sería el caso de la muerte del trabajador, el hecho de haberse acogido a los beneficios de la pensión o jubilación, la renuncia voluntaria del trabajador o bien, los casos de causas justificadas ante falta grave a las obligaciones laborales.

La estabilidad procura constituirse en una garantía para los trabajadores, de manera que estos sepan que no podrían ser despedidos por la sola voluntad del empleador; de tal suerte, se genera un derecho en favor de los colaboradores, el cual les permita permanecer en un puesto de trabajo por el tiempo que determine el propio colaborador o circunstancias ajenas a un arbitrio patronal.

Cuando existe estabilidad en el empleo, dentro de los supuestos bajo los cuales la relación laboral podría terminar son: 1) porque el trabajador así lo decide

(renuncia, se acoge al beneficio de pensión o jubilación, o decide cometer una falta grave contra sus obligaciones laborales –lo cual al final constituye una decisión del colaborador–), o bien 2) porque existen causas justificadas, las cuales procuran la finalización del contrato laboral: la muerte del trabajador; el caso fortuito o la fuerza mayor; la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial; la incapacidad o muerte del patrono. En estos últimos supuestos, podría finalizar el contrato de trabajo, siempre que como consecuencia de ellos se produzca, como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos.

En aquellas relaciones donde rige la estabilidad, se genera una restricción para el patrono, por cuanto no podrá decidir si mantiene a una persona en su puesto o no, ni ejecutar un despido sin justa causa.

Resulta una realidad que en Costa Rica la estabilidad laboral se encuentra debidamente implementada y regulada en las relaciones de empleo del sector público, donde resulte aplicable, debido a la naturaleza del régimen laboral de los funcionarios respecto la institución pública que rige como patrono (relación estatutaria) o bien, en aquellas entidades que por norma interna así lo han reconocido.

2.2.2.1. Clasificación de la estabilidad laboral

La estabilidad como figura jurídica que es, ha recibido por la doctrina y las legislaciones donde se ha incorporado, diferentes clasificaciones y denominaciones,

pero en todos los casos se parte del mismo significado y la misma garantía para el trabajador. Al hablarse de las diferentes clasificaciones, se puede encontrar definiciones como estabilidad real, absoluta, propia, efectiva o directa y en contrario sentido, estabilidad ficticia, relativa, impropia, transitoria o indirecta. Sin embargo, para efectos del presente trabajo de investigación se acogerán las acepciones que, mayoritariamente, son más utilizadas para generar la clasificación de la figura: absoluta y relativa.

2.2.2.1.A. Estabilidad absoluta

La estabilidad absoluta puede entenderse como:

[...] aquella que contiene una prohibición para el patrono de despedir al trabajador, a no ser que tenga una causa justa para ello, es decir el trabajador no puede ser despedido, a pesar de que el empleador trate de justificar el mismo mediante una indemnización de una suma de dinero. (Umaña & Verny, 1982, p. 42).

Cuando se habla de estabilidad absoluta, existe consenso en afirmar que en este sistema la voluntad patronal no tiene injerencia alguna al momento determinar la finalización de la relación laboral, por cuanto en estos casos el único factor determinante para dar por terminado el contrato de trabajo, sería la existencia de una causa justa que autorice así la aplicación de un despido justificado o sin responsabilidad patronal.

Además, otra de las características de este tipo de estabilidad es que, de aplicarse un despido incausado o injustificado, se cuenta con la garantía de que el trabajador debe ser reincorporado forzosamente a su puesto, en pleno disfrute de sus derechos laborales y con la posibilidad de reclamar todos los salarios (ordinarios y extraordinarios) dejados de percibir desde el momento del despido hasta la efectiva reinstalación.

Así, los trabajadores bajo este régimen se encuentran amparados contra cualquier despido injusto o arbitrario; por lo tanto, se genera una clara limitación al ejercicio del libre despido comentado previamente, por cuanto el patrono solo podrá proceder con el despido de un trabajador, cuando exista una de las causales o motivos que justifican la terminación sin responsabilidad patronal.

Incluso, se considera que la estabilidad absoluta tiene un efecto en el tiempo, por cuanto es permanente y no aplica solo en espacios temporales de la relación laboral. Esto implica que cuando un trabajador se contrata en un régimen de estabilidad laboral, durante toda la relación tendrá el derecho de continuar en el empleo, hasta que tome la decisión de no hacerlo ya, no pueda hacerlo, exista una causa ajena a su voluntad pero también ajena a la voluntad patronal, la cual impida la continuidad de la relación de trabajo, o bien, hasta que cometa una falta grave a sus obligaciones laborales que justifique aplicar un despido sin responsabilidad patronal.

Esta figura además representa otra ventaja para el trabajador, precisamente es que en los casos donde se alegue la existencia de una falta grave contra las

obligaciones laborales, tendrá el derecho de acudir a instancias judiciales, para que sea el órgano competente quien determine, en última instancia, si efectivamente existió causa para el despido, también se garantiza que de considerar en esta vía que no existió una causal para la terminación sin responsabilidad patronal, se deberá ordenar la reinstalación en el puesto de trabajo.

Al hablarse de estabilidad absoluta, hay quienes piensan que cuando se desarrolla un despido injustificado, no solamente cabe la respuesta de la reinstalación del trabajador en el puesto, sino que en determinados casos, donde por cualquier motivo el reincorporarse al puesto de trabajo no sea posible, se deberá permitir la escogencia por parte de la persona afectada entre su reincorporación o el pago de una indemnización como medida sustitutiva. Esto en cuanto se toma en cuenta que existen situaciones donde, posterior a la aplicación de un despido no autorizado y a pesar de contarse con el derecho a reincorporarse al puesto, la relación entre las partes fue dañada o afectada severamente. Tal evento a futuro podría desembocar en un despido sin responsabilidad patronal, o bien, hasta en actos contra el trabajador que solicitó su reincorporación propios del acoso laboral o *“mobbing”*.

En Costa Rica, en un segmento del sector público, aplica la estabilidad absoluta bajo esta premisa, donde al funcionario protegido por el principio de estabilidad se le ofrece la oportunidad de escoger entre la reinstalación en su puesto de trabajo, o bien, optar por la indemnización que se establece para estos casos.

Así, en su artículo 43, el Estatuto de Servicio Civil regula la estabilidad

absoluta en el empleo al disponer que “los servidores públicos solo podrán ser removidos de sus puestos si incurren en las causales que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y 41 inciso d) de esta ley, o en actos que impliquen infracción grave del presente Estatuto, de sus Reglamentos, o de los Reglamentos Interiores de Trabajo respectivos [...]”.

Por su parte, el numeral 44 del Estatuto es el que otorga la posibilidad al funcionario público de escoger la medida a ejecutar ante un despido injustificado. Dicho artículo dispone que “[...] las partes tendrán un término de tres días hábiles, contados a partir del siguiente al de la notificación del fallo del Tribunal de Servicio Civil, para apelar. El recurso se concederá en ambos efectos para ante el Tribunal Superior de Trabajo. El fallo del Tribunal Superior será definitivo y si se revocare la sentencia apelada, dictará en el mismo acto nuevo fallo, y resolverá si procede el despido o la restitución del empleado a su puesto, con pleno goce de sus derechos y el pago en su favor de los salarios caídos. **El servidor podrá renunciar en ejecución del fallo a la reinstalación, a cambio de la percepción inmediata del importe del preaviso y del auxilio de cesantía que le pudieren corresponder, y, a título de daños y perjuicios, de los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta el momento en que quede firme la sentencia**”.

(El resaltado no corresponde al original).

Este principio de estabilidad absoluta en el empleo público, igualmente se encuentra amparado a nivel constitucional, al indicar el artículo 192 de la Carta Magna que “con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil

determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada, y solo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que expresa la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos”. (El resaltado no corresponde al original).

Ahora bien, resulta importante aclarar que la estabilidad absoluta no cubre a todos los funcionarios públicos, por cuanto existen excepciones de ley derivadas del tipo de contrato laboral que tenga el servidor y las normas aplicables a dicha relación.

2.2.2.1.B. Estabilidad relativa

La estabilidad relativa se refiere a avalar la posibilidad de que la relación laboral pueda finalizar por la sola decisión patronal, pero en el tanto se garantice al trabajador que, ante esta decisión, recibirá una suma de dinero indemnizatoria fijada legalmente.

En este sentido, resulta claro que al disponerse la obligación de generar un resarcimiento a cargo del empleador, es porque la decisión de terminar el contrato de trabajo no se fundamenta en una causa justa o falta grave a las obligaciones laborales, precisamente porque la finalización del vínculo contractual se encuentra injustificada.

Así, en el caso de la estabilidad relativa su efecto jurídico o su finalidad no es

la permanencia en el empleo, sino el establecimiento de una indemnización para compensar al trabajador por dicha decisión.

En el caso de la normativa costarricense, puede afirmarse que la estabilidad relativa se la reconoce y ampara tanto a nivel constitucional como legal, salvo en algunos casos específicos donde se limita la posibilidad de despido por la sola voluntad patronal o sin justa causa. Así, en el artículo 33 constitucional, se reconoce el principio de libertad de despido y asciende a rango constitucional la estabilidad relativa, al decir: “Los trabajadores despedidos sin justa causa [...]”, pero además establece la obligatoriedad de generar, en favor del trabajador, una indemnización cuando no se encuentre cubierto por un seguro de desocupación.

Por su parte, el Código de Trabajo igualmente consagra el principio de libre despido, aplicable principalmente en el sector privado de empleo, el cual está relacionado con la estabilidad relativa. Los artículos 28, 29, 31 y 85 inciso d) del Código, regulan en forma clara la posibilidad del patrono de dar por terminada las relaciones laborales, incluso antes que finalice, en los contratos a plazo fijo o por obra, el plazo inicial establecido o la obra que generó la contratación. Sin embargo, en los mismos artículos indicados, se establece con claridad las indemnizaciones que deben reconocerse a los colaboradores afectados por la decisión patronal de poner término al vínculo laboral, indemnizaciones que están relacionadas con la antigüedad laboral.

Ahora bien, esta estabilidad relativa reconocida a nivel tanto legal como constitucionalmente, tal como se indicó antes, encuentra límites por cuanto existen

determinados supuestos de excepción a la posibilidad del patrono de dar por finalizada la relación laboral por su sola voluntad o sin contar con elementos objetivos, los cuales permitan demostrar la existencia de una falta grave a las obligaciones laborales; en estos casos excepcionales incluso se dispone la posibilidad que la persona afectada por una decisión patronal que no encuentra sustento jurídico, deba ser reincorporada en forma ordinaria a sus labores, en pleno goce de sus derechos laborales y, además, se le reconoce una indemnización por el fallo patronal, correspondiente a los salarios dejados de percibir desde el momento de finalizado el contrato de trabajo hasta la efectiva reinstalación en su puesto.

En estos casos de excepción puede considerarse que se halla una estabilidad absoluta, por cuanto existe imposibilidad para el patrono de finalizar el contrato de trabajo, salvo que se encuentre una causa justa para tales efectos y, en la mayoría de los casos, que de previo a proceder con un despido, deberá contarse con una autorización por parte del MTSS que avale la posibilidad de terminar el vínculo contractual de naturaleza laboral. Sin embargo, a pesar de que en los casos donde se exceptúan del principio de libertad de despido, se puede hablar de una estabilidad absoluta.

Dicha estabilidad es temporal, por cuanto va a surgir y permanecer solamente por un plazo determinado por la normativa laboral. Así, por ejemplo, en el caso de la trabajadora embarazada, la estabilidad absoluta se generaría durante todo el tiempo que dure la licencia por maternidad y finalizado dicho plazo, de igual manera estaría protegida de cualquier despido injustificado, durante todo el período de lactancia que corresponda, esto incluye posibles ampliaciones al mismo por criterio médico;

sin embargo, finalizadas estas circunstancias (licencia de maternidad y período de lactancia), la trabajadora no es encontrada cubierta por ningún fuero de protección y, por ende, una vez finalizado el período de lactancia, el patrono podría proceder con un despido injustificado, en el tanto reconozca las indemnizaciones legales previstas.

En el caso del trabajador incapacitado por ejemplo, igualmente la estabilidad absoluta y la correlativa limitación a la libertad de despido, se generaría solamente por el plazo que dure la incapacidad médica. Por lo tanto, una vez finalizada la misma, en principio, se podría proceder con el despido injustificado. Se indica en principio; pues en estos casos entra en juego un tema de discriminación que podría ser alegado, en caso que el patrono decida finalizar el vínculo laboral con responsabilidad patronal.

Esta misma interpretación aplicaría a los demás supuestos de limitación a la libertad despido, mencionados en el apartado anterior del presente trabajo, donde se exceptúa del despido discriminatorio, por cuanto en este último supuesto no se genera una estabilidad relativa, sino debe considerarse una estabilidad absoluta, siempre que se tome en cuenta que cualquier despido pueda ser considerado como discriminatorio sería nulo y podría ocasionar el pago de indemnizaciones en favor del trabajador afectado e incluso su reincorporación. Estabilidad absoluta que no resultaría temporal, por cuanto la condición personal que precisamente podría ser el factor de un trato discriminatorio, perduraría en el tiempo.

2.3. La carga de la prueba en materia procesal laboral

Cuando se refiere al término prueba en los procesos judiciales, se utiliza dicho concepto para identificar los distintos medios que ofrecen las partes intervinientes, como herramientas para demostrar su dicho o desvirtuar el de la parte contraria, instrumentos que además la autoridad judicial utiliza para generar su convencimiento sobre el caso puesto a su conocimiento.

Lo anterior por cuanto el Juez a cargo del proceso, no está involucrado en lo sucedido, es ajeno a las partes y no tiene conocimiento directo o indirecto de los hechos mencionados por los intervinientes; de ahí que al ser la prueba ofrecida, junto con la declaración de las partes, el único acercamiento al caso para el juez, se puede entender que la prueba, en cualquiera de sus formas, es el mecanismo primordial para que el juzgador pueda interpretar una verdad sobre lo sucedido. Verdad a la cual se ha referido como aparente; pues precisamente es la que el juez muestra o descubre, pero sin tener certeza absoluta que es la verdad real.

Ahora bien, aparte de la evidente finalidad que tiene la prueba en los procesos judiciales, cuando se habla de prueba es indispensable hacer referencia al tema de la carga de la prueba o el *onus probandi*, la cual, siguiendo a Montero Aroca (2009), “no constituye una obligación sino un tipo de carga procesal cuyo fin es la necesidad de realizar un acto procesal para prevenir un perjuicio procesal”. Olaso, J. (2009).

En este sentido, la carga de la prueba resulta en un requerimiento del

proceso judicial que implica la obligación o la necesidad para las partes intervinientes de probar lo que afirman, en procura de un fallo que resulte favorable a sus intereses.

La carga de la prueba resulta en una situación jurídica subjetiva para las partes intervinientes en el proceso judicial, la cual genera la posibilidad de realizar ciertas actuaciones que permitan ofrecer toda la prueba que consideren pertinente para sus intereses y les resulte conveniente para generar un convencimiento en el juzgador sobre la posición planteada y, así, procurar que se tengan por demostrados o corroborados los hechos alegados y, por lo tanto, obtener un fallo favorable.

Ahora bien, aún cuando los procesos judiciales en materia laboral se rigen, en algunos aspectos, por principios propios del derecho procesal civil, en cuanto a prueba se refiere, existe una importante diferencia, la cual se aplica a partir del hecho que, a pesar de existir un presupuesto legal de que las partes lleguen a un proceso en igualdad de condiciones, en materia laboral las partes de la relación no se encuentran en igualdad de condiciones. Por lo tanto, de aplicarse el presupuesto de igualdad de condiciones, se pondría a los trabajadores en situaciones prácticamente de imposibilidad para obtener un resultado favorable a sus intereses.

Tradicionalmente, se ha entendido que en las relaciones de trabajo, las partes no se encuentran en igualdad de condiciones, al trabajador se lo considera como la parte débil de dicha relación, quien por lo tanto, tendría pocas posibilidades para demostrar hechos que pueda alegar, por cuanto ante las evidentes diferencias

de poder, es el patrono quien durante el desarrollo de la relación laboral, ha tenido la oportunidad de documentar, resguardar e incluso generar la prueba idónea para la mayoría de los asuntos discutibles en sede judicial.

Precisamente, por esta condición desigual y desfavorable para el trabajador, es que en materia laboral se ha considerado que es el patrono sobre quien recae una mayor obligación de aportar la prueba relacionada con los hechos que puedan llegar a ser discutidos en un proceso judicial. A esta coyuntura se le ha denominado redistribución de la carga de la prueba o del *onus probandi*, aspecto particular del derecho laboral, por cuanto en el proceso común se ha interpretado que quien afirma un hecho se encuentra en la obligación de demostrarlo, lo cual genera que quien demanda pero no prueba, no obtendría un resultado favorable a sus intereses; por lo tanto, la carga de la prueba es una obligación de quien solicita algo. Por ello, debe acreditar lo dicho durante el proceso y aportar los elementos que permitan establecer una convicción sobre la veracidad de los hechos alegados.

En el Derecho Procesal del Trabajo este criterio es desaplicado mayoritariamente y se interpreta que el trabajador se ve exonerado de probar lo dicho, por su estado de inferioridad durante la relación laboral y, por lo tanto, corresponde al patrono demostrar objetivamente que lo dicho por el trabajador es falso o el derecho reclamado no le asiste; el *onus probandi* recae sobre el empleador. De alguna forma, esta situación genera en los procesos judiciales laborales una presunción de veracidad sobre lo narrado por el trabajador, lo cual resulta en una presunción *iuris tantum*, donde admite prueba en contrario, la cual debe ser aportada por el empleador.

Así, en los procesos judiciales laborales se puede considerar la existencia de determinadas reglas que los rigen:

- Se puede interpretar una presunción de veracidad sobre lo dicho por el demandante, la cual admite prueba en contrario.
- Se genera una obligación para el demandado, mayoritariamente el empleador, de dar respuesta a la demanda notificada, sobre cada uno de los hechos alegados, por cuanto de no hacerlo podría implicar que sobre el hecho no controvertido se interprete una aceptación tácita del mismo.
- La carga de la prueba recae sobre el patrono, quien mediante la prueba aportada deberá generar el claro convencimiento en el juzgador que lo reclamado no corresponde, porque no se debe, ya fue pagado, o porque el incumplimiento alegado no existe.

Sobre el tema, la Sala Segunda ha indicado:

[...] III.- SOBRE LA PRUEBA DE LA CAUSA DE DESPIDO Y SU VALORACIÓN EN MATERIA LABORAL: El actor, en resumen, se muestra inconforme con que se haya tenido por demostrada la existencia de justa causa en su despido. Por ello conviene recordar que tratándose de faltas graves, endilgadas a un colaborador, el empleador está en la ineludible obligación de acreditar, de forma contundente, la causal que le ha atribuido. En este sentido se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en la sentencia número 119, de las 9:35 horas del 22 de enero de 2010, en que se afirmó: “[...] el hecho del despido propiamente dicho debe ser acreditado por la parte que lo

invoca, en este caso, por el trabajador (numerales 29, 82, 461 y 464 del Código de Trabajo); correspondiéndole luego a la parte patronal, invocar y acreditar las justas causas que le dan fundamento. Lo anterior, se refuerza si acudimos al numeral 317 del Código Procesal Civil, que puede aplicarse a la materia laboral, en atención a lo dispuesto por el artículo 452 del Código de Trabajo (votos n° 553 de las 10:25 horas, del 24 de mayo de 2000 y 1013 de las 9:45 horas, del 24 de noviembre de 2004). De ahí que, si el empleador no cumple con la carga procesal de demostrar, sin lugar a dudas, la falta invocada como sustento de su decisión de poner fin a la relación de trabajo sin responsabilidad patronal, debe entenderse que ésta fue infundada”. **Esta posición también encuentra sustento en el hecho de que, al ser el empleador la parte más fuerte de la relación laboral, tiene mayor facilidad de preconstituir la prueba necesaria para demostrar los hechos** (al respecto puede verse el voto número 384, de las 14:42 horas del 23 de mayo de 2006) [...]”. (El resaltado no corresponde al original).

En igual sentido, en la resolución 2014-000007 de las diez horas del ocho de enero del año dos mil catorce manifestó:

“[...] IV.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: El principio de redistribución de la carga probatoria, plantea que sobre el patrono debe recaer la obligación de demostrar las condiciones normales dentro de las que se ejecutó el contrato de trabajo. Ese

desequilibrio en el proceso se justifica en que el patrono se encuentra en un estado preferente para producir su propia prueba, contrario a la persona trabajadora, la cual carece de posibilidades reales para arrancar elementos a su favor dentro de un ambiente dominado por el empresario. El actor refirió en su escrito de demanda que desde que inició funciones para el Centro Costarricense de la Ciencia y la Cultura -conocido como Museo de los Niños- siempre ha laborado en turnos rotativos siguiendo tres tipos de roles. Reclamó que nunca ha disfrutado de los días de descanso semanal mientras se encuentra bajo el rol denominado “Turno D-Semana 2” en el cual ejerce sus funciones de 10:00 p.m. a 6:00 a.m. De este modo, era obligación de la parte accionada demostrar que el actor había gozado de cada uno de los días requeridos, así como de su respectivo pago, nótese que los extremos fueron solicitados como una consecuencia de una conducta normal de la contratación. Se reitera que, si bien en principio se ha sostenido que el trabajador tiene la obligación procesal de demostrar si trabajó o no jornada extraordinaria o, en días de descanso o feriados, aduciéndose que no es una situación normal y permanente, sino excepcional, lo cierto es que cuando se invoca como normal, tal y como sucede en el caso bajo análisis, la carga probatoria se redistribuye y le corresponde al empleador acreditar una jornada distinta, que no incluya, feriados y/o días de descanso [...]”. (El resaltado no corresponde al original).

Por otra parte, respecto a la figura de la redistribución de la carga de la prueba, la Sala Segunda ha establecido que:

“[...] V. PRINCIPIO DE REDISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA: Se reclama también que el actor no aportó elementos probatorios a la litis y aún así, se le concedió lo peticionado. En consonancia con lo dicho sobre la valoración probatoria, es menester señalar que en el Derecho Laboral, surge con particularidad el principio de redistribución de la carga probatoria, en el que el onus probandi recae en lo básico sobre la parte empleadora, quien usualmente es la accionada. Dicho en otras palabras, la demanda goza, por decirlo así, de una presunción de veracidad que se reputa a priori, presunción iuris tantum que debe ser destruida por el patrono con su prueba. Desde esta perspectiva, entonces, pueden extraerse las siguientes reglas: a) La demanda se presume verdadera de primer entrada, lo que se traduce en un apercibimiento de tenerse por cierto su contenido si la parte demandada incumple con el trámite de contestación. b) La acción judicial de la persona trabajadora, impone la 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) La parte empleada sólo tiene obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, claro está, sin que ello implique impedimento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los

diversos hechos que afirma. d) Corresponde a la parte patronal probar que no debe, que no ha incumplido o que ya pagó, lo reclamado por el trabajador o trabajadora, lo que se discute en el proceso. Con base en ese principio es que esta Sala ha reiterado en diversos pronunciamientos que: “Le corresponde al patrono probar: la fecha de ingreso del trabajador; la antigüedad; el puesto y naturaleza de las labores ejecutadas; causas de extinción del contrato; entrega de la carta de despido; el pago de las obligaciones salariales; clase y duración de la jornada; pago o disfrute de feriados, descansos, licencias, aguinaldo y vacaciones; cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social; justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas señaladas como discriminatorias; así como cualquier otra situación fáctica cuya fuente probatoria le sea de más fácil acceso que al trabajador (a), pues es el patrono quien tiene más fácil acceso a estos documentos y datos” (sentencia número 356, de las 9:34 horas del 19 de marzo de 2010) (ver en ese mismo sentido, los votos n°s 681-2008 de las 9:45 horas del 20 de agosto de 2008 y 968-2010 de las 15:08 horas del 30 de junio de 2010). [...]”. (El resaltado no corresponde al original).

A partir de los anteriores extractos jurisprudenciales, tal como se indicó, se logra concluir que en materia procesal laboral, la carga de la prueba corresponde al patrono, así se da una redistribución de esta obligatoriedad procesal, por considerarse que el patrono tiene mayores posibilidades para producir la prueba; por la tanto, se genera la presunción *iuris tantum* de veracidad sobre los hechos

alegados en la demanda.

Ahora bien, resulta de importancia indicar, para los efectos del presente trabajo de investigación, que las propias autoridades judiciales han establecido excepciones al principio de redistribución de la carga de la prueba; por lo tanto, en determinados supuestos se ha definido que el trabajador es quien tiene la obligación de demostrar lo dicho.

Jornada extraordinaria excepcional no permanente, labores en días de descanso semanal o días feriados, riesgos de trabajo, son casos en los cuales se ha determinado que corresponde a quien lo reclama demostrar la existencia del derecho no reconocido según lo alegado y, por lo tanto, se genera una excepción al principio de redistribución expuesto.

Así, la Sala Segunda sobre este aspecto ha indicado:

“[...] V.- EN CUANTO AL RECLAMO POR HORAS EXTRA: Como fue correctamente indicado por la impugnante en cuanto a la acreditación de las labores en tiempo extraordinario, **esta Sala ha señalado que la carga probatoria corresponde normalmente a la persona trabajadora, por cuanto tal aspecto no constituye uno de naturaleza básica o esencial del contrato de trabajo; pues, dicho de otra forma, la jornada extraordinaria está prevista como una cuestión excepcional en el desarrollo normal de una relación laboral.** En ese sentido, en la sentencia número 563 de las 8:55 horas,

del 8 de noviembre de 2002, se señaló: “Ahora bien, normalmente -y según lo expuesto-, en derecho laboral, la mayor responsabilidad –no toda– de aportar la prueba necesaria que sustente el cumplimiento de las obligaciones que le son reclamadas por el trabajador recae sobre el patrono demandado, por cuanto posee una mayor facilidad de preconstituirla durante el transcurso de la relación laboral. No obstante, **como la jornada extraordinaria no constituye un elemento normal y permanente, sino uno de orden excepcional, y se encuentra sujeta a límites y requisitos que buscan, precisamente, proteger al trabajador, de jornadas extenuantes que atenten contra su salud física y mental, de conformidad con lo dispuesto por los numerales 317 del Código Procesal Civil y 452 del de Trabajo, es responsabilidad única y exclusiva del trabajador demostrar que la laboró. Si éste cumple con esa carga, surge para el patrono la de probar su pago, conforme con lo preceptuado por nuestro ordenamiento**” (también pueden consultarse las sentencias números 604 de las 8:45 horas, del 6 de diciembre; 637 de las 8:40 horas, del 13 de diciembre, ambas de 2002; y, la número 6 de las 9:20 horas, del 16 de enero de 2004) [...]”. (El primer resaltado no corresponde al original).

El aspecto más relevante del anterior extracto resulta en la interpretación que se hace sobre los motivos por los cuales en el tema de jornada extraordinaria, se da un cambio al principio de redistribución de la carga de la prueba y recae sobre el accionante la obligación de demostrar su dicho; es decir, demostrar que

efectivamente laboró la jornada extraordinaria reclamada, e incluso la cantidad de horas extra laboradas.

En este sentido, la Sala Segunda justifica este cambio en relación con la carga probatoria, al considerar que la jornada extraordinaria está prevista en la Legislación Laboral como una situación excepcional y no constituye un elemento normal y permanente. Por lo tanto, como situación excepcional corresponde al trabajador demostrar su dicho y la veracidad de lo reclamado.

Bajo esta línea de pensamiento, en todos aquellos casos de situaciones excepcionales y anormales y permanentes, podría interpretarse que la carga de la prueba correspondería al trabajador que lo reclama y no así al patrono, quien a *contrario sensu*, deberá demostrar cuando se trata de situaciones normales y permanentes, lo cual no resulta congruente con temas disciplinarios por ejemplo, donde se ha resuelto que corresponde al empleador, probar sin lugar a dudas y con elementos objetivos: la existencia de la falta, la individualización de la misma y la gravedad que reviste.

Sin embargo, resulta importante la consideración que se ha hecho en casos de excepción para generar cambios en el principio de redistribución de la carga de la prueba.

Otro caso donde se ha establecido excepcionalidad a la redistribución de la carga de la prueba, tal como se indicó, se genera en temas de riesgo del trabajo. Al respecto la Sala Segunda ha indicado:

Para resolver la impugnación interpuesta, debemos partir del criterio jurisprudencial, según el cual **la carga de probar la existencia del accidente así como el nexo de causalidad entre el percance sufrido y las labores desempeñadas, le corresponde al actor** (sobre el tema se pueden consultar las sentencias números 281 de las 9:45 horas del 24 de febrero y 1620 de las 10:56 horas del 15 de diciembre, ambas del año 2010). Así esta Sala ha manifestado: "Aunque se tenga por demostrada la existencia de la relación de trabajo, si el actor no probó que sufriera un accidente a causa de la ejecución de algún trabajo a favor del codemandado [...], debe mantenerse lo resuelto por el Tribunal Superior. El actor no cumplió con lo expresado en el artículo 317 del Código Procesal Civil, referente a la carga de la prueba, de aplicación supletoria en el presente caso, por disposición del numeral 445 del Código de Trabajo. **Para la procedencia de un riesgo profesional, debe demostrarse alguna de las circunstancias que define el artículo 196 del Código de Trabajo, como accidente laboral, pues no es suficiente que un trabajador demuestre únicamente la relación de servicio, para tener por acreditado un accidente de trabajo. Se trata de dos presupuestos que, necesariamente, deben ser demostrados por el gestionante, conforme se desprende del numeral 196 antes relacionado [...]**". (El resaltado no corresponde al original).

2.3.1. La carga de la prueba en procesos judiciales por despido discriminatorio

Una vez analizado el tema de la carga de la prueba en material laboral y una vez entendido que en dicha materia aplica el principio de redistribución de la carga, salvo excepciones claras generadas a través de criterios de las autoridades judiciales, conviene analizar la forma en como el tema se ha resuelto, al valorarse casos de supuesto despido discriminatorio.

En este sentido, en un caso donde se alegó un despido discriminatorio relacionado con la raza de la parte actora, se resolvió:

“[...] **V.- ANÁLISIS DEL CASO:** La actora indicó en la demanda que su despido obedeció a razones discriminatorias relacionadas con su raza, aspecto en el cual insiste ante la Sala. Por su parte, la representación estatal negó que el cese hubiera obedecido a tal situación y aclaró que el informe se fundamentó en razones objetivas. En consecuencia, no es cierto, como lo alega la recurrente, que en la contestación de la demanda se omitiera hacer referencia a dicho informe. **Debe señalarse que cuando la parte accionante alega la existencia de un despido discriminatorio, deben existir, además, indicios que permitan presumir que casualmente ese ha sido el motivo del cese, de manera que corresponderá al empleador desvirtuar ese hecho** [...] Ahora bien, en este caso, no se acreditó un motivo discriminatorio para la orden de baja de la actora, toda vez que no existe prueba en autos que confirme los indicios alegados por ella,

sino que, más bien, estos fueron desplazados por un hecho objetivo como fue el no reunir las condiciones de idoneidad para ocupar el puesto en propiedad [...]”.

Del anterior extracto resulta de relevancia anotar los dos elementos a que se refiere la máxima autoridad judicial: 1) cuando se alega un despido discriminatorio, deben existir indicios que permitan presumir que casualmente la discriminación fue el motivo de la terminación del vínculo laboral; y 2) en caso de existir el indicio mencionado, corresponderá al empleador desvirtuar el despido discriminatorio.

Desafortunadamente en lo resuelto no existe claridad sobre la obligación de demostrar el acto discriminatorio, por cuanto se habla de indicios, los cuales no necesariamente o al menos no en todos los casos, podrían ser suficientes para demostrar que en la realidad, la decisión patronal respondió a un acto discriminatorio. Además, al hablar de indicios se puede pensar en un tema de subjetividad en la apreciación de las circunstancias. Además, se habla de que deben existir indicios, pero aún cuando se podría interpretar que así debe ser, no se indica con claridad si los indicios deben ser demostrados por la parte gestionante. Si queda claro del anterior extracto, es que de existir indicios, el empleador si tendrá la carga de la prueba tendiente a desvirtuar que su acto no fue discriminatorio.

En la resolución 2010-001259 de las catorce horas cincuenta y seis minutos del nueve de setiembre de dos mil diez, la Sala Segunda hace un extenso análisis sobre el despido discriminatorio y el tema de indicios mencionado previamente, incluso trayendo a colación aspectos dichos por la Sala Constitucional. Así en la

resolución referida se indica:

“VI.- SOBRE EL DESPIDO DISCRIMINATORIO: El artículo 33 de la Carta Magna establece un principio genérico de igualdad aplicable a las relaciones de empleo. Esta máxima dispone la equidad ante la ley y la imposibilidad de discriminación contraria a la dignidad de las personas. De tal modo, que se recubre a la persona trabajadora de una tutela efectiva frente a actuaciones del empresario que amenacen con menoscabar esa garantía, mediante tratos que condicionen el justo acceso al trabajo digno y bien remunerado. El Convenio 111 de 1958 de la Organización Internacional del Trabajo denominado “sobre la discriminación (empleo y ocupación)” (debidamente ratificado por Costa Rica) define ese concepto en su artículo primero de la siguiente forma: “1. A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende: / a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; / b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”. La Sala Constitucional ha integrado esas dos normas junto a la Declaratoria Universal de los

Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para razonar que el derecho a no sufrir trato discriminatorio y el respeto a la dignidad humana son pilares fundamentales del ordenamiento constitucional. Al respecto, conviene traer a colación el **voto 2005-13205 de las 10:30 horas del 9 de marzo de 2007** de ese órgano de la jurisdicción: "En cuanto al derecho a no ser discriminado, el parámetro de constitucionalidad comprende normas de rango constitucional, como el artículo 33 de la Carta Fundamental, y regulaciones del derecho internacional de los derechos humanos, cuya aplicación como criterio de validez constitucional goza de expreso sustrato positivo y ha sido ampliamente cimentada por la jurisprudencia de esta Sala. De esta forma, el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Este numeral evidencia la íntima relación entre el derecho a la igualdad y la convivencia fraternal -entiéndase solidaridad- en una sociedad, de manera que el uno sin la otra no se puede dar. El numeral 2 de esa Declaración concretiza el derecho a no ser discriminado, en tanto "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (el subrayado no corresponde al original). Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos

estipula en su primer artículo el deber de los Estados Partes de resguardar los derechos en ella contemplados sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (el subrayado no corresponde al original), y, por otra parte, de manera expresa regula el derecho a la igualdad en su numeral 24. Propiamente en materia de discriminación laboral, el Estado ha ratificado una serie de convenios sobre la materia, como el Convenio OIT 111 Sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, la Convención Interamericana contra la Discriminación de Discapacitados, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros. **Sin bien ninguno de estos convenios contempla explícitamente la enfermedad -término más amplio que la mera discapacidad, pues no toda persona enferma es discapacitada- como motivo de discriminación, no menos cierto es que, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa toda clase de trato discriminatorio.** Esta concepción es recogida por el referido numeral 33 de nuestra Constitución Política que dispone que toda persona sea igual ante la ley y no pueda

practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. En consecuencia, el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera motivos y el respeto a la dignidad humana son elementos de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya tutela y fomento no solo le corresponde al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad”.

Como puede deducirse, la regla contemplada por el canon 63 de la Constitución Política encuentra su límite en los derechos fundamentales de la persona trabajadora, toda vez que la potestad patronal de libre despido se ve coartada a que se ejecute dentro de los parámetros de la razonabilidad y la proporcionalidad. En el mismo fallo recién citado, la Sala Constitucional ha recogido la tesisura del Tribunal Constitucional Español respecto al desplazamiento de la carga de la prueba en asuntos donde se debata la práctica de despidos discriminatorios. Según esta posición, la actividad probatoria de la persona que alegue la discriminación se limitará a traer indicios claros y precisos de la violación del derecho de igualdad. De tal suerte, que recaerá sobre la entidad patronal la obligación de demostrar que su decisión fue basada en causas reales o verídicas ajenas a cualquier móvil subyacente discriminatorio. Así, concretamente se dijo: “En este sentido, se plantea la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el patrono bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para

organizar las prestaciones de trabajo, aspecto en el que no se puede obviar la especial dificultad que caracteriza la operación de develar en los procedimientos judiciales correspondientes una lesión constitucional por discriminación, encubierta tras la aparente legalidad del acto patronal. Semejante necesidad es tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador, como sucede con el despido, que no es ilimitado pues está sujeto a parámetros legales y constitucionales. Acerca de este tema, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que el desplazamiento del onus probandi hacia cada una de las partes opera de manera distinta, según la fase procesal en que se esté: / **“La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, FFJJ 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido [...]”**.

En el anterior extracto, se hace referencia a resoluciones del Tribunal Constitucional Español, si se establece con mayor claridad el tema de la prueba indiciaria en casos de despidos discriminatorios y cómo debe aplicar el principio de la carga de la prueba. En este sentido, se establece que en asuntos donde se debata la práctica de un despido discriminatorio, existe para quien alegue la causa una actividad probatoria; pero solo limitada a presentar indicios claros y precisos sobre la conducta discriminatoria, para el empleador se mantiene el mayor peso probatorio, por cuanto deberá demostrar que la decisión tomada se basó en causas reales ajenas a cualquier condición discriminatoria. El trabajador debe llevar al proceso un indicio razonable, el cual permita demostrar que en la decisión patronal existió un motivo oculto y, además, permita deducir al menos la posibilidad que se haya violentado el derecho constitucional a la no discriminación.

Para reforzar lo indicado, conviene referir el siguiente extracto de una resolución de la Sala Segunda, en un caso donde se alegó discriminación por nacionalidad. Así la máxima autoridad judicial manifestó:

“[...] Cuando en un proceso laboral se debe dilucidar si estamos o no ante un despido discriminatorio hay que tomar en cuenta la importancia que tiene la distribución de la carga de la prueba, para procurarle al trabajador(a) tutela efectiva frente a actuaciones del empleador que constituyan discriminación. Para ello debe garantizarse, mediante el sistema de inversión de la carga de la prueba, que el empleador no pueda justificar cualquier despido discriminatorio bajo el argumento de que está bajo la cobertura formal del ejercicio de los derechos y

facultades para organizar las prestaciones de trabajo y sancionar su incumplimiento. Esa inversión de la carga de la prueba en los procesos donde se alega un despido discriminatorio (desplazamiento del onus probandi) obedece también a la acentuada dificultad que encuentra el juzgador(a) a la hora de descubrir una lesión por discriminación, que por lo general está encubierta tras una apariencia de legalidad de la decisión patronal. **Es por eso que en esta especial materia se tiene que echar mano, en muchos casos, a la prueba indiciaria, que tiene como finalidad evitar que la dificultad para descubrir los verdaderos motivos del acto patronal impida declarar que éste es lesivo al derecho a la no discriminación. No debe olvidarse que el sistema de prueba indiciaria, en este específico campo, implica una doble obligación. Por parte del trabajador(a) está la exigencia de aportar un indicio razonable de que el acto patronal lesiona su derecho fundamental, por eso debe aportar pruebas que pongan de manifiesto el motivo oculto del acto; se trata de un indicio que permita deducir la posibilidad de que la discriminación se ha producido y no de una mera alegación de la vulneración del derecho a la no discriminación. Cumplido ese presupuesto (demostración por parte del trabajador(a) del indicio de discriminación), recae sobre la parte demandada la carga de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios, probando que su actuación tiene causas reales (no inventadas) y absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales, además de ser suficientes para adoptar la decisión que se acusa de**

discriminatoria. Se trata entonces, en este campo (de la prueba indiciaria en materia de discriminación) de una auténtica carga probatoria a cargo del empleador, por lo que no basta la mera negación de la vulneración de derechos fundamentales. Por eso el empleador debe llevar a la convicción del juzgador(a) que las causas alegadas han sido las únicas que han motivado la decisión contra el trabajador(a), de manera que ésta se produjo sin el propósito de vulnerar derechos fundamentales. Para lograr ese objetivo, el empleador debe acreditar que las causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que ocultó la lesión del de un derecho fundamental del trabajador(a) [...]”.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Aspectos introductorios

Para efectos de cumplir con los objetivos propuestos en un trabajo investigativo, se requiere la realización de una serie de acciones guiadas por un proceso elaborado a partir de elementos metodológicos, los cuales, para el presente trabajo, se basan principalmente en los aportes de Barrantes, sobre los cuales se ahondará en los apartados siguientes (Barrantes, 2014).

De conformidad con lo indicado, el apartado metodológico de la presente investigación se define de la siguiente forma:

- Paradigma: naturalista.
- Enfoque: cualitativo.
- Tipo de investigación: hermenéutica.

3.2. Encuadre paradigmático: naturalista

El presente trabajo de investigación se basa en un paradigma naturalista, también denominado como paradigma humanista. El mismo puede definirse como el que toma en cuenta la realidad en donde se desarrolla la investigación, a partir de una concepción de dicha realidad como dinámica y versatilidad.

Al utilizar un enfoque naturalista se requiere enfatizar sobre la interpretación de fenómenos particulares, ubicados en un momento y espacio debidamente

delimitados.

Por lo anterior, para el presente trabajo de investigación, el uso del paradigma humanista se enfocará en entender, advertir e interpretar la realidad alrededor de una facultad concedida por la normativa laboral vigente a todo patrono, quien desarrolla su actividad en el sector privado, concretamente en cuanto a la terminación de las relaciones laborales por su sola voluntad y su eventual limitación a partir de la enfermedad de un trabajador o su orientación sexual, como formas de discriminación no reguladas en forma expresa en la actual Legislación de Trabajo.

Una vez que se parte del enfoque mencionado para la investigación y según la línea del profesor Ulate, 2014, se debe considerar que el paradigma naturalista posee las siguientes características:

- Percepción de la realidad: la misma responde a factores sociales en donde participan una variedad de sujetos con características particulares; por lo tanto, no se puede considerar la existencia de una realidad objetiva o independiente de los sujetos que participan en ella. Aspecto que debe ser considerado durante la investigación, por cuanto la misma puede verse afectada por diversos aspectos inherentes a la realidad, principalmente de carácter subjetivo; elemento que puede afectar la objetividad con que se debe desarrollar esta investigación.
- Relación entre el sujeto y el objeto de la investigación: para generar conocimiento a partir de una realidad determinada, el investigador debe involucrarse de manera estrecha con ella, para poder precisamente

comprender la misma y, a partir de este punto, investigar, describir y producir el conocimiento necesario para el fin de la investigación.

- Generación constructiva de conocimiento: si se toma en cuenta que para generar conocimiento se debe interpretar la realidad que se investiga, se ha de considerar que en dicha interpretación, van a existir y afectar valores del investigador.

Según las características referidas, el paradigma naturalista conlleva a que el objeto de investigación debe ser pensado de forma integral, siempre que se comprenda que se trata de un fenómeno complejo, pero ante todo, debe ser considerado objetivamente, en todo momento se debe dejar de lado la subjetividad del investigador. Así, bajo el paradigma naturalista bajo el cual se realizará el presente trabajo de investigación, implicará que el conocimiento adquirido por el investigador, permitirá interpretar las posiciones externadas a lo largo del documento; así como lo analizado de los diferentes textos referenciales, para lo cual se deberá realizar un proceso de búsqueda y verificación de las fuentes de información que conforman la base del trabajo.

En virtud que mediante el presente trabajo de investigación se buscará comprender, explicar e interpretar la situación actual de la libertad de despido contemplada en la normativa laboral para las contrataciones de trabajo propias del sector privado, frente a condiciones personales de los colaboradores, como lo son: la enfermedad o la orientación sexual, las cuales podrían implicar una limitación al principio indicado, el paradigma naturalista, por las características que comprende, describe lo que pretende realizar el actual trabajo de investigación.

Justamente, al establecer la libertad de despido una figura jurídica integrada en normas constitucionales y legales, resulta relevante investigar si la enfermedad del trabajador o bien, su orientación sexual, constituyen formas de discriminación, las cuales podrían resultar en una limitante para aplicar dicha libertad en el sector privado de empleo.

En este sentido, del paradigma naturalista que se empleará en el presente trabajo, se desprende un enfoque de investigación que guiará la estructura del mismo. De seguido se hará referencia a dicho enfoque.

3.3. Enfoque de investigación

El enfoque bajo el cual se desarrollará la presente investigación, corresponde al cualitativo; pues el supuesto básico que plantea la investigación cualitativa es que cualquiera sea la esfera donde los datos se recolecten, solo se pueden entender los acontecimientos si se sitúan en un contexto social e históricamente amplio (Mella, 2014, p. 6).

Así, el enfoque cualitativo considera como punto de partida de la investigación la existencia de un acontecimiento, sobre el cual se desarrolla esta última y se crea conocimiento. En el caso concreto, el acontecimiento o el hecho objeto de estudio será la limitación a la libertad de despido en el sector privado, a partir de condiciones personales de los trabajadores, como lo son su enfermedad o su preferencia sexual, que bajo determinados supuestos pueda llegar a ser considerados como factores de discriminación.

Dentro de este enfoque, Gurdíán señala las condiciones relevantes para la generación de conocimiento desde la perspectiva cualitativa:

- Subjetividad como espacio de construcción de la vida humana.
- La vida humana constituye el escenario básico para comprender la realidad socio-cultural e histórica.
- La intersubjetividad y el consenso, como medios para acceder al conocimiento válido de la realidad humana. (Gurdíán Fernández, 2007, p. 112).

Así, se puede considerar que el enfoque cualitativo de una investigación consiste en la descripción de situaciones, acontecimientos e interacciones de las personas que participan de la parte indagativa.

El enfoque cualitativo se escogió al considerar la pregunta de investigación y los objetivos planteados, por cuanto se pretende analizar el impacto que formas de discriminación “no tradicionales” como la enfermedad y la orientación sexual, tienen sobre el régimen de libertad de despido que opera en las relaciones laborales propias del sector privado.

3.4 Tipo de investigación

El presente trabajo se realizó bajo la óptica de una investigación de tipo hermenéutico, por cuanto corresponde al descubrimiento de los significados de las cosas y el hecho de interpretar, lo mejor posible, las palabras, los escritos, los textos, así como cualquier acto u obra; al tiempo que conserva su singularidad en el

contexto del que forma parte. (Gurdián Fernández, 2007, p. 147).

Es comúnmente aceptado que el término hermenéutico se deriva del griego que significa declarar, anunciar, esclarecer y traducir; expresa que alguna cosa resulta comprensible o llevada a la comprensión. Por lo tanto, la hermenéutica proveerá métodos que permitan la adecuada interpretación y, asimismo, estudiar cualquier interpretación humana.

Lo anterior considerando que la realidad no es más que un conjunto heredado de textos, relatos, mitos, narraciones, saberes, creencias e instituciones, que afirman nuestro conocimiento de lo que es el mundo y lo que es el ser humano. (Gurdián Fernández, 2007, p. 146).

A partir de lo anterior, resulta necesario generar la búsqueda de información relacionada con la temática de investigación, mediante diversos textos y la correspondiente lectura y valoración de los mismos, para comprenderlos mediante la identificación de aspectos relevantes para lograr la interpretación respectiva. De igual forma, se ejecutará este proceso con los datos que puedan ser recolectados a partir de la información indagada a través de entrevistas.

Una vez alcanzada la revisión de los textos seleccionados, deberá procederse con la escucha de las entrevistas efectuadas, de manera que se permita la comprensión de la totalidad de la información obtenida por ambos medios, para proceder posteriormente con el análisis de datos a partir de la interpretación de los resultados logrados por la lectura de los textos escogidos y las entrevistas

aplicadas.

Así, de la revisión e interpretación de los textos plasmados en las normas correspondientes, resoluciones judiciales, criterios administrativos, entre otros insumos, relacionados con la temática de la presente investigación, será posible determinar si la libertad de despido en el sector privado se ve limitada por condiciones personales de los trabajadores, concretamente por una condición de enfermedad o su preferencia sexual.

3.5. Sujetos y fuentes de información

Para llevar a cabo la presente investigación, resulta necesario consultar material diverso, el cual permita dar sustento al trabajo; pero también será oportuna la consulta a especialistas en material laboral, así como a gestores de recursos humanos y encargados de relaciones laborales. Estos elementos son fundamentales en un proceso cualitativo, los cuales se describirán a continuación.

a. Sujetos de información

La principal característica de la investigación cualitativa es su interés por captar la realidad, a través de los ojos de los sujetos actuantes, esto es a partir de la percepción que tienen de su propio contexto. (Gurdián Fernández, 2007, p. 182).

Dado que el presente trabajo analizará la figura de la libertad de despido en el sector privado de empleo y su eventual limitación a partir de dos condiciones

personales concretas, como lo son la enfermedad y la preferencia sexual, se tiene como sujetos de la presente investigación a las entidades patronales del sector privado, trabajadores de este mismo sector, así como a operadores jurídicos; pues son los sujetos encargados de la interpretación y la aplicación de la normativa laboral.

Es preciso comprender que para la consecución de los objetivos planteados en este trabajo, se tiene como sujetos de información que representan las entidades patronales, principalmente, a directores o gerentes de recursos humanos o bien, colaboradores de departamentos de relaciones laborales.

De seguido, se reseñan las calidades principales que ostentan las personas a entrevistarse para efectos del presente trabajo:

Cuadro No. 1. Datos de las personas a entrevistarse

Nombre de la persona	Atestados
Dr. Alexander Godínez Vargas	Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (Departamento de Trabajo). Coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia y profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Costa Rica. Autor de varias obras jurídicas individuales y colectivas sobre derecho del trabajo.

<p>Dr. Fernando Bolaños Céspedes</p>	<p>Doctor en Derecho. Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional y de la Universidad Estatal a Distancia en Costa Rica. Abogado litigante especialista en materia laboral. Consultor internacional en temas de derecho del trabajo y la seguridad social. Autor de varias obras jurídicas individuales y colectivas sobre derecho del trabajo.</p>
<p>M.Sc. Irving Rodríguez Vargas</p>	<p>Secretario General Interino de la Corte Suprema de Justicia.</p>
<p>Lic. Zaida Solano Valverde</p>	<p>Presidenta Directores y Directoras del Consejo Nacional de Salarios. Gerente Administrativa y RSE de la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar (LAICA).</p>
<p>M.Sc. Osvaldo Madriz Ramírez</p>	<p>Máster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica. Laboró para la Secretaría Técnica de Género, adscrita a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y como analista del proceso de contratación administrativa y de la Unidad de Verificación y Ejecución Contractual del Poder Judicial. Profesor de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Consultor Especialista en Derecho Laboral Privado.</p>

La población con la que se procurará trabajar para efectos de las entrevistas, cuenta con un importante conocimiento en cuanto a la aplicación e interpretación de la normativa laboral costarricense; esto en virtud de los cargos ocupados. Cabe señalar que cada una de las personas emitirá su opinión desde su perspectiva técnica, en aras, de brindar una mayor objetividad a la investigación.

b. Fuentes de información

Según Barrantes (2014) si la información no se toma de informantes humanos (personas), sino materiales, se estarían hablando de fuentes de información. (Barrantes, 2014, p. 124).

Para el desarrollo del presente proyecto, se torna de suma importancia la revisión de fuentes de información documentales, a partir de la lectura de distintos documentos y publicaciones, tales como: normativas, libros, tesis, artículos, páginas web y documentos digitales, entre otros.

De igual forma, otra fuente de referencia consiste en los resultados e información obtenida a partir de las entrevistas efectuadas a las personas indicadas en el apartado anterior.

Entonces, como fuentes primarias para el desarrollo del presente proyecto, se utilizarán la lectura y el análisis de fuentes de información documentales, a partir de la revisión de distintos documentos y publicaciones, tales como: libros, artículos, páginas web y documentos digitales. Asimismo, como parte de las fuente primarias,

cabe mencionar la información que se obtenga de las entrevistas que se lleguen a efectuar a las personas representantes de los bancos objeto de estudio, en torno al tema investigado.

3.6. Técnicas para la recolección de datos de la investigación

Al resultar necesario para el presente trabajo de investigación conocer sobre las experiencias de las personas entrevistadas, en relación con el objeto de estudio, es importante que las técnicas que se elijan permitan obtener la información desde la realidad de la persona, con sus propias palabras, en relación con su vida y lo que a esta le interesa.

Según lo anterior, resulta entonces de interés conocer y verificar las experiencias de las personas que, por determinada circunstancia, hayan tenido que analizar y valorar la posibilidad de aplicar, o por el contrario debatir, el principio de libertad de despido en el sector privado costarricense, ante causas discriminatorias, con especial consideración a condiciones personales del trabajador como la enfermedad y la orientación sexual.

Por lo anterior, se considera necesario utilizar la técnica de la entrevista a profundidad, que se detalla a continuación:

Entrevista a profundidad: este tipo de entrevistas se refiere a los encuentros cara a cara entre la persona investigadora y la informante, quienes se encuentran dirigidos hacia la comprensión de las perspectivas que tienen estas

respecto de sus vidas, experiencias o situaciones, tal como las expresan con sus propias palabras. (Ispizua. M.A y Ruiz Olabuena, 1989).

Las entrevistas a profundidad siguen el modelo de una conversación entre iguales y no de un intercambio formal de preguntas y respuestas; esto aun y cuando pueda existir una guía de referencia de preguntas a realizarse a las personas con las cuales se lleva a cabo la respectiva conversación.

Bajo esta perspectiva, mediante la utilización de este instrumento, se tiene como propósito recabar datos variados, sobre el impacto y las particularidades que, a criterio de los entrevistados, puedan tener condiciones personales de los trabajadores en el principio de libertad de despido que normativamente se otorga a los entes patronales del sector privado.

Lo anterior por cuanto la entrevista a profundidad permite recolectar y evaluar datos e información sobre diversos aspectos del tema a investigar y, así, poder describir e interpretar el entorno de quienes han participado en el desarrollo del objeto de la investigación.

En este sentido, la información que pueda obtenerse como consecuencia de la realización de las entrevistas en cuestión, ayudará a conocer las valoraciones prácticas que a nivel de relaciones laborales propias del sector privado se realiza para determinar la viabilidad o no de dar por finalizados contratos de trabajo, por la sola voluntad patronal, con trabajadores que presentan situaciones de enfermedad o que manifiestan determinada preferencia sexual.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE CONTENIDO

En este apartado se exponen los hallazgos que, a partir de la obtención, análisis e interpretación de los datos recabados en el presente trabajo de investigación, permiten ofrecer respuesta a la pregunta planteada sobre las consecuencias de la enfermedad de un trabajo o su orientación sexual en el ejercicio de libre despido en el sector privado, al considerar estos aspectos como formas de discriminación.

Para tales efectos debe hacerse referencia a varios puntos de especial relevancia, como lo son:

- La identificación de la enfermedad común y la orientación sexual como formas de discriminación, si son causas reguladas en la normativa laboral.
- La evaluación de la figura del libre despido en la normativa costarricense, en aras de establecer si el patrono puede finalizar el contrato de trabajo por su sola voluntad, o si resulta necesario que cuente con otros elementos para justificar la terminación del vínculo laboral.
- Análisis de la enfermedad común y la orientación sexual como circunstancias que puedan llegar a generar para los trabajadores del sector privado una estabilidad absoluta.

Sobre el primer aspecto, conviene referirse al tema de la discriminación en materia laboral. En este sentido, cuando se habla de discriminación se considera la existencia de un acto que implica para la persona un trato diferenciado o desigual, pero cabe aclarar que no todo trabajo desigual implica *per se* un acto de

discriminación, por cuanto existen conductas que implican un trato desigual o desfavorable, las cuales encuentran sustento legal.

Por lo anterior, para que una determinada conducta pueda ser considerada como discriminatoria, debe existir un trato desigual o desfavorable basado en motivos arbitrarios o subjetivos. La OIT ha definido la discriminación en el empleo como el acto que genera un trato diferente y menos favorable debido a determinados criterios, normalmente atinentes a características de la persona, sin valorar aspectos tan solo laborales como la idoneidad en o para el puesto, por ejemplo.

Así se puede concluir que la discriminación en las relaciones laborales se expresa cuando se adoptan prácticas que conllevan a que determinadas personas se encuentren en una posición desfavorable, ya sea en su estado general de bienestar o en sus condiciones de empleo, en relación con otros, a partir de distinciones generadas por condiciones personales, ajenos a la relación laboral propiamente y, además, no tienen que ver con la idoneidad para el puesto concreto que se trate o para efectuar las tareas que le fueron asignadas.

Otra característica de la discriminación en materia de empleo es que la misma se puede generar a partir de actos con connotaciones negativas (distinciones fundamentadas en características personales o la exclusión de una persona por iguales circunstancias), pero igual se podría generar a partir de actos con connotaciones positivas (preferencia hacia otra persona basada en la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social).

En Costa Rica, la discriminación se prohíbe y se encuentra regulada mediante diferentes instrumentos, tanto nacionales como internacionales; por lo tanto, se debe considerar que estos últimos incluso tienen autoridad superior a las leyes, tal como lo dispone el artículo 7 de la Constitución Política.

A pesar de que la regulación mencionada contiene diversas referencias a la discriminación en el empleo, la cual permite levantar un listado de razones discriminatorias, las cuales precisamente pueden ser consideradas como aquellas formas de discriminación expresamente reguladas. Sin embargo, los motivos de discriminación regulados en las diferentes normas, no constituyen una lista taxativa, sino que por el contrario, con la evolución del derecho laboral y según las sociedades, convergen diversas formas de pensamiento, se han generado otras formas de discriminación que no encuentran en la normativa vigente referencia expresa, sino que en algunos casos han sido las Autoridades Administrativas y Judiciales, las que a través de sus criterios y resoluciones han ampliado la lista de razones discriminatorias en el empleo.

Ahora bien, una vez clara la definición de discriminación en el empleo y de acuerdo con la regulación existente sobre el tema, resulta primordial determinar si la enfermedad del trabajador o la orientación sexual de este, constituyen condiciones que puedan ser interpretadas como discriminatorias, ante decisiones patronales relacionadas con las mismas.

Sobre **la enfermedad del trabajador**, en primer lugar, es importante tener claro las diferentes formas en que esta condición se puede presentar en las

relaciones laborales. En ese sentido, se debe partir del hecho que la enfermedad puede ser definida como un proceso y el consecuente estado de afección de un ser humano, por una alteración perjudicial de su estado de salud, provocado por diversos factores.

Durante el desarrollo del vínculo contractual de naturaleza laboral, existente tres diferentes manifestaciones de enfermedad: 1) enfermedad común; 2) enfermedad profesional o el riesgo del trabajo; y 3) la discapacidad.

Por lo anterior, según lo dispuesto en el Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud, la enfermedad común puede definirse como el estado patológico no originado en un riesgo de trabajo o accidente de tránsito, que le impide al asegurado activo realizar sus ocupaciones habituales.

Por su parte, la enfermedad de trabajo corresponde al estado patológico que resulta de la acción continuada de una causa, cuyo origen o motivo es en el propio trabajo o el medio y condiciones en las cuales labora el trabajador y se establezca que estos han sido la causa de la enfermedad; dentro de este apartado puede incluirse también al accidente de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Trabajo, corresponde a todo percance que le suceda al trabajador como causa de la labor que ejecuta o consecuencia de esta, durante el tiempo que permanece bajo la dirección y la dependencia del patrono o sus representantes e incluso, puede producirle la muerte o la pérdida o reducción, temporal o permanente, de la capacidad para el trabajo; por lo anterior, debe incluirse dentro de

los accidentes laborales el denominado accidente *in itinere*.

Por otra parte, la discapacidad se define como toda deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

Una vez claras las anteriores definiciones, corresponde establecer si la enfermedad del trabajador puede ser considerada como una causa de discriminación y si la misma se encuentra regulada.

La enfermedad del trabajador efectivamente puede ser una causa de discriminación en las relaciones laborales, cuando se adoptan prácticas que implican un trato desfavorable para los trabajadores y afectan su estado de bienestar o sus condiciones de empleo. Se concluye que por esta sola condición, se genere un trato desfavorable o denigrante para el colaborador. Sin embargo, cabe aclarar que no toda decisión patronal relacionada con la enfermedad necesariamente deviene en discriminatoria, por cuanto la propia Legislación Laboral autoriza al empleador a realizar ciertos actos a partir de una enfermedad.

En este sentido, el artículo 254 del Código de Trabajo valida el despido del trabajador en determinados supuestos, en relación directa con la condición de enfermedad, concretamente en el caso de riesgos laborales o accidentes de trabajo, sin que para estos casos el despido pueda ser considerado como discriminatorio, siempre que el empleador haya cumplido antes con determinados requisitos y, en el

tanto, haya generado los esfuerzos necesarios para procurar la reincorporación del trabajador a sus labores.

La enfermedad del trabajador en cualquiera de sus formas, deberá ser considerada como una causa de discriminación, en el tanto no exista una causa objetiva demostrable que permita evidenciar que la decisión o el trato generado por el patrono o incluso, por sus representantes, no tiene relación directa con la condición del trabajador; de tomarse alguna medida contra el trabajador por su sola condición de enfermedad, la misma resultaría en discriminatoria. Cuando se logra establecer que el motivo de un despido fue la condición de salud del trabajador, pero no bajo la premisa de evitarle una afectación adicional (en condiciones materiales de empleo o en su estado de salud), dicha medida resulta discriminatoria.

Ahora bien, una vez que se ha concluido a partir del análisis expuesto que la enfermedad del trabajador puede resultar en una causa de discriminación, corresponde establecer si la misma se encuentra regulada en la normativa laboral vigente.

En este aspecto, según un criterio amplio sobre regulación, se podría interpretar que cualquier aspecto sobre la discriminación se encuentra debidamente regulado en la normativa, esto incluye la discriminación por enfermedad, a partir del precepto contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, donde establece la prohibición de practicar cualquier acto discriminatorio contrario a la dignidad humana.

Sin embargo, por la experiencia generada en otros supuestos, resulta necesario que adicional a la norma constitucional, determinados aspectos sean debidamente regulados en norma especial. En ese sentido, sobre la enfermedad como causa de discriminación no existe una norma expresa vigente que así lo disponga, salvo lo indicado en la Constitución y algunas normas especiales que regulan aspectos propios de determinados supuestos, como lo sería el caso de los trabajadores con discapacidad y las personas trabajadoras portadoras del VIH-Sida.

En cuanto a la **orientación sexual** se refiere, debe tenerse claro en primer lugar que el término resulta general y hace alusión a un determinado comportamiento de atracción sexual o emocional, a un determinado grupo de personas definidas por su sexo. Este concepto general resulta importante, por cuanto es común que al hablarse sobre preferencia sexual, se circunscriba la temática a un determinado grupo de personas, cuando lo cierto es que el término es general y cubre a cualquier ser humano; por lo tanto, de pensarse en la posibilidad de ser discriminadas por orientación sexual, se hablaría de la posibilidad que cualquier trabajador sea discriminado por su orientación sexual, independiente del tipo de preferencia que tenga.

Como se pudo observar del análisis de los datos relacionados con la orientación sexual, lo cierto es que a nivel de la OIT y otras organizaciones internacionales, con respecto a las relaciones de empleo se puede hablar efectivamente de actos discriminatorios por orientación sexual, en casos donde la persona reciba un trato diferenciado injustificado, o tratos denigrantes, por su preferencia sexual.

Igualmente, a pesar de que se ha aclarado que el concepto de orientación sexual incluye a todo ser humano, lo cierto es que la tendencia en las relaciones de empleo, es que la población que mayormente es objeto de tratos denigrantes o diferenciadores por su preferencia, es la homosexual, de ello no se excluyen trabajadores bisexuales y transgénero.

En muchos casos, la discriminación o el acoso se genera por sostener un comportamiento que, para algunos, no se ajusta a ideas preconcebidas sobre la forma en que hombres y mujeres deberían comportarse; incluso en ciertas ocasiones el trato discriminatorio o acosador se llega a generar no necesariamente por haber informado la persona sobre su orientación sexual, sino por su comportamiento o apariencia, que es interpretada por otras personas como un reflejo de su orientación sexual.

Este escenario presenta el agravante que en muchas latitudes no existe legislación que regule expresamente este aspecto, al menos en lo concerniente a las relaciones de empleo y, en los países donde existe su aplicación, puede resultar deficiente.

Por lo tanto, si se parte del hecho que la preferencia sexual es una causa de discriminación, debe concluirse que la misma si se encuentra regulada expresamente en nuestro país, al establecer el artículo 48 de la Ley 7771, Ley General sobre el VIH/SIDA, que “quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género, edad, **opción** política, religiosa o **sexual**, posición social, situación económica, estado civil o por algún padecimiento

de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte o sesenta días multa [...]”.

Esta norma por su aplicación práctica y el tipo de sanción que impone, puede llegar a ser considerada como deficiente para regular un tema tan delicado como lo es la discriminación en el empleo por orientación sexual, lo cual representa una realidad mundial que afecta a una considerable población de trabajadores, pero que al final debe concebirse como regulación.

Una vez que se han establecido las conclusiones generadas a partir del análisis de la información recopilada sobre la enfermedad y la orientación sexual como formas de discriminación y definido, asimismo, que en ambos casos existen normas vigentes que, amplia o restringidamente, regulan ambos temas, debe analizarse lo relacionado con la figura del libre despido en la normativa costarricense.

El tema de la **libertad de despido** tiene una estrecha relación con el tópico de la estabilidad laboral; por lo tanto, el análisis de uno no puede dejar de lado el otro.

Al hablar de despido, se refiere al acto unilateral del patrono o empresario, mediante el cual decide dar por finalizada la relación laboral con un trabajador. Dicha decisión puede derivar de su sola voluntad, o bien, encontrar su justificación en la existencia de una falta grave contra las obligaciones laborales por parte del colaborador, aunque en este último caso siempre se trata de un acto voluntario del

empleador, porque la decisión final de dar por extinto el vínculo laboral, dependerá exclusivamente de la voluntad del empleador, quien incluso -en caso de una falta grave a las obligaciones obreras-, podría optar por aplicar una medida disciplinaria distinta o sustitutiva del despido, o incluso- decidir no aplicar ninguna sanción.

En el sector privado de empleo aplica el principio de libertad de despido, en principio, el patrono puede dar por terminado el contrato de trabajo con cualquier trabajador en cualquier momento, de forma unilateral, solo basta así la voluntad patronal para extinguir la relación laboral, facultad consagrada tanto en el artículo 63 de la Constitución Política como en los artículos 28, 29, 31 y 85 inciso d) del Código de Trabajo y, en estos casos, no se dispone la obligación para el patrono de invocar una causa justa o falta grave contra el trabajador, solo establece como único requerimiento, que resulta incluso posterior a la decisión tomada, la obligación de reconocer el pago de la totalidad de las prestaciones laborales.

Ahora bien, esta libertad de despido que aplica en el sector privado se ve limitada, o más bien prohibida, para determinados supuestos: trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, trabajadores menores de edad, dirigente sindical y el trabajador sindicalizado, trabajador incapacitado y denunciante de hostigamiento sexual. En todos estos casos, el patrono no puede hacer uso de su facultad y optar por la terminación de la relación laboral, incluso a pesar de que exista una falta grave a sus obligaciones laborales, por cuanto de ser así deberá solicitar autorización al MTSS para proceder con el despido justificado.

Igualmente, constituye una limitación a la libertad de despido, el caso de los

despidos discriminatorios (que podrían generar la reinstalación del trabajador una vez declarados como tales) y aquellos casos donde el patrono por convenio o decisión propia, opta por establecer una limitación al libre despido en su normativa interna.

Por lo anterior, debe considerarse que en las relaciones de empleo del sector privado, se da una estabilidad laboral relativa, de acuerdo tal como se definió en el apartado respectivo del presente trabajo, que el vínculo laboral pueda finalizar por la sola decisión patronal, pero en el tanto se garantice al trabajador que, ante esta decisión, recibirá una suma de dinero indemnizatoria fijada legalmente, que corresponde solo cuando la decisión de finalizar el contrato de trabajo no se fundamenta en una causa justa o falta grave a las obligaciones laborales, sino porque la finalización del vínculo contractual se encuentra injustificada.

Lo anterior no considera los casos de excepción y limitación al principio de libertad de despido indicados, donde se podría hablar de una estabilidad absoluta pero limitada en el tiempo, por cuanto la estabilidad en el empleo y el derecho a continuar en este, solo aplicarán durante el tiempo que dure la condición por la cual se limitó la libertad de despido; pues una vez extinta, el empleador podrá aplicar el despido injustificado en cualquier momento.

Ahora bien, una vez concluido que la orientación sexual y la enfermedad del trabajador (en cualquiera de sus formas) constituyen causas de discriminación, cuando a partir de las mismas se genere un trato denigrante o desfavorable para el trabajador, dentro de los cuales se puede considerar evidentemente el despido

injustificado; por lo tanto, se interpreta que dichas causas representan un límite a la libertad de despido del empleador, por cuanto cualquier despido, aunque se haga con responsabilidad patronal y fundamento en lo dispuesto en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, cuya finalidad sea afectar a un trabajador por padecer una enfermedad o practicar determinada orientación sexual, deberá considerarse como nulo y generar en favor de la persona afectada el derecho a reincorporarse en forma ordinaria en su puesto de trabajo con pleno goce de sus derechos y, asimismo, reclamar el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta su efectiva reinstalación, o de no optarse por la reinstalación el derecho a recibir una suma indemnizatoria ante la decisión patronal violatoria de la normativa laboral.

Bajo las anteriores premisas y de acuerdo con lo que debe ser entendido por estabilidad en el empleo, tanto absoluta como relativa, las condiciones personales objeto de análisis en la presente investigación, podrían generar en favor de los trabajadores una estabilidad absoluta, siempre que se considere lo referido sobre la carga de la prueba en materia laboral y, concretamente, en los casos de despido discriminatorios.

En materia procesal laboral, salvo pocas excepciones, se ha establecido que el *onus probandi* corresponde al patrono, por la presunción de veracidad dada al dicho del trabajador y, por el principio de redistribución de la carga de la prueba. En los casos donde se discute la aplicación de un acto discriminatorio, como lo puede ser el despido con responsabilidad patronal cuando la causa del mismo sea precisamente la condición o característica personal, de igual forma se ha considerado la aplicación del principio de redistribución de la carga de la prueba,

pero -para estos casos- definir particulares que al tratarse de un tema relacionado con discriminación en el empleo, el trabajador que lo alega tiene una actividad probatoria. No obstante, la misma está limitada a la presentación de indicios claros y precisos sobre la conducta discriminatoria, para el empleador se mantiene el mayor peso probatorio, por cuanto deberá demostrar que la decisión tomada se basó en causas reales ajenas a cualquier condición discriminatoria.

El trabajador debe llevar al proceso un indicio razonable, el cual permita demostrar que en la decisión patronal existió un motivo oculto, donde permita deducir al menos la posibilidad que se haya violentado el derecho constitucional a la no discriminación.

El aspecto medular con esta situación es que, bajo estas premisas, se genera una imposibilidad para el patrono de despedir a trabajadores enfermos o con determinada orientación sexual, aún cuando el despido sea con responsabilidad patronal y fundamento en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, por cuanto cualquier indicio que se considere razonable para la autoridad judicial, será suficiente para exigir al empleador demostrar que la decisión tomada no fue discriminatorio, lo cual puede llegar un alto grado de dificultad y, por lo tanto, para evitar estas situaciones, al momento de despedir a un trabajador enfermo (no incapacitado) o con determinada orientación sexual, aun cuando se aplique una terminación con responsabilidad, el patrono deberá contar con elementos objetivos de prueba que permitan demostrar al juzgador que la decisión no se dio por actos discriminatorios, sino por otra circunstancias, con la dificultad que en materia procesal laboral aplica el principio *in dubio pro operario* que evidentemente podría

impactar en la forma como el proceso sea resuelto, lo cual refleja con claridad la consideración que en estos supuestos se genera una estabilidad absoluta en el empleo, salvo que se cuente con una causa justa para finalizar el contrato de trabajo.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

De acuerdo con el desarrollo de la investigación realizada, se procede a presentar las siguientes conclusiones.

La discriminación es un fenómeno que no resulta ajeno a las relaciones laborales y se genera, en este ámbito, cuando existen en contra de un trabajador o un grupo de colaboradores, un trato diferenciado, desigual o desfavorable, basado en motivos arbitrarios o subjetivos, normalmente relacionado con características o condiciones particulares de la persona y, asimismo, no tiene relación alguna con el desempeño laboral o la idoneidad del individuo para el puesto de trabajo. Este trato afecta ya sea en el entorno y desempeño laboral del trabajador, en su estado general de bienestar personal, o en ambos.

Ante esta realidad, la normativa laboral costarricense incluye regulaciones concretas para prohibir la discriminación en el empleo. Para lo cual se ha generado un listado de razones discriminatorias, las cuales precisamente pueden ser consideradas como formas de discriminación reguladas en forma expresa.

Sin embargo, ha sido clara y constante la interpretación de los operadores jurídicos, que dicha lista no es taxativa, sino a través de resoluciones de autoridades judiciales principalmente, se han generado otras formas de discriminación que no encuentran en la legislación vigente referencia expresa.

Por lo anterior, debe concluirse que tanto la enfermedad del trabajador como

la orientación sexual, son formas de discriminación, precisamente cuando estas condiciones generan prácticas que implican un trato desfavorable para los trabajadores y afectan su estado de bienestar o sus condiciones de empleo, pero se debe aclarar que, en el caso concreto de la enfermedad, no toda decisión patronal relacionada con esta característica, implica un acto discriminatorio; pues la propia normativa vigente, autoriza al empleador a realizar ciertos actos a partir de una enfermedad, como lo son las permutas de puesto o incluso el despido con responsabilidad patronal.

Ahora bien, la enfermedad del trabajador, independiente de su forma o causa, deberá ser considerada como una causa de discriminación, cuando el acto patronal no encuentra respaldo en un aspecto objetivo demostrable, como lo sería el evitar una afectación o una reagravación de su condición.

En cuanto a la orientación sexual se refiere, no se considera que pueda existir ningún acto patronal que permita un trato desigual o diferenciado, mucho menos desfavorable, el cual se considere como justificado o cuente con un motivo objetivo demostrable; por lo tanto, sin lugar a dudas, cualquier trato patronal generado a partir de esta condición personal, deberá ser considerado como discriminatorio.

Ahora bien, una vez claro que ambas condiciones pueden resultar en una causa de discriminación, con las salvedades indicadas para la enfermedad, se puede concluir que, partiendo de un criterio amplio sobre regulación, es viable interpretar que cualquier aspecto sobre la discriminación se encuentra debidamente

regulado en la normativa, a partir de la disposición contenida en el artículo 33 de la Constitución Política que establece la prohibición de practicar cualquier discriminación contraria a la dignidad humana.

Sin embargo, debe indicarse que, aparte de la disposición constitucional, no existe una norma expresa vigente que establezca, en términos generales, que la enfermedad es una causa de discriminación, para ciertas condiciones particulares (discapacidad o VIH/Sida) si existe regulación que prohíbe cualquier acto de discriminación por estas circunstancias.

Respecto a la orientación sexual debe concluirse que esta condición sí se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico costarricense, específicamente en el artículo 48 de la Ley 7771, Ley General sobre el VIH/SIDA, el cual establece una sanción de días multa, por practicar medidas discriminatorias por la opción sexual de una persona, norma que puede ser, sin lugar a dudas, aplicable a las relaciones de empleo. Claro está, que por aplicar esta norma, por la especial referencia al tema de la Ley y por el tipo de sanción que impone, puede llegar a ser considerada como deficiente para regular un tema tan delicado como lo es la discriminación en el empleo por orientación sexual.

Por otra parte, sobre el tema de la libertad de despido, es viable concluir que en el sector privado de empleo aplica dicho principio; por lo tanto, el patrono por disposición legal, podría finalizar el contrato de trabajo con cualquier trabajador en cualquier momento, de forma unilateral, basta así su sola voluntad y solamente debe reconocer el pago de la totalidad de las prestaciones laborales.

Sin embargo, del análisis e interpretación de los datos obtenidos en la presente investigación, debe indicarse que esta libertad no es absoluta ni aplicable a cualquier caso, por cuanto se prohíbe su uso en determinados supuestos, expresamente establecidos en diferentes normas, salvo cuando el despido se valore por la existencia de una causa justa y siempre que se haya generado la respectiva autorización por parte del MTSS para tales efectos.

Igualmente constituye una limitación a la libertad de despido, el caso de los despido discriminatorios, dentro de los cuales deben incluirse aquellos basados en la enfermedad del trabajador (en el tanto no exista un motivo objetivo) y la orientación sexual y, por lo tanto, en estos casos podría considerarse la existencia de una estabilidad absoluta en el empleo, por cuanto cualquier decisión del patrono sobre trabajadores con estas condiciones podría ser tomada en cuenta como discriminatoria, salvo que se logre demostrar la existencia de una falta grave a las obligaciones laborales, que deberá poder demostrarse, sin lugar a dudas, de forma objetiva.

Esta limitación se ve reforzada en el hecho de que, de generarse un proceso judicial a partir de la decisión patronal (no justificada en una falta grave), la carga de la prueba corresponde al patrono, por la presunción de veracidad dada a dicho trabajador y por el principio de redistribución de la carga de la prueba.

Aún y cuando se ha establecido, a partir de criterios jurisprudenciales, que el trabajador quien alega discriminación tiene una actividad probatoria, esta está limitada solamente a la presentación de indicios sobre lo alegado y, por lo tanto, el

mayor peso probatorio recae sobre el ente patronal, quien deberá demostrar que la decisión tomada se basó en causas reales ajenas a cualquier condición discriminatoria, por cuanto el empleador no puede prever la valoración de la autoridad judicial sobre la validez del indicio alegado y, prácticamente, siempre deberá contar con prueba para desvirtuar cualquier alegato de este tipo.

Así, debe concluirse que se genera una imposibilidad para el patrono de despedir a trabajadores enfermos o con determinada orientación sexual, aun cuando el despido sea con responsabilidad patronal y fundamento en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo, en el tanto no cuente, de previo, con elementos objetivos que a futuro le permitan demostrar, sin lugar a dudas, ante un eventual proceso judicial, que la decisión tomada no fue discriminatoria. De no contarse con estos elementos objetivos, existiría un alto riesgo que finalizar la relación laboral sea considerada como un acto discriminatorio.

Por lo anterior, la enfermedad o la orientación sexual, son condiciones personales, que de utilizarse para generar un trato desfavorable o desigual, arbitrario o subjetivo, deberán ser consideradas como causas de discriminación. Esta circunstancia tiene evidentes consecuencias en el ejercicio de la libertad de despido por parte del patrono del sector privado; pues esta posibilidad se verá limitada y salvo que el empleador cuente con elementos objetivos, para evidenciar que el motivo de despido no fue arbitrario o basado en la condición personal, prácticamente no resultaría viable el finiquito de la relación laboral, aún cuando se reconozca el pago de las prestaciones e indemnizaciones previstas en la normativa laboral, por cuanto el trabajador afectado podría solicitar la declaratoria del despido

como discriminatorio y, por lo tanto, reclamar daños y perjuicios; así como solicitar su reinstalación en el puesto de trabajo.

REFERENCIAS

- Alonso García, M. (1985). *Curso del Derecho del Trabajo*. En M. Alonso García, *Curso del Derecho del Trabajo* (pág. 489). Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Andreú Abela, J. (31 de agosto de 2014). *Centro de estudios andaluces*. Obtenido de Centro de estudios andaluces:
<http://public.centrodeestudiosandaluces.es/pdfs/S200103.pdf>
- Barrantes, R. E. (2014). *Investigación: un camino al conocimiento, un enfoque cualitativo, cuantitativo y mixto*. San José, Costa Rica: EUNED.
- Bernard Gernigon, A. O. (2000). *Principios de la OIT sobre la negociación colectiva*. *Revista Internacional del Trabajo* , 40.
- Bernard Gernigon, A. O. y Horacio G. (2000). *Principios de la OIT sobre la negociación colectiva*. *Revista Internacional del Trabajo* , 40.
- Cabanellas, G. (1963). *Contrato de Trabajo*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- Cabanellas, G. (1983). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cárcamo, H. V. (2005). *Hermenéutica y análisis cualitativo*. *Redalyc* , 03.
- Feher Trenscher, E. L. (1964). *La discriminación social y jurídica* (Estudio sociológico y de política legislativa). México D.F., México.
- García, C. A. (02 de setiembre de agosto de 2014). Obtenido de biblio.juridicas: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/4.pdf>
- Grisolia, J. A. (2008). *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Tomo I. En J. A. Grisolia. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.

- Gurdián Fernández, A. (2007). *El Paradigma Cualitativo en la Investigación Socio-Educativa*. San José, Costa Rica: Agencia Española de Cooperación Internacional/Coordinación Educativa y Cultura Centroamericana.
- ILO. (04 de setiembre de 2014). www.ilo.org. Recuperado el 07 de octubre de 2014, de Organización Internacional de Trabajo:
<http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/themes/cb.htm>
- Ispizua. M.A y Ruiz Olabuena, J. (1989). *La descodificación de la vida cotidiana*. Bilbao.
- Jinesta Lobo, E. (2009). *Tratado de Derecho Administrativo*. En E. Jinesta Lobo, *Tratado de Derecho Administrativo* (pág. 137). Editorial Jurídica Continental.
- Jinesta, E. (2009). *Los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y rendición de cuentas de las Administraciones Públicas*. *Constitución y Justicia Constitucional* , 4.
- Mella, O. (30 de agosto de 2014). Universidad Humberto Urtado. Obtenido de Universidad Humberto Hurtado:
<http://biblioteca.uahurtado.cl/ujah/reduc/pdf/pdf/8434.pdf>
- Montoya Melgar, A. (2007). *Derecho del Trabajo*. En A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo* (pág. 177). España: Tecnos.
- OEA. (08 de octubre de 2014). Organización Estados Americanos. Recuperado el 07 de noviembre de 2014, de [oas.org](http://www.oas.org):
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- OIT. (2008). <http://www.ilo.org/>. Obtenido de

http://ilo.org/ilc/ILCSessions/97thSession/reports/WCMS_092619/lang-es/index.htm

- Olaso, J. (2009). *La prueba en materia laboral*. San José, Costa Rica: Zeta Servicios Gráficos.
- Ortiz Ortiz, E. (1971). *Los sujetos del Derecho Administrativo*. En E. Ortiz Ortiz. San José: Universidad de Costa Rica.
- Pizjuan. (2010). XRY.
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los Principios del Derecho de Trabajo*. 2º ..Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Rodriguez Mancini, J. (1983). *Tratado del Derecho del Trabajo*. Tomo IV. Remuneraciones. Argentina, Buenos Aires: Astrea.
- Rodríguez Pla, A. (1956). *El Salario en el Uruguay*. Montevideo, Uruguay.
- Sala Constitucional. (14 de octubre de 2014). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado el 09 de setiembre de 2014, de Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/>
- Umaña, N. y Verny, O. (1982). La estabilidad en el Derecho Laboral. Tesis de grado para optar al título de licenciado en Derecho. San José , Costa Rica: Universidad de Costa Rica.