



Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública

Tercera Edición

2024

Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública

Tercera Edición

2024

ISSN: 2215-6682

Poder Judicial. Defensa Pública. Proceso de Gestión del Conocimiento. Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública. – 3° ed. –San José, Costa Rica: Poder Judicial, 2024, p. 192

ISSN: 2215-6682

1. Defensa Pública Laboral. 2. Seguridad Social. 3. Procesal laboral.

© Proceso de Gestión del Conocimiento de la Defensa Pública, Poder Judicial

Consejo Editorial:

M.Sc. Juan Carlos Pérez Murillo, Director de la Defensa Pública

M.Sc. Yendry Portuguez Pizarro, Subdirectora de la Defensa Pública

M.Sc. Jorge Arturo Ulloa Cordero, Director

M.Sc. Ana Briceño Yock

M.Sc. Marilyn Rivera Sánchez

Diseño de portada: Lic. Raúl Barrantes Castillo

Diagramación: Lic. Raúl Barrantes Castillo

Hecho el depósito de ley.

Reservados todos los derechos.

NOTA EDITORIAL

Los artículos científicos y ensayos incluidos en este volumen son responsabilidad exclusiva de las personas autoras y no reflejan, necesariamente, el pensamiento o postura de la Defensa Pública del Poder Judicial de Costa Rica y sus unidades, de las personas miembros del Consejo Editorial o del Consejo Científico.

ADVERTENCIA

De conformidad con la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, se prohíbe la reproducción, transmisión, grabación, filmación total o parcial del contenido de esta publicación mediante la aplicación de cualquier sistema de reproducción, incluido el fotocopiado, sin previa autorización por escrito del Proceso de Gestión del Conocimiento de la Defensa Pública del Poder Judicial. La violación a esta ley por parte de cualquier persona física o jurídica será sancionada penalmente. Esta Revista es producida con fines didácticos y no comerciales, en cumplimiento de un contrato de trabajo o en ejercicio de una función pública. Está prohibida su venta. El Poder Judicial se reserva los derechos de autor patrimoniales de acuerdo con el artículo 40 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, N° 6683, y las prerrogativas del numeral 16 de su reglamento, Decreto Ejecutivo N° 24611-J.

Índice

Presentación.....	4
Análisis de los cambios procesales generados en Costa Rica en el campo de los contratos laborales. Desarrollo del numeral 25 del Código de Trabajo y las nuevas tendencias en torno a la eliminación de la carga de la prueba.....	7
La prueba indiciaria en materia laboral: aplicación práctica en los procesos judiciales.....	17
Criterios de deslinde entre las competencias laboral y contenciosa-administrativa en el empleo público	26
El resguardo de los principios de imparcialidad e independencia del juez ante la inteligencia artificial en Costa Rica	46
La discriminación en los procesos de reclutamiento y selección generada por la implementación de la inteligencia artificial.....	72
Discriminación por salud en el trabajo: Una mirada desde la realidad.....	88
Trabajo portuario. La estiba, retazos de una labor invisibilizada.....	106
Análisis de los principales sistemas de pensiones en Costa Rica.....	134
Invitación.....	158

Presentación

Juan Carlos Pérez Murillo¹

Con entusiasmo presentamos la Tercera Edición de la Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública costarricense, correspondiente al año 2024. Esta edición plasma en blanco y negro el gran esfuerzo por parte de nuestra Unidad Especializada de Asistencia Social, con lo cual logramos proyectarnos ante la sociedad costarricense la calidad técnica y humana de las personas defensoras públicas laborales que la componen.

En esta oportunidad, contamos con ocho artículos que abordan temáticas relacionadas con la irrupción de la inteligencia artificial en el Derecho y su impacto en las relaciones de empleo; abordajes sobre los impactos que todavía tiene la Reforma Procesal Laboral en el sistema procesal laboral costarricense; desarrollos sobre el derecho a la salud y su relación con el derecho al trabajo; exposiciones del Derecho marítimo del trabajo y, en materia de Seguridad Social, un análisis de los regímenes de pensiones nacionales.

Por su orden de aparición, en primer lugar, tenemos el artículo intitulado: “Análisis de los cambios procesales generados en Costa Rica en el campo de los contratos laborales. Desarrollo del numeral 25 del Código de Trabajo y las nuevas tendencias en torno a la eliminación de la carga de la prueba” del señor Jorge Olaso Álvarez, Magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. En este interesantísimo estudio, se analiza la antinomia entre el artículo 25 del Código de Trabajo y las reglas de apreciación de la prueba contenidas en la Reforma Procesal Laboral del 2017. Se expone un desarrollo histórico de la evolución del sistema de prueba tasada, con sus orígenes en el derecho romano, hasta el sistema de sana crítica racional.

En segundo orden de aparición, se incluye el trabajo denominado: “La prueba indiciaria en materia laboral: aplicación práctica en los procesos judiciales” del señor E. Alejandro Abarca Alfaro, Letrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia y, anteriormente, Defensor Público Laboral. En este escrito se desarrolla desde la óptica de la experiencia como persona defensora pública laboral la utilidad de la prueba indiciaria en los procesos laborales, especialmente referidos a al tema de la prueba de los hechos impeditivos. Resulta de interés para el litigio en la Defensa Pública utilizar la prueba indiciaria para la demostración

¹ Director de la Defensa Pública.

de acciones u omisiones patronales constitutivas de discriminación, que es donde la jurisprudencia más a desarrollado el tema.

El señor Sergio Navarro Cerdas, Defensor Público Laboral, nos expone el texto que lleva por título: “Criterios de deslinde entre las competencias laboral y contenciosa-administrativa en el empleo público”. Esta exposición resulta ser sumamente crítica del estado actual de la situación en cuanto a la determinación de parámetros claros para determinar la competencia de los juzgados laborales y los juzgados contenciosos, en materia de empleo público.

En cuarto lugar, contamos con la colaboración de la señora Gabriela Salas Zamora, Jueza laboral, quien se ha desempeñado como Defensora Pública Laboral, con el texto llamado: “El resguardo de los principios de imparcialidad e independencia del juez ante la inteligencia artificial en Costa Rica”. En este se exponen las principales tendencias mundiales en la aplicación de la Inteligencia Artificial al ámbito judicial y la pretensión de respeto de los derechos humanos de las personas participantes en el proceso. Este tema reviste de especial importancia, por cuanto las personas operadoras jurídicas debemos mantenernos a la vanguardia, especialmente en la Defensa Pública para satisfacer las necesidades de las poblaciones que atendemos.

Muy ligado al tema anterior, la señora Adelina Rodríguez Vásquez, Letrada de la Sala Segunda, quien se ha desempeñado como Defensora Pública Laboral, nos presenta el texto “La discriminación en los procesos de reclutamiento y selección generada por la implementación de la inteligencia artificial”. Este corresponde a un muy interesante planteamiento de cómo los prejuicios o sesgos (*bias* en inglés) pueden afectar los algoritmos de la arquitectura informática de las diferentes inteligencias artificiales. Ello, según expone Rodríguez, podría conllevar responsabilidad para la parte patronal y una afectación a los derechos laborales, especialmente en la contratación, de la parte trabajadora.

En sexto puesto, encontramos el escrito intitulado: “Discriminación por salud en el trabajo: Una mirada desde la realidad”, de la señora Idannia Arteaga Monge. En dicho texto se nos expone un “estudio de caso”, de un proceso por discriminación tramitado por la Defensa Pública Laboral. En el caso, un trabajador con una situación de salud se ve afectado por la falta de actuar de su patrono, para adecuarse a sus condiciones específicas. Esto, según la autora, corresponde a un caso de discriminación indirecta, en el tanto que el trabajador fue tratado de igual forma y el patrono no adecuó las labores a sus condiciones particulares.

El señor Fernando Víctor Vargas nos colaboró con el texto denominado: “Trabajo portuario. La estiba, retazos de una labor invisibilizada”. La exposición del señor Víctor trae a la palestra un área del derecho laboral que poco o nada se trata en doctrina: el trabajo portuario y marítimo. En esta ocasión analiza el tema de las personas estibadoras y las características propias que tiene dicha tarea.

Por último, contamos con el texto expositivo llamado “Análisis de los principales sistemas de pensiones en Costa Rica” de la señora Flora Cerda Montero. Al igual que el texto precedente, en esta ocasión Cerda Montero nos trae un tema que cuenta con un escasísimo desarrollo doctrinal y que es propio de la materia de Seguridad Social. Es un repaso por los elementos básicos de cada uno de los regímenes de pensiones vigentes en Costa Rica y sus principales características. Este texto resulta sumamente valioso por su esquematización de la información que, si se busca en las fuentes primarias, se encuentra muy desperdigada.

Esperamos que esta Tercera Edición de la Revista de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública costarricense sea, como en sus ediciones precedentes, una valiosa contribución al estudio del derecho laboral costarricense y resulte provechosa para los proyectos e investigaciones de las personas lectoras.

Análisis de los cambios procesales generados en Costa Rica en el campo de los contratos laborales. Desarrollo del numeral 25 del Código de Trabajo y las nuevas tendencias en torno a la eliminación de la carga de la prueba

Jorge Olaso Álvarez²

Resumen. En el presente escrito se estudia el desarrollo evolutivo histórico del derecho procesal laboral costarricense, con la idea de resaltar la tendencia legislativa de utilizar la normativa procesal civil como fuente supletoria del derecho procesal laboral. Partiendo de las premisas fijadas por el autor argentino Carlos Santiago Nino, se explica cómo en el desarrollo e interpretación de las normas jurídicas pueden surgir defectos lógicos del sistema o antinomias del sistema jurídico, que pueden ser solucionadas a través de reglas como la ley posterior o la ley especial.

Palabras claves. Reforma procesal laboral. Antinomia. Defectos lógicos del sistema. Carlos Santiago Nino.

Abstract. This study explores the historical development of Costa Rican labor procedural law, with a particular focus on the legislative practice of employing civil procedural norms as supplementary rules. Building upon the work of Carlos Santiago Nino, it analyzes how logical inconsistencies or antinomies can arise within a legal system and how the principles of later law and special law can be applied to address these issues when supplementary norms are invoked.

Keywords. Labor Procedural Reform. Conflict of Laws. System Logical Flaws. Carlos Santiago Nino.

1. Evolución histórico-normativa de la legislación procesal laboral en Costa Rica.

La existencia de un poder judicial, independiente del resto de poderes del Estado, se establece por primera vez a nivel constitucional en la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica del 25 de enero de 1825.

Por espacio de 20 años, la administración de justicia se impartió con base en las Leyes de Indias. En 1841, el Lic. Braulio Carrillo Colina, gobernante de Costa Rica, emitió el Código General que comprendió 3 partes o códigos: civil, penal y de procedimientos, lo cual sentó las bases del derecho costarricense.

² Magistrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

El Código General del Estado de Costa Rica del 30 de julio de 1841 reguló el contrato de arrendamiento de servicios, como un contrato civil y, por consiguiente, serían los tribunales comunes los que se encargarían de conocer los conflictos derivados del mismo. La jurisdicción civil se encontraba en la Tercera Parte del Código General referente a los Procedimientos Judiciales, y el artículo 12 señalaba expresamente: “El ejercicio de la jurisdicción civil, está íntimamente ligado con el territorio señalado a cada Tribunal y Juzgado. Por consiguiente, todas las causas civiles se iniciarán ante el Tribunal o Juzgado del territorio respectivo”.

El tratamiento de las relaciones entre los obreros y patronos por medio del contrato de arrendamientos de servicios, tampoco se modificó con la promulgación del Código Civil de 1888, que reemplazó al Código de Carrillo de 1841 en la parte sustantiva y aunque con la aprobación del Código de Procedimientos Civiles de 1933 también se derogó la vigencia del mismo Código General en materia procedimental, ni éste ni el de 1937 modificaron tampoco la competencia delegada a la jurisdicción civil para seguir conociendo de estos asuntos.

Por consiguiente, es hasta con la aprobación del Proyecto de Reforma Constitucional de 1943 que se reconoce constitucionalmente la jurisdicción especializada de trabajo dentro del Poder Judicial³.

En el caso particular de la Ley de Reparación por Accidentes del Trabajo, se creó el Tribunal Superior de Arbitraje, integrado de forma tripartita (un abogado, un patrón y un obrero) nombrados por el Poder Ejecutivo, con competencia nacional, que agotaría el procedimiento administrativo y sin perjuicio de que las partes soliciten la revisión de sus decisiones en sede judicial (art. 46). La particular integración de este tribunal es el antecedente inmediato de los Tribunales de Trabajo creados posteriormente con la aprobación del Código de Trabajo en 1943. Adicionalmente, mediante el Decreto N°20 del 24 de setiembre de 1934, se promulga el Reglamento de la Ley, estableciendo en ella el derecho de los damnificados por accidentes de trabajo y de sus causahabientes, de acceder a una defensa gratuita en su favor a cargo de los Agentes Fiscales (art.20), que también constituye el único ejemplo de defensa legal previa a la reforma del 2016. También llama la atención que antes de 1943, ya los Médicos Oficiales nombrados por el Poder Ejecutivo –Médicos del Pueblo o de Asistencia o del servicio público-, actuaban como peritos, y debían suministrar en sede judicial o administrativa, los dictámenes que se le solicitaran sobre las cuestiones médico-legales relacionadas con

3 Calderón Guardia, R. A. Mensaje de Reforma Constitucional (Malavassi, 1997). *Cf*: Texto del mensaje que envió el señor presidente de la República, junto con el Proyecto de Código de Trabajo, al soberano Congreso Constitucional, publicado por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social. Código de Trabajo, Imprenta Nacional, 3ª ed., agosto de 1943; y Texto del dictamen que rindió la respectiva Comisión Especial del Congreso sobre el Proyecto de Código de Trabajo, publicado por la Secretaría de Trabajo y Previsión Social. Código de Trabajo, Imprenta Nacional, 3ª ed., agosto de 1943.

el caso (art. 65 de la Ley de Reparación por Accidentes del Trabajo y art. 34 de la Ley N°36 de 26 de octubre de 1931, de Médicos Oficiales).

En la Reforma a la Constitución Política de 1871, de corte liberal, se le introdujo mediante la Ley N° 24 del 2 de julio de 1943, un capítulo de garantías sociales, inspiradas especialmente en la doctrina social contenida en las Encíclicas Rerum Novarum de León XIII, la Cuadragésimo Anno de Pío XI y el Código Social de Malinas. Como parte de las novedades, se aprobó el artículo 64 que ordenaba la creación de una jurisdicción especial de trabajo, dependiente del Poder Judicial, cuyos tribunales en su mayor parte se integrarían por un representante del Estado, quien los presidirá y por un representante de los patronos y otro de los trabajadores. Esta nueva jurisdicción se consideró “una apremiante necesidad” para la justa solución de los conflictos entre patronos y asalariados; y una alternativa a la jurisdicción civil, donde estaban siendo resueltos y “que a menudo resulta tardía y cara”, lo que era una denegación de justicia para aquél “que su única entrada es el salario”.

Pocos meses antes de estar aprobada la reforma constitucional, el 12 de abril de 1943, se envió al Congreso el Proyecto del primer y único texto del Código de Trabajo que ha tenido el país. Se cumpliría así con el mandato que se derivaba del artículo 65 de la Constitución Política, introducido por la Ley N° 24 ya citada, de que los derechos y beneficios del Capítulo de Garantías Sociales, se reglamentaran en un Código Social y de Trabajo.

La propuesta en lo que a la administración de la justicia laboral se refiere, constituía como lo advierte el redactor del proyecto, “todo un Código Procesal”, referido a la Organización de los Tribunales de Trabajo, de su competencia y jurisdicción, del procedimiento en general, de los tribunales de conciliación y arbitraje, de procedimiento de resolución de los conflictos colectivos de carácter económico y social, del procedimiento en caso de riesgo profesional, de la ejecución de sentencias, del juzgamiento de faltas y de lo relacionado con el recurso ante la sala de casación.

La Comisión Especial del Congreso que rindió su dictamen sobre el Proyecto de Código de Trabajo, introdujo algunos cambios importantes a la propuesta inicial. Entre ellos, que todos los miembros del Tribunal Superior de Trabajo debían ser abogados, que los representantes de empleadores y trabajadores en estos Tribunales y los Tribunales de Conciliación y Arbitraje, no debían ser elegidos no por sorteo sino por intervención directa de la Corte Suprema de Justicia. De igual forma, eliminaron la posibilidad de recurrir ante

la Sala de Casación por vicios de forma, transformándola y transformaron esta Sala en una tercera instancia.

II.- La justicia laboral en Costa Rica en el código de 1943 y en la reforma procesal posterior de julio 2017 (Ley 9343).

El Título Séptimo del Código de Trabajo, aprobado mediante Ley N° 2 del 26 de agosto de 1943, reguló la jurisdicción especial de trabajo, que se ejercería por medio de los Juzgados de Trabajo, los Tribunales de Conciliación y de Arbitraje, el Tribunal Superior de Trabajo y la Sala de Casación, dependiendo todos de la Corte Suprema de Justicia. De ellos, tanto los Tribunales de Conciliación y Arbitraje como el Tribunal Superior de Trabajo estarían integrados tripartitamente (artículos 398 y 405). Mientras los representantes de empleadores y trabajadores debían ser abogados para integrar el Tribunal Superior de Trabajo, no se exigía esa condición profesional en los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Los principios rectores del nuevo procedimiento de trabajo eran el de oficiosidad, el de oralidad, gratuidad y celeridad; y las reglas del procedimiento civil eran de aplicación supletoria, en tanto no contraríen estos principios procesales.

La reforma laboral, que entró a regir el 25 de julio del año 2017, introduce una jurisdicción especial de trabajo y junto con esta, principios procesales y variaciones en la carga de la prueba, lo cual implicará nuevos retos para las partes sociales y sus asesores. Lo anterior, debido a que se trata de una normativa que abarca muchos aspectos vinculados con el derecho laboral: derecho colectivo, infracciones a las leyes de trabajo y de seguridad social, tutela de fueros especiales y de debido proceso, un régimen especial para los procesos de menor cuantía, un procedimiento no contencioso que puede transformarse en contencioso en la distribución de prestaciones de trabajadoras fallecidas, un procedimiento especial para la reinstalación de personas que sufran un riesgo de trabajo y por otras circunstancias, etcétera.

Una característica especial de esta nueva normativa es que es una reforma procesal parcial que inicia a partir del numeral 371 del Código de Trabajo, la cual coexiste normativamente con 370 artículos anteriores de la legislación de 1943, algunos con los que provocan antinomias o “defectos lógicos del sistema” muy evidentes. Entre ellos, tenemos el caso del numeral 25 producto de la normativa de 1943 y la nueva legislación

en materia probatoria, concretamente en torno a las cargas de la prueba (artículos 477 y 478 de la ley 9343 vigente desde julio de 2017).

III.- La teoría de las “antinomias” o defectos lógicos del sistema normativo de Carlos Santiago Nino y su aplicación a las cargas probatorias (artículos 25, 477 y 478 del código de trabajo costarricense).

La teoría de las antinomias ha sido desarrollada por el autor argentino Carlos Santiago Nino en su obra “*Introducción al análisis del Derecho*” (1983), en el que indica que este tipo de antinomias las genera la frustración de ciertos ideales racionales que debe satisfacer un sistema normativo e inclusive cualquier sistema de enunciados. De esta forma, Nino señala que, independientemente de actitudes valorativas, se pretende que los sistemas normativos sean coherentes, completos, económicos y operativos. Nino (citando a Alf Ross) establece tres tipos de inconsistencias normativas: a) “**total-total**”: cuando los ámbitos de referencia de ambas normas se superponen totalmente, o sea, ambas normativas tienen disposiciones que se contradicen entre sí. Por ejemplo, una norma establece que la importación de tractores debe pagar recargo aduanero y otra que los tractores importados están exentos de pagar recargo aduanero; b) “**total-parcial**”: cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido en la otra, pero esta última norma comprende, además, casos adicionales. Por ejemplo, una norma dispone que la importación de vehículos tendrá un recargo aduanero y la otra exime de tales recargos a los tractores; y c) “**parcial-parcial**”: se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambos tienen ámbitos de referencia autónomos. El ejemplo sería, una norma dispone que los vehículos que se importan están sujetas a recargos aduaneros, otra norma estipula que los instrumentos para la explotación agrícola están exentos de esos recargos; los tractores están en el campo de conflicto entre ambas normas; los autos, solo están comprendidos en la primera norma, en tanto los arados estarían solo en la segunda disposición. Esos problemas de “contradicción normativa”, los resuelve Alf Ross, a través de las reglas o principios de *lex posterior* y *lex specialis*.

En el caso que pretendo desarrollar, dicha inconsistencia la produce el propio sistema probatorio costarricense en materia laboral que, como ya expliqué líneas atrás, ha sufrido una alteración por medio de la promulgación de la reforma procesal laboral que modifica ciertas normas del código laboral de 1943. Esta modificación probatoria que se refleja en Costa Rica es producto de la evolución histórica que produce la carga de la prueba en las distintas ramas del derecho procesal (civil, laboral, familia, etcétera) y que ha sido desarrollada por el autor español Jordi Nieva Fenoll en su artículo “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, que forma parte de la obra conjunta denominada “Contra la carga de la prueba” (2018).

En este texto, el autor indica la dificultad de las que tenemos los juristas al aplicar reformas legislativas o nuevas corrientes doctrinales o jurisprudenciales. En el marco de la carga de la prueba y la necesidad de probar esta influencia dogmática deriva del Derecho Romano como una consecuencia de la “lógica militar de la conquista”.

Debido a esa influencia, el procedimiento se dividía en dos fases: 1) la primera ante un funcionario de autoridad invasora (el pretor) para que escuchando a las partes les asesorara sobre el Derecho aplicable al caso en concreto (fase *in iure*) y la segunda ante un juez o colegio de jueces (*legos*) del lugar (fase *apud iudicem*). Esta fase *in iure* se desarrolló paralelamente en el proceso medieval y, posteriormente, en el *preliminary hearing* del proceso penal estadounidense (Rules 5.1 Federal Rules of Criminal Procedure). En esta primera fase del proceso romano se desplegaba una actividad preparatoria, pero que no tenía trascendencia probatoria, pues se desplazaba la actividad a la segunda fase. Tampoco se consideraba la “carga de la prueba” dado que, desde hacía siglos, se encontraba presente la idea de que “cada cual tenía que probar lo que decía” (tal y como lo establece el actual artículo 477 del Código de Trabajo y el 41.1 del Código Procesal Civil, ambos de la legislación costarricense), lo cual no entraba en las consideraciones que tomaba el pretor.

No obstante, sí se podía practicar un “juramento” en esa fase inicial, lo que conllevaba de por sí un trasfondo de “carga de la prueba”, en la que las partes (voluntariamente u obligadas por el pretor) juraban en torno a la veracidad de sus peticiones. Esto implica un primer intento para resolver el problema probatorio, tratando de evitar el proceso posterior, que como veremos se hará más complejo en el proceso medieval.

Esta forma procesal de producir prueba amplió sus límites en la siguiente etapa del derecho procesal romano a través del denominado “proceso de cognición clásico”. En ese proceso abundan los recuerdos generales de la carga de la prueba antes citada y se empiezan a exigir sistemas “tasados” de prueba documental muchos más precisos para cada pretensión e incluso para cada parte, tal y como se regula en el Codex de Justiniano. Curiosamente, igual sucede en el numeral 25 del Código de Trabajo costarricense, en cuanto establece que la forma “plena” de demostrar el contrato laboral será por escrito y la omisión de esa prueba documental se le imputará siempre al empleador.

Todo esto refleja una tendencia que dejó su huella en el proceso medieval y que trascendió a la actualidad en la forma de entender y de legislar en torno a la carga de la prueba.

De esta forma, se estaban asentando las bases de un sistema de valoración legal o tasado de la prueba. Nieva Fenoll (2018) señala que este sistema legal o tasado constituye una exageración medieval de las normas admonitoras romanas de la valoración, debido al apego del “método escolástico” propio de la época. Es por esto que, en el proceso medieval *ius comune* se establecían plazos -una vez contestada la demanda- para la presentación de documentos que “marcaban las leyes” para cada caso concreto a los fines de disponer de una “plena prueba”. Esto obedecía a que, en el proceso medieval, no se valoraba realmente la prueba, sino que simplemente se apreciaba que los testigos no estuvieran en ninguna de las múltiples causas de “inhabilidad” que existían, para luego determinar (superada la etapa de tacha de testigos) si se cumplía con el número requerido para obtener la “prueba plena”.

Un ejemplo actual de esa inhabilitación para servir como testigo se extrae del numeral 25 párrafo 2º del Código de Trabajo, dado que, en los supuestos de prueba testimonial para acreditar un contrato verbal y, tratándose de testigos de servicios del patrono, se necesita la “concurencia de tres declarantes “conformes de toda conformidad” en los puntos esenciales del pacto.

De esta forma, si no se cumplía con los requisitos de la prueba testimonial se podía fallar el asunto recurriendo a las normas de la carga de la prueba. Se trataba de una suerte de “planificación de la etapa de prueba” y, es que, la carga de la prueba se dirigía a obtener ese objetivo procesal y no a resolver un caso de insuficiencia probatoria. De esta forma, el tema de la carga de la prueba ya venía resuelto al asignar la creación de la prueba “legal” a una de las partes, lo que debió contribuir a la economía procesal.

El hecho de que leyes exigieran pruebas tan precisas como las del numeral 25 en comentario, propias del sistema legal de valoración de prueba, propicia que la decisión de los procesos se simplifique. De dicha manera, se prescinde de la valoración de la prueba (si el demandado empleador no llega a ofrecer el número de testigos preceptuado y cuando estos no cumplan con las calidades referidas para acreditar el contrato verbal laboral, entonces se tiene por no demostrado) optando por un uso inadvertido de la carga de la prueba, pues la falta de los requisitos referidos legalmente conllevaba a no valorar lo declarado por los mismos testigos, por lo que, se elige resolver los casos a través de la carga de la prueba, mutando de un inicial principio gestor del proceso a ser la principal fuente para la construcción del juicio jurisdiccional.

La utilidad de la carga de la prueba es “*saber quién y cómo se deben probar los hechos*”, determinando qué documento o qué número de testigos debían ser aportados y quién debía hacer esa aportación (en nuestro

caso el empleador), complicándose notoriamente los procesos y el “aprendizaje de diversas reglas”, sobre todo cuando las legislaciones posteriores, como la Ley N° 9343, que vino a cambiar la forma numérica de acreditar los hechos en un contrato laboral verbal, pero siempre asignando la carga de la prueba a la parte patronal, tal y como se deriva de los numerales 477 y 478 del mismo cuerpo normativo.

De hecho, la primera aparición auténticamente científica de la carga de la prueba se produce a principios del siglo XIX. Lo anterior, con la ya conocida rúbrica de la carga subjetiva o formal de la prueba: “*quién debe probar o llevar a cabo la prueba*”. En el caso costarricense, el numeral 477 *ibídem*, como regla general, pero con asignaciones de cargas probatorias concretas para la parte empleadora en los “conflictos derivados del contrato de trabajo).

De esta forma, este sistema de carga de la prueba estaba basado realmente en un sistema tasado de prueba o de prueba legal (como la del artículo 25 *ibídem*). Hasta tal punto que se confunde uno con el otro. Incluso, se defiende ese sistema de prueba tasada para luchar contra la arbitrariedad judicial.

Todo este sistema probatorio (artículo 25 C.T.) choca con el sistema de valoración fundada en las reglas de la sana crítica (artículos 481 y 478 de la reforma procesal laboral costarricense), debido a que en estas últimas disposiciones se deja de exigir un número de testigos para probar un hecho, puesto que, a diferencia del numeral 25 no se señala la prueba documental para acreditar aspectos propios de la relación laboral, ni se exige un número de testigos para demostrar aspectos de la contratación verbal laboral y, mucho menos, se le atribuye un valor privilegiado a la confesión (artículo 479, inciso 9), esto contrario al numeral 338 del Código Procesal Civil costarricense derogado que sí establecía esa condición.

Es por esto por lo que, en la reforma procesal laboral, a diferencia del numeral 25 del Código de Trabajo, no se establece el cómo probar determinados hechos, sino que lo que se pretende es la “búsqueda de la verdad material”, es decir, la averiguación del hecho, independientemente de quien aporte la prueba y del medio probatorio ofrecido para demostrar el hecho. En otras palabras, las circunstancias que rodean una relación laboral verbal pueden ser acreditadas mediante cualquier medio de prueba (tal y como lo establece el numeral 25), pero si se ofrece un solo testigo o dos testigos en lugar del número establecido por la norma, no es posible dejar de valorar la prueba por esa omisión numérica. Proceder así desaplicaría las nuevas corrientes que se disponen en materia probatoria que no hacen mención a requisitos numéricos de testigos para acreditar hechos, sino que amplían la admisión de prueba a cualquier medio probatorio (artículos 476, 478 y 481 de la reforma procesal laboral).

De hecho, el numeral 478 C.T parte de la premisa del principio de “facilidad probatoria”, dada la posición que ocupa el empleador en la relación laboral. Nieva Fenoll (20018), al comentar este principio lo denomina una “relajación” de los estrictos criterios de las cargas probatorias en los sistemas de valoración legal o tasada.

Es por esta razón que considero que la problemática subsistente entre el numeral 25 C.T. y los artículos 476, 477, 478 y 481 de la reforma procesal laboral debe ser solventada (a partir de los planteamientos de Nino), con fundamento al planteamiento de la *lex posterior*, para concluir que la prueba testimonial y todo medio de prueba ofrecido para determinar aspectos de un convenio verbal laboral debe de ser admitida y valorada por la persona juzgadora, independientemente que no se cumpla con el número de testigos ni con las características señaladas por el numeral 25 C.T.

IV.- Conclusiones

- 1) Costa Rica ha tenido distinta normativa procesal laboral a lo largo de su evolución histórica, desde los tiempos de colonia.
- 2) Todas estas normativas, hasta llegar a la codificación laboral de 1943, tenía como fuente supletoria a la legislación procesal civil, en materia de cargas probatorias y medios de prueba, salvo ciertas excepciones muy puntuales.
- 3) Dentro de estas excepciones puntuales, se encontraba el numeral 25 del Código de Trabajo de 1943, cuyo texto se basaba en un sistema de prueba tasada, en torno al tema del contrato laboral, cuya obligación procesal de acreditarlo dependía de la parte empleadora, permitiendo la apreciación de la prueba testimonial en un determinado número de testigos (3) que trabajaran para el empleador, siempre y cuando fueran “conformes de toda conformidad” con la versión del empleador.
- 4) La reforma procesal laboral efectuada en Costa Rica, a través de la Ley N° 9343, que entró en vigencia el 25 de julio de 2017, fue una reforma “procesal” que dejó en vigencia 370 artículos del Código de Trabajo de 1943. Entre estos artículos, el numeral 25 reseñado, lo cual genera una antinomia entre los sistemas de prueba tasada que derivan del artículo 25 y los nuevos de la reforma (artículos 477, 478 y 481) fundados en un sistema de valoración cimentado en la sana crítica.
- 5) Dicha antinomia normativa o “defecto lógico del sistema normativo” debe ser subsanado a través de una aplicación del principio de *lex posterior* para resolver que tal sistema de prueba tasado (artículo 25) quedó sin efecto en Costa Rica, a través de la reforma procesal laboral del 25 de julio de 2017, ley 9343.

V.- Bibliografía

- Comisión Especial del Congreso sobre el Proyecto de Código de Trabajo (agosto 1943). *Dictamen del Código de Trabajo*. Imprenta Nacional: San José, Costa Rica.
- Malavassi, G. (1977). *Los principios cristianos de justicia social y la realidad histórica de Costa Rica*. Trejos Hnos. Sucs.: San José, Costa Rica.
- Nieva Fenoll, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debería ser abolida. *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, (1), 129–146. Recuperado de: <https://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/article/view/la-carga-de-la-prueba-una-reliquia-historica-que-debeira-ser-abo>
- Nino, C (1983). *Introducción al análisis del Derecho*. Editorial Planeta S.A.: Barcelona, España.

La prueba indiciaria en materia laboral: aplicación práctica en los procesos judiciales

E. Alejandro Abarca Alfaro⁴

Resumen. En el presente ensayo académico respecto a la prueba indiciaria en los procesos judiciales se aborda un análisis jurisprudencial, doctrinario y de legislación laboral de la aplicación práctica de dicha prueba en los procesos laborales. Se presentan consideraciones sobre la factibilidad de su uso, desde la experiencia y perspectiva como defensor público laboral. Se exponen conclusiones sobre acciones de mejora para una correcta y adecuada aplicabilidad de la prueba indiciaria en materia laboral.

Palabras clave. 1. Prueba indiciaria. 2. Doctrina. 3. Procesos Laborales. 4. Aplicación práctica.

Abstract. This academic paper provides a comprehensive analysis of evidentiary proof in labor proceedings, examining relevant jurisprudence, legal doctrine, and labor legislation. It offers a practical perspective from the standpoint of a public labor defender, discussing the feasibility of using evidentiary proof and proposing recommendations to enhance its correct and appropriate application in labor disputes.

Keywords. 1. Circumstantial evidence. 2. Doctrinal. 3. Labor processes. 4. Practical application.

I. Introducción

Motiva la redacción del presente ensayo, el hecho de estar inmerso en el mundo del Derecho Laboral y sobre todo en la parte procesal laboral y sustantiva. Mis colegas Defensores Públicos Laborales, abogados litigantes y Jueces estarán de acuerdo en que el Derecho Laboral supone una de las áreas más cambiantes en cuanto a normativa, jurisprudencia y doctrina refiere. Al ser el Derecho una ciencia social, sabemos de antemano que no es exacta, sin embargo, el legislador y los operadores del derecho, sean Magistrados, jueces, litigantes y defensores, contribuyen a que esa inexactitud pueda ser complementada con normas, fuentes, principios y jurisprudencia, traídos a la práctica procesal, a fin de dotar de seguridad jurídica a todos los intervinientes.

4 Letrado de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Anteriormente, Defensor Público Laboral.

II. La prueba indiciaria emanada de la jurisprudencia

Respecto a la jurisprudencia como lo bien la define Guillermo Cabanellas de Torres es “la interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce” (2006, p. 221), y es que esa definición es bastante concreta y nos circunscribe a la potestad jurisdiccional del Juez Superior, sea Magistrado o Juez de Tribunal, de resolver en última instancia y hacer un análisis del caso, compararlo con sentencias previas en ese mismo sentido e ir marcando la línea de pensamiento de aquel Tribunal, a esto podría agregar que la jurisprudencia es una construcción no solo del Juez Superior si no conjunta, porque los abogados de las partes son quienes contribuyen a que el Juez pueda aplicar o no una línea de pensamiento previa, basado en las hipótesis y argumentaciones esbozadas en los escritos de casación o apelación según corresponda; teniendo entonces la obligación de crear jurisprudencia no de manera monótona o automática, sino después de validar o rechazar los recursos que conocen, es un ejercicio jurídico necesario para un correcto funcionamiento jurisdiccional y respeto a la doble instancia, además de dotar de herramientas a quienes están a punto de iniciar un proceso judicial o ya se encuentran inmersos en uno de ellos.

Nuestra jurisprudencia respecto a la prueba indiciaria en materia laboral, no es tan basta, existen algunas sentencias de trascendencia tal cual es el caso del voto de la Sala Segunda N° 516-2018, de las 09:55 horas del 18 de junio de 2008, que en lo que interesa señala:

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”. (El resaltado no corresponde al original).

Este voto es bastante interesante, ya que, si bien no es determinante en la forma en que valora la prueba indiciaria, nos da una luz de la forma correcta de traerla a la vida jurídica y hacerla parte del acervo probatorio.

En ese sentido, uno de los últimos votos emitidos por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, específicamente el Voto N.º 02796 – 2022 de las doce horas quince minutos del cinco de octubre de dos mil veintidós, en lo que interesa señala:

V.- SOBRE LA PRUEBA INDICIARIA: ...Es claro que el objeto de la prueba no puede ser cualquier hecho distinto, sino uno que tenga alguna incidencia o relevancia con el hecho a probar, y precisamente para realizar este análisis, se requiere de una inferencia que permita el paso de esos hechos secundarios al hecho principal. En este escenario es donde entran en juego los indicios. El indicio se concibe como una “fuente” que constituye la premisa que permite, mediante un procedimiento inductivo, derivar o concluir, en un cierto grado de probabilidad, la ocurrencia de un hecho desconocido. El procesalista italiano ya citado, sistematizando una de las acepciones del término “indicio”, apunta que es “cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar” (ibidem, p. 480). Decíamos que el indicio así entendido, constituye una premisa dentro del razonamiento que se requiere para derivar un hecho desconocido, pero en este estadio se requiere de una premisa mayor que fundamente la derivación lógica; la cual se ha determinado mediante una máxima de experiencia. Estas, según la reconocida y clásica definición de Friedrich Stein se entienden como: “(...) juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. ((1973). El Conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. (De la Oliva, tr.). Pamplona, España: Universidad de Navarra, p. 27). Hay que considerar que no se trata de unas simples declaraciones sobre acontecimientos ni juicios subjetivos sobre casos concretos, sino generalizaciones elaboradas, con base en conocimiento sistematizado, como las reglas de la experiencia técnica de una determinada profesión, oficio, o de una determinada ciencia; o también en un contexto de conocimiento más informal producto de la experiencia colectiva, de prácticas o costumbres generalizadas en un ámbito de la realidad. Para que se tenga una regla de experiencia con vigencia general, esta debe ser el producto de un proceso inductivo en el cual se ha observado que una gran cantidad de fenómenos singulares, ante supuestos específicos, se comportan siempre o casi siempre de forma idéntica o similar; de tal manera que su estructuración sería la siguiente: “Si x, entonces probable y” (González-Lagier, D. (2005). Quaestio facti. (Ensayos sobre prueba, causalidad

y acción). Lima: Perú: Palestra, p. 62). No sobra indicar que la pluralidad de indicios es una característica deseable para la demostración de un hecho mediante este procedimiento, pues no cabe duda que varios indicios que apoyan una hipótesis, la hacen más probable. Así las cosas, en procesos como en el que nos encontramos, se debe tener claro que el nivel de exigencia probatoria que se requiere a cada parte es claramente diferenciado, de ahí que, la valoración de la prueba debe mostrar dicha distinción, según la decisión que se adopte”.

Este voto precisa de un análisis más pormenorizado de la prueba indiciaria y su incidencia dentro de los procesos laborales, en este caso en concreto, se analiza un despido discriminatorio del trabajador por ser parte de un sindicato en formación, al no existir una prueba directa y plena, se plantea una teoría del caso, sustentada en diversas pruebas indiciarias, también conocida como prueba indirecta, en razón de ello el alto Tribunal acoge la tesis de la parte actora y anula la sentencia de primera instancia. Pero más allá del fondo que resuelve, resulta relevante la explicación detallada que brinda de la prueba indiciaria y su vital importancia en los procesos laborales, donde en muchos de los casos se dan en condiciones informales sin prueba documental de por medio, por lo que los trabajadores recurren en la mayoría de los casos a pruebas circunstanciales e indiciarias para probar su dicho.

Desde el punto de vista de la enseñanza y aprendizaje del derecho, es la jurisprudencia el principal aliado, ya que, es a través de ella, que podemos entender cuál es el comportamiento actual del derecho, ya que, como mencioné antes, no es estático, y perfectamente puede variar en un período de tiempo bastante corto.

2. La prueba indiciaria en materia laboral en la doctrina nacional e internacional

Ahora bien, existe en todo este tema de la jurisprudencia y la prueba como tal en los procesos laborales, un vacío en cuanto al uso y aplicación de la prueba indiciaria, misma que es más comúnmente utilizada en los procesos penales, así desarrollada por diferentes juristas, tal es el caso de la Dra. Raquel Contreras López, define la prueba indiciaria como:

Se puede concluir que la prueba por indicios, desde el ámbito de la teoría general de la prueba, es el medio probatorio, de naturaleza indirecta, atípica, fragmentaria, de carácter artificial o lógica, y de segundo grado, que permite a quien realiza el proceso lógico (inductivo-deductivo, y demás méto-

dos de investigación) de obtener de un hecho comprobado, un hecho conocido pero no comprobado, la certeza sobre la existencia o inexistencia de ese hecho conocido, que viene a ser precisamente el resultado de la prueba. (2015, p. 63).

Una definición por sí misma interesante, como todo lo que rodea este tema, ya que del exégesis de lo anterior, se puede decir con meridiana claridad que la prueba indiciaria reviste de vital importancia en temas probatorios, y si bien puede considerarse prueba indirecta, no por ello carece de relevancia a la hora de petitionar derechos o defenderlos, y puede ser parte esencial de la teoría del caso planteada o bien la estrategia de defensa, ya que como veremos, procesalmente esta prueba busca darle validez a hechos o pruebas que han surgido a la luz como consecuencia de otros hechos o de otras pruebas, y ahí radica la *expertiz* del operador del derecho en sacar provecho de esta situación.

De manera doctrinal en nuestro país no existe un ahondamiento profundo en este tema, no obstante, podemos encontrar una concepción bastante clara y concreta de lo que es un “indicio” en el libro *“La Prueba en materia laboral”* del Magistrado Jorge Olaso Álvarez, quien la define como: “El indicio es un hecho conocido, a partir del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene” (2009, p. 176). Nos da una guía don Jorge en su obra, respecto a esa prueba indirecta que es la indiciaria, porque como lo mencioné, no es una prueba que se sustenta por sí sola, si no que requiere de una prueba concreta existente, para que, a través de la hermenéutica, del raciocinio, de la lógica jurídica, podamos convertirla en una herramienta de defensa cualesquiera que sean nuestros intereses.

Ahora bien, es necesario hacerse el cuestionamiento ¿qué importancia tiene la prueba indiciaria en los procesos laborales?, la respuesta puede ser amplia, dependiendo de la óptica de la que se analice, no obstante, a criterio del suscrito, reviste de vital importancia esta prueba en el entendido, de que hay un gran porcentaje de relaciones laborales que se desenvuelven en la informalidad, donde no hay contrato escrito de trabajo, se carece de seguridad social, no hay comprobante de pago, y en general, se adolece de prueba documental, incluso muchos de estos casos ni siquiera existen testigos oculares que puedan demostrar la existencia de esa relación laboral, es ahí donde los indicios, la prueba indirecta, el poder establecer una teoría del caso sustentada en elementos que puedan inducir al Juez a una decisión justa respecto a lo que realmente ocurrió en la práctica, es fundamental, ya que, - es casi una regla general-, si el trabajador no cumple con su obligación de demostrar o al menos hacer ver al Juez la existencia de una relación laboral, perderá el caso con la consecuencia adicional de que muy probablemente será condenado en costas.

Nuestro Código de Trabajo establece además en su artículo 15, que ante cualquier duda en la aplicación de dicho cuerpo normativo, se resolverán atendiendo los principios generales del Derecho Laboral, la equidad, la costumbre o el uso locales, es así, como podemos además hacer uso de la propia legislación para introducir la prueba indiciaria como un argumento probatorio en el proceso, respecto a este tema, el Dr. Wilfredo Sanguinetti Raymond, en su artículo “La presunción de laborabilidad”, lo ha desarrollado de la siguiente manera:

La inclusión de mecanismos dirigidos a asegurar la aplicación efectiva de las normas laborales ha corrido paralela a la afirmación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. Expresión de este afán garantista han sido la atribución de carácter imperativo e irrenunciable a los derechos reconocidos a los trabajadores por las normas laborales, que permite negar validez a los acuerdos suscritos con propósito defraudatorio, aún cuando éstos cuenten con su consentimiento; y la afirmación de la prevalencia, a la hora de determinar la existencia de un contrato de trabajo, de la concurrencia en los hechos de sus presupuestos sustantivos sobre la aparente suscripción de un contrato de naturaleza civil o mercantil. (2007, p. 326).

Lo particular de esto, es la frase final, donde habla el autor, de *presupuestos sustantivos*, ahí introduce la importancia de tener un respaldo en el derecho positivo o en principios generales, para que ese indicio podamos adecuarlo al caso, con base en el derecho sustantivo existente, en aplicación como mencioné del artículo 15 del Código de Trabajo.

En el caso que se expone en dicho artículo, habla de algo muy común en nuestro país, sea el de disfrazar una relación laboral por medio de un contrato por servicios profesionales o civil mercantil, en estos casos, según mi experiencia, el acudir a prueba indiciaria o circunstancial, es fundamental a lo hora de plantear el proceso judicial, más aun tomando en consideración la carga probatoria que tiene el trabajador de demostrar la existencia de la relación laboral según lo indica el párrafo primero del artículo 478 del Código de Trabajo.

Esta defensa del hipotético caso, se hace teniendo en contra un supuesto *documento legal*, -sea el contrato de servicios profesionales o civil mercantil-, que el patrono va a utilizar como respaldo y como estrategia de defensa en el proceso judicial, el trabajador va a tener que traer al proceso todo tipo de prueba, sobretodo, indiciaria y testimonial, para cumplir con esa obligación procesal de demostrar la relación laboral, y analizando lo que el Código de Trabajo establece en su artículo 18, respecto a la presunción de existencia de

un contrato de trabajo cuando un trabajador presta un servicio y una persona los recibe, siempre y cuando subsistan los elementos de remuneración y subordinación, la prueba indiciaria debe centrarse en buscar elementos que traigan a la realidad probatoria esa relación laboral, sean correos, órdenes por redes sociales (Whatsapp, Facebook, Instagram), uso de uniformes o logos de la empresa, imposición de horarios, estar sujeto a régimen disciplinario, entre otros.

En estos casos, el patrono está abiertamente dispuesto a disfrazar la relación laboral, por lo que no va a ser fácil encontrar prueba directa que evidencie la relación laboral, es por ello que es muy importante también que el trabajador pueda detectar eso e ir durante la relación laboral generando prueba, al menos indirecta o indiciaria.

La prueba indiciaria en la Reforma Procesal Laboral

En ese sentido, la Ley 9343 Reforma Procesal Laboral, si bien no reguló de forma expresa y explícita la Prueba Indiciaria, si otorgó mayores posibilidades de hacerla llegar dentro del acervo probatorio, infiriendo su potestad aplicativa a través de lo que se denomina la “carga probatoria”, regulada en los artículos 477, 478 y 479 del Código de Trabajo. Lo anterior, en el sentido, de que los hechos impositivos corresponden demostrarlos a la parte que lo alega, estamos claros que supone una obligación de quien la ofrece de poder demostrar su dicho a través de la prueba indiciaria.

En este punto se debe analizar no solo desde la óptica de la parte trabajadora sino también de la parte patronal o empleadora, dado que es completamente posible para este, hacer uso de dicho mecanismo probatorio, por ejemplo para temas donde no tenga la obligación estricta de llevar un control escrito, a modo de ejemplo, cuando se trate de una falta disciplinaria en cuyo caso no hay testigos, ni un archivo de audio o video, que pueda demostrar la comisión de la falta, pero hay elementos en la conducta del trabajador que suponen una actitud que va en contra de lo que el contrato de trabajo --escrito o verbal-- le obliga, como el no poder justificar la diferencia en el kilometraje de un vehículo de la empresa usado por un agente de ventas, cuyas rutas están claramente establecidas y medidas, y existe un exceso de kilómetros en la ruta de ese día, sin que mediare justificación propia del trabajador o por temas ajenos a él, tal es cierre de vía por mantenimiento, manifestación ciudadana, entre otros, por lo que de forma indirecta el patrono puede suponer que el trabajador utilizó el vehículo de la empresa para asuntos personales, y aquí es más interesante el asunto, ya que podríamos pensar que aplicaría el *in dubio pro operario*.

Empero, desde el punto de vista disciplinario si el patrono logra establecer ese indicio como argumento válido para sostener y justificar una sanción (amonestación verbal o escrita por ejemplo), sería completamente válido, dado que, el trabajador también sabe y conoce la obligación de cumplir con las obligaciones que le son impuestas, y además el deber que tiene de hacer un uso correcto de las herramientas que le han sido asignadas por su patrono.

De ahí la importancia de hacer uso de las herramientas que la propia legislación otorga, además la misma Reforma Procesal Laboral, en el artículo 428 del Código de Trabajo, da la oportunidad de aplicar de manera supletoria, el Código Procesal Civil, y en esta norma en el artículo 41.2.7, encontramos la posibilidad de utilizar como prueba “*cualquier otro no prohibido*”, que de igual forma, puede ser una forma de que las partes puedan introducir la prueba indiciaria como elemento probatorio de acción o defensa en el proceso.

II. Conclusiones

1. La prueba indiciaria merece más amplitud doctrinaria en materia laboral, si bien existe, esta es insuficiente para desarrollar un tema que puede ser vital para salir victorioso en un proceso judicial.
2. En Costa Rica la prueba indiciaria en materia laboral tiene una baja incidencia de aplicabilidad en los procesos judiciales, de ahí que haya escasa jurisprudencia al respecto.
3. Si bien la Reforma Procesal Laboral introdujo la posibilidad de utilizar la prueba indiciaria de forma analógica, sería bueno se tipifique específicamente en el Código de Trabajo y, con ello, se establezcan reglas claras para su aplicación procesal.

III. Recomendación

A nivel Académico, urge también a todos los docentes universitarios, inculcar a los estudiantes de la carrera de Derecho, un desarrollo adecuado de la prueba indiciaria en materia laboral, para una correcta aplicabilidad procesal.

IV. Bibliografía

- Artavia Barrantes, Sergio, Código Procesal Civil de Costa Rica, IJSA, 2016.
- Cabanellas de Torres Guillermo. Diccionario jurídico elemental- 18-a. de. - Buenos Aires – Heliasta, 2006.
- Contreras López, Raquel, Homenaje al Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, México, primera edición 2015.
- Corea Badilla, Roberto, Código de Trabajo de Costa Rica, Lara Segura y Asociados, 2019.
- Olasso Álvarez, Jorge. La Prueba en materia laboral, primera edición San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009.
- Raymond, W. S. (2007). La Presunción de Laborabilidad. Revista Oficial del Poder Judicial de Perú N° 1.
- Voto de la Sala Segunda número 2796, de las 12:15 horas del 05 de octubre de 2022.
- Voto de la Sala Segunda número 516, de las 09:55 horas del 18 de junio de 2008.

Criterios de deslinde entre las competencias laboral y contenciosa-administrativa en el empleo público

Sergio Navarro Cerdas⁵

Resumen. En el presente trabajo se exponen los criterios de deslinde de la competencia entre la jurisdicción laboral y la contenciosa administrativa sobre el empleo público. Se indica que, tanto la Sala Constitucional como la Sala Primera, intentaron establecer dos criterios para establecer dicho deslinde, a saber: régimen jurídico aplicable y el contenido material o sustancial de la pretensión. Se presenta que, en última instancia, los jueces y juezas laborales son las personas llamadas a conocer los conflictos en donde el trabajo subordinado se encuentre presente y en estricto apego a los principios laborales y de empleo público.

Palabras claves. Empleo público, competencia, jurisdicción, criterios de deslinde, pretensión material, régimen jurídico aplicable.

Abstract: This paper analyzes the criteria used to demarcate the jurisdictional boundaries between labor courts and administrative courts in matters of public employment. The Constitutional Court and the First Chamber have advanced two primary criteria: the governing legal regime and the substantive nature of the dispute. Nevertheless, the ultimate determination often rests with labor judges, who are uniquely equipped to resolve conflicts involving subordinate work, ensuring compliance with both labor law and the specialized principles of public employment

Keywords: Public employment, competence, Jurisdiction, jurisdictional boundaries, Substantive claim, applicable legal regime.

I. Introducción

Los problemas sobre empleo público a lo largo de la historia costarricense han ido y venido de entre las personas juzgadoras laborales y contenciosas administrativas. En algunas épocas se le entregaba la competencia a las y los jueces laborales y en otras a los y las juezas contenciosas administrativas dependiendo de la promulgación de nuevas leyes, anulación de leyes por inconstitucionalidad o por necesidades administra-

5 Defensor Público Laboral.

tivos del Poder Judicial. Los criterios que fundamentan dicho vaivén no han sido claros e incluso han sido hasta contradictorios. Este trabajo de investigación pretende en primer lugar establecer la diferencia entre jurisdicción y competencia, así como seguir los distintos rumbos de la competencia en el empleo público y, por último, determinar los criterios de deslinde.

El estado de la cuestión podemos considerarlo aún indeterminado, en el tanto no existen criterios aceptados intersubjetivamente para delimitar la competencia entre jueces y juezas contenciosas administrativas y laborales para el conocimiento del empleo público, lo cual hace que dependiendo de múltiples factores unas veces si y otras no se entregue la competencia a unos u otros.

II. Empleo Público y la jurisdicción.

Se inicia la presente investigación estudiando algunos conceptos, con el fin de tener una base conceptual para el análisis del tema principal, el cual es la jurisdicción y el empleo público.

1. Trabajo subordinado.

En primer lugar, debemos estudiar el concepto de trabajo y empleo público.

1.1. El trabajo.

Nos dice García Ortega (1990) que trabajo es la “actividad del hombre ordenada a la producción de una obra útil” (p. 11). Por su parte, Pérez (2002) nos indica que el trabajo “es cualquier esfuerzo habitual del ser humano ordenado a un fin” (p. 71). El trabajo es todo esfuerzo psicofísico que tiende a satisfacer las necesidades fisiológicas y psíquicas de la persona, para ellos modifica los bienes naturales en su provecho y fines propios y que con el transcurso del tiempo va desgastando el cuerpo humano.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto de trabajo por lo que hay que recurrir a conceptos metajurídicos. El Código de Trabajo únicamente enumera sus características y la Constitución Política de la República en Costa Rica (artículo 56) ordena que el trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. Sin embargo, no todo trabajo interesa al Derecho de Trabajo; el que interesa es el trabajo necesario para satisfacer aquellas necesidades básicas por cuenta ajena, dependiente, subordinado y remunerado (Diéguez y Cabeza, p. 25).

Cuando se indica que es para satisfacer las necesidades básicas o primarias de la persona se excluye del Derecho del Trabajo actividades de ocio y lúdicas, además se excluye el trabajo por cuenta propia en el tanto ese trabajo es un empresa propia que lo regula el Derecho del Comercio, también se excluye el trabajo independiente ya que no tiene un mandante o jefe, lo mismo pasa con el trabajo no subordinado ya que es la misma persona quien organiza su trabajo siendo entonces un profesional y, por último, se excluye del Derecho del Trabajo aquella actividad en la cual no se recibe una remuneración a cambio dado que sería gratuito o donación.

1.2. Empleo público.

Empleo público es el trabajo que realiza un trabajador de la administración pública (llamado funcionario o servidor público) en ejercicio de la función pública y “en virtud del nombramiento que le fue expedido por autoridad o funcionario competente” (artículo 682 del Código de Trabajo). De esta forma participa de las características del trabajo que interesa al Derecho del Trabajo. Su labor es necesaria para satisfacer las necesidades de la administración; asimismo, es por cuenta ajena, dependiente, subordinada y remunerada. Como se puede ver hasta acá, no hay ninguna diferencia entre un trabajador de la administración pública y uno que no lo es, lo cual no significa que se diferencien en algunos aspectos según la especialidad de la función pública.

Para Gutiérrez Porras el hecho de que exista una diferenciación entre el Derecho del trabajo y el Derecho estatutario de empleo público se debe a la “delicada tarea del Estado para satisfacer las necesidades primordiales de la colectividad, en los diferentes campos de la vida humana” (p. 83). Para esta autora la diferenciación entre el régimen jurídico que regula el trabajo de estas personas radica en la función del Estado. La función pública es la satisfacción de las necesidades del interés general por parte de la administración

pública (Palomar Olmeda, 1997, p. 15 y 16). El trabajador aparte de dirigir sus objetivos a satisfacer sus necesidades propias también debe dirigir sus objetivos a satisfacer las necesidades colectivas como servidor para el Estado.

El artículo 2 del Código del Trabajo indica: “Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escritos, individual o colectivo”. Entonces la Administración Pública jurídicamente es un patrono igual que un patrono físico. El trabajador del Estado, como cualquier otro trabajador, debe cooperar y ayudar con la realización de los fines de su patrono.

Así, ¿en qué podría radicar la diferencia entre del régimen jurídico aplicable al trabajador de la Administración Pública y el del trabajador no funcionario? En mi criterio la diferencia radica en la calidad del empleador, la Administración Pública.

Para Fournier Facio (2019) “a legislación laboral debe ser aplicado a todo trabajador, pero dependiendo de la naturaleza del centro de trabajo o del patrono, se aplica tan sólo el Código (y sus leyes conexas), o bien el Estatuto del Servicio Civil (y sus leyes conexas)” (p. 7).

El régimen jurídico del empleo público en Costa Rica ciertamente es especial, se rige por normas y principios de Derecho público, distintos (y hasta contrapuestos del Derecho privado), y ello es así en virtud de lo establecido por nuestro Constituyente en los artículos 191 y 192. (Hernández Rodríguez, p. 158).

Para el cumplimiento de sus fines, el Estado le exige; en su relación de empleo (acción de personal); al trabajador (aparte de las características ya) la idoneidad, probidad, eficiencia y estabilidad. Sin embargo, estas cualidades también se presentan en los contratos privados: En el artículo del Código de Trabajo 18 se establece las características de dependencia, ajenidad, subordinación y remuneración, en artículo 20 se exige idoneidad, en el artículo 71 inciso b) se exige la eficiencia, en el artículo 71 incisos c), d) y g) se exige probidad y en el artículo 26 se garantiza la estabilidad, pero relativa (que no es contrapuesta a la estabilidad absoluta).

Entonces, se concluye que no existe diferencia entre el trabajo que hace un trabajador público y uno privado como, tampoco, existe una diferencia entre las cualidades que se le exige su patrono para satisfacer sus fines. La diferencia radica en que el patrono es la administración pública y tiene como fin el satisfacer las necesidades colectivas: su “delicado fin”.

Existe una preocupación sobre los principios aplicables a la hora de analizar los problemas de empleo público, ya sea, por jueces o juezas laborales o contenciosas-administrativas, por tener principios distintos y “hasta contrapuestos” (Hernández Rodríguez, p. 156, y Cubero y Vega, p. 346.). Es una preocupación infundada, en el tanto, con suficiente capacitación el juez o jueza laboral puede aplicar la ley correctamente según sean principios y normas administrativas o laborales (principio de legalidad, de probidad, de responsabilidad, de eficiencia y eficacia, de equilibrio financiero, principio de solidaridad, debido proceso, principio pro operario, principio de la realidad, etc.).

2. Jurisdicción y competencia.

En segundo lugar, también debemos estudiar el concepto de jurisdicción y el de competencia.

2.1. Jurisdicción.

Para Arguedas Salazar la jurisdicción “es la decisión de pretensiones” y la jurisdicción es “una” (p. 16 y ss). Por su parte, nos dice Ferreyra de la Rúa y otros (2009), que la jurisdicción es el “poder o facultad conferido a ciertos órganos para administrar justicia” (p. 151).

2.2. Competencia.

La competencia es distinta a la jurisdicción, aunque se complementan. Cabanellas nos dice que “la competencia es la facultad que tienen los jueces que poseen para conocer de ciertos pleitos o causas en atención a la naturaleza de éstos, a su cuantía o al lugar” (p. 830). Para Sáenz Elizondo (1991) “la competencia vendría a permitir la individualización de la jurisdicción en cabeza de un sujeto que la posee” (p. 64 y 65).

2.3. Relaciones.

La discusión sobre la jurisdicción y competencia es: si el juez sin competencia tiene jurisdicción. Don Walter Antillón nos dice que:

[E]s incorrecto afirmar que “en general” puede haber jueces sin competencia, pero con jurisdicción; porque ésta sólo es concebible en el juez competente. El juez que, frente al caso concreto, no es competente, no tiene tampoco jurisdicción: es, frente a dicho caso, un ciudadano como cualquiera (p. 221). (...) entonces la jurisdicción puede ser correctamente definida como el poder del juez competente para conocer y resolver un caso concreto, aplicando las normas del ordenamiento jurídico vigente; y la competencia puede ser definida como la legitimación jurídica que posee la persona-juez para ejercitar dicho poder. (Pp. 221-224).

Entre personas jueces y juezas existen conflictos de competencia cuando no se ponen de acuerdo sobre cuál de ellas deben conocer un caso no prorrogable (la prórroga la realiza alguna de las partes procesales). Para Martín Rodríguez y Megido Fernández estos “se producen entre órganos de distinto orden jurisdiccional que entran en conflicto entorno a la competencia para conocer de un determinado litigio” (p. 43).

Los tipos de competencia objetiva son: por materia, por territorialidad, por cuantía y la funcional. Para este trabajo nos interesa el criterio por materia., que Artavia la describe como “la competencia por materia atribuye a cada tribunal distintas ramas del derecho sustantivo” (p. 242). Lo importante es determinar qué órganos jurisdiccionales especializados en una rama del derecho deben dilucidar los conflictos suscitados en el empleo público.

Como conclusiones de lo anterior, se entiende que no hay ninguna diferencia entre el trabajo de un trabajador público y un trabajador no público, en cuanto al trabajo subordinado y por cuenta ajena que le interesa al derecho. La diferencia que existe es la calidad del patrono, uno es la Administración y otro es el patrono privado, cuyos fines ulteriores como entes patronales son, para uno, el bien común y el lucro, para los segundos. Por último, la competencia es la legitimación que da el derecho a un juez o jueza para que ejerza el poder (jurisdicción) de resolver conflictos jurídicos.

III. Criterios de deslinde en la competencia del empleo público.

En este capítulo vamos a profundizar sobre la normativa y los criterios de deslinde entre la competencia laboral y la competencia contenciosa administrativa para el empleo público. El artículo 49 de la Constitución Política indica: “Establécese la jurisdicción contenciosa-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público”. Este párrafo se refiere a los criterios objetivos de tutela judicial.

Para Jinesta Lobo dicho artículo resalta la relevancia de las jurisdicciones constitucional y contenciosa-administrativa frente a la arbitrariedad de los poderes públicos (p. 93). Además, indica que el concepto de “función administrativa” no permite hacer distinciones o excepciones. Con ello, se consagra una jurisdicción plenaria y universal no dejando por fuera del control contencioso administrativo ninguna función pública (p. 93). Según dicho autor “[l]o determinante es que se haya ejercido la función administrativa para que la jurisdicción contenciosa-administrativa tenga competencia suficiente” (p. 94). Esta posición se muestra intransigente, en el tanto, no acepta que el trabajo asalariado de un empleado público sea conocido por los jueces especialistas en el derecho del trabajo, aunque hay excepciones como veremos.

1. Normativa aplicable y los criterios doctrinales y jurisprudenciales.

Antes del voto 9928-2010 de la Sala Constitucional, el empleo público era materia conocida por la jurisdicción del trabajo por orden de los artículos 3 inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo de 2006 y 4 inciso a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1966.

El artículo 3 inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo indicaba que: “la jurisdicción Contenciosa-Administrativa y Civil de Hacienda no conocerá de las pretensiones siguientes: / Las relacionadas con la conducta de la Administración Pública en materia de relaciones de empleo público, las cuales serán de conocimiento de la jurisdicción laboral.” Por su parte, el artículo 4 inciso a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa indicaba que no era competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa las cuestiones que “correspondan a la jurisdicción de trabajo”. Este artículo no ha sido declarado inconstitucional, solamente la interpretación jurisprudencial realizada en su momento por la Sala Primera (ver Por tanto del voto N° 2010-00928 del 09 de junio de 2010 de la Sala Constitucional). En

el Código de Trabajo anterior no existía ninguna distinción y, por tanto, el órgano jurisdiccional de trabajo conocía del empleo público (artículo 402 inciso a).

Como se puede entender de esas normativas, el empleo público era de conocimiento de la competencia de trabajo. No cabía ninguna otra posibilidad.

1.2. Posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

1.2.1. Criterios doctrinales.

Para Sempere “con carácter general, la revisión de los actos administrativos sometidos al Derecho Administrativo en materia laboral corresponde al orden contencioso administrativo” (p. 970). Por su parte, para Ortíz Ortíz “[l]a jurisdicción laboral nunca debe tener competencia para conocer de los conflictos surgidos con motivo de la aplicación del Estatuto, en razón de la índole enteramente administrativa de la materia de que se trata” (p. 73).

1.2.2. Criterios jurisprudenciales.

El voto 9928-2010 de la Sala Constitucional establece que:

[L]a pretensión material de garantizar la legalidad de la función administrativa, impugnando cualquiera de sus manifestaciones específicas, debe residenciarse, exclusivamente, ante la jurisdicción contenciosa-administrativas...cuando un justiciable deduce una pretensión para cuestionar la invalidez o disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico-administrativo de una conducta administrativa o cualquier manifestación singular de la función administrativa (omisión formal o material, actividad formal o actuación material o relación jurídico-administrativa), debe conocerla y resolverla, indefectiblemente, la jurisdicción contenciosa-administrativa”.

Este voto de la Sala Constitucional vino a cambiar criterio sobre el tema. Anteriormente, el mismo Tribunal Constitucional había indicado al respecto en el voto 14999-2007 de las quince horas seis minutos del diecisiete de octubre de dos mil siete:

[L]a Sala ha mantenido una línea jurisprudencial unánime, al considerar, que tanto el juez laboral como el juez agrario pueden anular actos administrativos y ha resuelto, concretamente, que no es contrario al artículo 49 de la Constitución Política la competencia material atribuida a la Jurisdicción Laboral para la anulación de un acto administrativo de despido de un funcionario o funcionaria públicos (v. sentencias número 3905-94 y 5686-95) y, en forma congruente, que la competencia asignada por el artículo 49 de la Constitución a la jurisdicción contencioso administrativa puede ser delegada por la ley en otros tribunales de competencia material distinta, como es el caso de la jurisdicción de Trabajo, que también es una jurisdicción creada por la Constitución.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, quien es la que tiene la competencia para dirimir en última instancia los conflictos de competencia en el empleo público (artículo 54 inciso 9) de la Ley Orgánica del Poder Judicial), establecía lo siguiente:

En el fondo de la discusión hay una relación subyacente de esa naturaleza dado que las pretensiones de la parte actora son consecuencia de la relación laboral que mantuvo con la demandada, ya esta Sala mediante resolución número 607-C-01 de las 10 horas 09 minutos del 10 de agosto del 2001, resolvió que las controversias que se presenten entre las jurisdicción contencioso administrativa y la laboral, que se generen en las relaciones de empleo público, son de índole netamente laboral. (Resolución N° 00082 – 2004 del 11 de febrero del 2004)

2. Criterios actuales de deslinde y los fueros laborales.

Vamos a conocer las diversas posiciones actuales sobre la limitación de la competencia material del empleo público.

2.1. Criterios establecidos por la Sala Constitucional y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia

En el ya citado voto 9928-2010 de la Sala Constitucional se establecieron dos criterios para el deslinde: 1. El contenido material o sustancial de la pretensión y 2. El régimen jurídico aplicable. Así:

En efecto, tal y como se señaló, habrá pretensiones que, por su carácter material o sustancial y el régimen Jurídico aplicable, aunque deducidas en el contexto de una relación de empleo público, deben ser conocidas y resueltas, por imperativo constitucional (artículo 49 de la Constitución), por la Jurisdicción contencioso-administrativa, esto es todas aquellas en las que un funcionario o servidor público cuestione la conformidad sustancial o validez de cualquier manifestación específica de la función administrativa o conducta administrativa con el ordenamiento Jurídico-administrativo.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en el voto 306-2014 de las ocho horas cuarenta y ocho minutos del trece de marzo de dos mil catorce establece, para el desarrollo de la resolución 9928-2010 de la Sala Constitucional, en extenso:

La sentencia constitucional afinca la definición concreta de los conflictos jurisdiccionales de empleo público en dos ejes fundamentales: 1) el régimen jurídico aplicable a dicha relación, de modo que para un primer acercamiento a la jurisdicción contencioso administrativa es imprescindible la existencia previa (a modo de presupuesto o sustrato) de una relación jurídico administrativa, representada en este caso, por aquella que nace del empleo público. Dicho de otro modo, la existencia de una relación jurídico administrativa, valga decir, de empleo regido por el derecho público, se constituye en presupuesto imprescindible para atribuir la competencia del asunto al Contencioso Administrativo. Si la naturaleza de dicha relación no es tal (administrativa), o el empleado de referencia, no participa de las condiciones funcionariales (por su condición, su función o su incidencia en la gestión pública), el asunto habrá de ser conocido por la jurisdicción laboral. 2) Una vez superado el primer requisito, se erige un segundo, que con mayor precisión define la vía jurisdiccional encargada de conocer el conflicto planteado. Se trata del contenido material de la pretensión. Será éste, el que a modo de brújula, defina el norte que deba seguir el proceso para efectos competenciales. Bajo esta perspectiva, se puede señalar como regla general primaria que, todo conflicto de la Administración Pública en el que se ventile o discuta sobre una conducta administrativa derivada de una relación de empleo público (y por ende, de relación jurídico administrativa vinculada con la gestión pública), ha de ser

conocida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No obstante lo anterior, de la misma resolución de cita se obtiene que, si la pretensión no está dirigida al cuestionamiento o impugnación directa de dicha relación jurídica o de alguna de sus manifestaciones en ejercicio de poder público, el asunto debe residenciarse en la jurisdicción laboral. De esta forma, las pretensiones relativas a la seguridad social, pese a la base jurídica subyacente que pueda existir, han de ser conocidas por la Jurisdicción de Trabajo. Así lo serán por ejemplo los aspectos relativos a las jubilaciones o los riesgos laborales. De igual forma, serán del conocimiento del ámbito laboral, los diferentes aspectos patrimoniales o económicos cuando constituyan la exclusiva pretensión derivada de la relación de empleo público preexistente. Esto permite afirmar que, lo relativo al aguinaldo, cesantía, preaviso y vacaciones como pretensión exclusiva, deberán seguir el camino de la Jurisdicción Laboral. Lo mismo ocurre con los aspectos relativos a anualidades, reconocimiento de carrera profesional, dedicación exclusiva, zonaje, prohibición, o cualquier otro sobresueldo. A este grupo debe añadirse un tercero, en este caso relacionado con el derecho laboral colectivo, y que a modo de ejemplo está representado por los conflictos surgidos del derecho de huelga, de paro, o bien, los conflictos de carácter económico social.

El Tribunal Contencioso Administrativo (voto 214-2018) concreta:

Se evidencia que resultan admisibles en la jurisdicción contencioso administrativa pretensiones anulatorias relacionadas con el empleo público, así como cualquiera en donde se ejerzan las pretensiones señaladas ut supra y establecidas en el Código Procesal Contencioso Administrativo. Sólo podrán ser competencia de la jurisdicción laboral, al tenor del indicado voto, aquellas pretensiones laborales “puras”, es decir, “... la procedencia o no y el cálculo para el pago del aguinaldo, vacaciones, preaviso y auxilio de cesantía, lo concerniente al reconocimiento de una jubilación o pensión o los riesgos profesionales, las controversias que se susciten en el ámbito del Derecho laboral individual y colectivo (v. gr. conflictos de carácter económico-social), de todo lo relativo al ejercicio del derecho a la huelga o el paro, etc. *Por otro lado*, en sesión n° 23-09 celebrada el 22 de junio de 2009, artículo XIX, la Corte Plena, dispuso la especialización de la materia de Seguridad Social, creando una sección especializada del Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José, ubicándola en el Primer Circuito Judicial de San José, señalando en cuanto a su competencia: “... *En cuanto a su competencia material, atenderá los siguientes asuntos denominados como de seguridad social: Ordinarios de Pensión, en todas sus modalidades incluida la solicitud de ajuste, Riesgos Laborales, Conmutación de Renta. El Juzgado atenderá todos los asuntos nuevos de este tipo de proceso además del circulante pendiente en estos procesos, incluidas las ejecuciones de sentencias (...)*”. Esa

asignación competencial se estableció bajo patrones generales, los cuales la jurisdicción labora ha venido afinando. Producto de ese ejercicio la sección especializada en Seguridad Social del Juzgado de Trabajo citado, formula la presente reconsideración de la residencia competencial establecida en autos. En ese sentido, la jurisdicción de Trabajo ha señalado que la atribución de la competencia específica de los riesgos laborales en la seguridad social, busca, prevenir y remediar los siniestros que afecten al trabajador afectado por un riesgo laboral, como aspecto sumario; no obstante se ha hilado con mayor precisión los criterios competenciales del Juzgado de Trabajo y de la sección especializada en Seguridad Social, con base en la petitoria de la demanda.

Entonces, desde 1966 y hasta el año 2010, la jurisdicción laboral conocía de los conflictos del empleo público sin ningún problema. Una parte de la doctrina no veía problema en que los y las juezas laborales pudieran conocer cualquier conflicto de empleo público. Sin embargo, otra parte de la doctrina, enfáticamente negaba la posibilidad de que las y los jueces laborales conocieran de dichos conflictos. Esta posición intransigente tuvo eco en la Sala Constitucional que, a la postre, declaró inconstitucional el artículo que daba la competencia a los órganos jurisdiccionales laborales.

En virtud de lo expuesto, se establecieron dos criterios de deslinde: 1. el contenido material o sustancial de la pretensión y 2. el régimen jurídico aplicable. ~~Que~~ En su concreción por la jurisprudencia contenciosa administrativa queda así: La competencia de los órganos laborales se limitan a la procedencia o no y el cálculo para el pago del aguinaldo, vacaciones, preaviso y auxilio de cesantía, lo concerniente al reconocimiento de una jubilación o pensión o los riesgos profesionales, las controversias que se susciten en el ámbito del Derecho laboral individual y colectivo (v. gr. conflictos de carácter económico-social), de todo lo relativo al ejercicio del derecho a la huelga o el paro, etc. Por otro lado, a la materia de Seguridad Social.

2.2. Pretensión material y fueros laborales.

Vamos a analizar la pretensión material o sustancial y la resolución de la Sala Constitucional sobre los procedimientos de fuero laboral como criterios contradictorios con la resolución de 2010.

2.2.1. Pretensión material.

De los criterios actuales de deslinde establecidos por la Sala Constitucional el del régimen jurídico aplicable no tiene mayor problema en el tanto se refiere a la relación jurídica entre el trabajador y su patrono, en este caso, administrativa de empleo público. En donde si existe mucho que discutir es en el del contenido material o sustantivo de la pretensión.

La pretensión es el eje del proceso. Según Guasp (1952) “los tres postulados esenciales del proceso: todo proceso supone una pretensión, toda pretensión origina un proceso, ningún proceso puede ser mayor, menor o distinto que la correspondiente pretensión” (p. 27 y 28). Para Rico Puerta (2019) “toda la actividad procesal gira en torno a una manifestación de voluntad ... es solo un derecho autoatribuido por el demandante, que tiene el poder de fijar el tema de decisión (thema decidendum)” (p. 549).

Así, la pretensión material “es lo que pide que se declare en sentencia” (Parajeles, 2006, p. 74). Para Devis Echendía (año) (1997, p. 214): “Puede definirse la pretensión así: el efecto jurídico concreto que el demandante persigue con el proceso”. El mismo Devis Echendía nos dice que el objeto de la pretensión “es lo que se pide en la demanda...que no es la cosa material sobre que versa, sino la relación jurídica o el derecho material que se persigue” (p. 552). Toda pretensión tiene un objeto que puede ser jurídico y material. Este contenido jurídico “es la materia o el asunto jurídicamente regulado al cual se refiere la pretensión” (p. 552.). Es claro que lo que se pide es un efecto jurídico que está regulado por el ordenamiento correspondiente.

2.2.2. Protección de fueros y del debido proceso.

Pondremos como ejemplo, acerca de los criterios de deslinde, el derecho a la no violación de los fueros de protección, el debido proceso y la no discriminación, derecho regulado específicamente en el Código de Trabajo (artículo 540), es decir, es *materia que el ordenamiento jurídico positivo lo regula en el área laboral*.

A. Tutela de fueros de protección.

El proceso de protección de fueros y debido proceso pretende tutelar jurisdiccionalmente el derecho de un trabajador a no tener que soportar que se violenten sus derechos laborales fundamentales por parte de un patrono, sea público o privado. Estos derechos se consideran de mayor importancia por el ordenamiento jurídico, el cual les ha dado una especial atención al brindarles un proceso sumarísimo para su pronta atención. El artículo 540 del Código de Trabajo dice que:

Las personas trabajadoras, tanto del sector público como del privado, que en virtud de un fuero especial gocen de estabilidad en su empleo o de procedimientos especiales para ser afectados, podrán impugnar en la vía sumarísima prevista en esta sección, con motivo de despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria, la violación de fueros especiales de protección, de procedimientos a que tienen derecho, formalidades o autorizaciones especialmente previstas”.

Allón (2021) (año), nos indica que:

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

Con este proceso sumario se pretende comprobar el quebranto de la protección o del procedimiento establecido. En lo que respecta al Estado sus trabajadores podrían acceder cuando el Tribunal de Servicio Civil violenta el procedimiento o cualquier ente u órgano violenta el debido proceso o cualquier otro fuero especial.

A pesar de que la pretensión material en estos supuestos de protección de fueros especiales y debido proceso es declarar la violación del fuero; la Sala Primera (entre otros en el voto 00335-2024) ha decidido declarar competente a la jurisdicción contenciosa administrativa. Lo anterior, en total contradicción con la jurisprudencia constitucional que otorga la competencia a los órganos jurisdiccionales laborales. Se puede observar el, entre otros, el voto 17948-2017 de las nueve horas y quince minutos del ocho de noviembre de dos mil diecisiete de la Sala Constitucional, que dice:

En fin, el proceso sumarísimo será de aplicación, tanto al sector público como al privado, en virtud de un fuero especial, con goce de estabilidad en el empleo o de procedimientos especiales para su tutela, con motivo del despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria, por violación de fueros especiales de protección o de procedimientos, autorizaciones y formalidades a que tienen derecho, las mujeres en estado de embarazo o período de lactancia, las personas trabajadoras adolescentes, las personas cubiertas por el artículo 367, del Código de Trabajo, las personas denunciadas de hostigamiento sexual, las personas trabajadoras indicadas en el artículo 620, y en fin, de quienes gocen de algún fuero semejante mediante ley, norma especial o instrumento colectivo de trabajo.

B. “Desdoblamiento” de la jurisdicción constitucional.

La Sala Constitucional (voto 17948-2017), como ya se ha indicado, ha derivado los casos de amparo por violación de fueros a la competencia laboral:

[E]sta Sala considera que ahora todos los reclamos relacionados con esos derechos laborales, derivados de un fuero especial (por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, discapacidad, afiliación sindical, situación económica, así como cualquier otra causal discriminatoria contraria a la dignidad humana), tienen un cauce procesal expedito y célere, por medio de un proceso sumarísimo y una jurisdicción plenaria y universal, para su correcto conocimiento y resolución, en procura de una adecuada protección de esos derechos y situaciones jurídicas sustanciales, con asidero en el ordenamiento jurídico infra constitucional, que tiene una relación indirecta con los derechos fundamentales y el Derecho de la Constitución. Iguales razones caben aplicar para las personas servidoras del Estado, respecto del procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil que

les garantiza el ordenamiento jurídico, así como las demás personas trabajadoras del Sector Público para la tutela del debido proceso o fueros semejantes a que tengan derecho de acuerdo con el ordenamiento constitucional o legal.

Entonces, si la pretensión material en los supuestos de discriminación, violación de fueros o del debido proceso es la nulidad de la violación de esos derechos y la normativa por aplicar se encuentra regulada en el Código de Trabajo, este tipo de conflictos debería ser resueltos por los órganos jurisdiccionales laborales. Sin embargo, la Sala Primera (voto 01021-2023 de las diez horas y veinticuatro minutos del treinta de Junio de dos mil veintitrés, entre otros) ha decidido que dicha pretensión sea analizada en la sede contenciosa administrativa. Además, por si fuera poco, la propia Sala Constitucional, a contrapelo de su propia decisión, declara que los amparos constitucionales sobre dichos derechos ~~no sean~~ no deben ser ventilados en la jurisdicción constitucional, sino en la laboral en menosprecio de la jurisdicción contenciosa administrativa.

VI. Conclusiones

No fue posible corroborar la hipótesis inicial de trabajo. No existen criterios uniformes y constantes (estables) para determinar el deslinde de la competencia entre la laboral y el contencioso administrativo en relación con el empleo público. Desde 1966, con el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, los órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos no tenían competencia sobre los conflictos de empleo público y desde 2006 hasta el 2010 el artículo 3 inciso a) del Código Procesal Contencioso Administrativo les otorgaba la competencia a los órganos jurisdiccionales laborales los conflictos de empleo público.

¿Cuáles fueron los criterios, de aquel entonces, para determinar la competencia para el conocimiento de los conflictos del empleo público? Simplemente lo obvio, el empleado público es un trabajador dependiente, remunerado y mandado. Con el voto 9928-2010 de la Sala Constitucional se declara inconstitucional el inciso a) del artículo 3 del Código Procesal Contencioso Administrativo, mediante un criterio intransigente de larga data, y establece dos criterios para el deslinde: 1) la pretensión material y 2) la normativa aplicable.

Estos criterios, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, los concretó de la siguiente forma: si las pretensiones son de derecho laboral “puro” como vacaciones, aguinaldos, auxilio de cesantía y preaviso, el proceso es de competencia laboral, pero también las del seguro social y las huelgas en el empleo público, mientras todas las demás pretensiones son de competencia contenciosa administrativa.

Sin embargo, cuando surgen nuevos derechos, los conceptos de pretensión material y régimen jurídico aplicable se diluyen. En algunos casos cuando la pretensión era la de declarar una violación del fuero de protección o del debido proceso y, a la postre, anular un despido ilegal, la Sala Primera declara competente a los órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos pese, a que, la pretensión principal es la de declarar la violación, anular el despido y reintegrar al empleado público a su puesto o similar y el régimen aplicable es el Código de Trabajo.

La Sala Constitucional, en votos como el 17948-2017 no sigue su propia doctrina, es decir, darle competencia a lo contencioso administrativo a cualquier pretensión que no sea por vacaciones, aguinaldo, preaviso, cesantía, huelgas y seguro social. En su lugar, enrumba los recursos de amparo por violación al debido proceso, a la no discriminación y a los fueros de protección a la jurisdicción laboral, específicamente, al proceso de protección de fueros y del debido proceso (artículo 540 del Código de Trabajo). Lo anterior, en lugar de remitirlos a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Entonces, los criterios no son estables y responden a necesidades de cada sala de la Corte de Suprema de Justicia, sobre criterios pragmáticos de mora judicial o sectarios sobre la especialización. Don Fernando Castillo (2024), magistrado de la Sala Constitucional, es muy sincero al respecto: “Es una verdad de Perogrullo que la jurisdicción constitucional está colapsada a causa de la gran cantidad de asuntos que tramita. La sobrecarga es su principal problema (...) A causa de esta situación, la SC SC ((Sala Constitucional)) se ha visto obligada a adoptar medidas que vengan a palear la crisis de la sobrecarga de asuntos. Una de esas medidas ha sido desdoblar la JCL JCL ((Jurisdicción Constitucional de la Libertad)) de forma pretoriana” (p. 45. El paréntesis se agrega).

V. Epílogo

Mientras se redactaba este trabajo hubo un nombramiento de un magistrado titular integrante de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, don Jorge Leiva Poveda. En relación al empleo público ha salvado el voto respecto de la mayoría indicando:

De la lectura de las pretensiones de sub lite, se desprende que las mismas son estrictamente de índole laboral (ejemplo de este tipo de pedimentos son: la nulidad del despido, reinstalación en el puesto laboral, e indemnización por los daños ocasionados). Conforme al artículo 70 de la Constitución Política (norma originaria del texto constitucional), así como el numeral 420 del Código de Trabajo, le corresponde a la jurisdicción laboral en razón de la especialización temática de dicha sede, la resolución de los conflictos de esta índole, sin distinción alguna entre empleado (a) público y/o privado. Por otra parte, en razón del contenido del voto de la Sala Constitucional número 9928-2010, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de procesos que si bien derivan de relaciones jurídico administrativas de naturaleza laboral, una o varias de las pretensiones exceden el ámbito de acción de la Jurisdicción Laboral teniendo como única vía plenaria a la Jurisdicción Contencioso Administrativa (verbigracia pretensiones relativas a: nulidad de reglamentos, declaraciones de lesividad, pretensiones declarativas, control de ciertos tipos de inactividad, etc.). Así las cosas, estimo que el presente proceso debe ser residenciado en sede laboral.” (voto 00166-2024 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Además, el voto 00141-2024 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, entre otros).

Para este magistrado una nulidad de un despido, una reinstalación al puesto, o un cobro de daños y perjuicios por un despido ilegal es netamente laboral, a pesar de que el órgano jurisdiccional laboral deba anular un acto administrativo final. Criterio que parece lógico y de sentido común, puesto que, además de descongestionar la muy saturada Sala Primera, permite a los especialistas en el derecho del trabajo tratar las pretensiones de los trabajadores subordinados del Estado y sus entes públicos menores.

VI. Bibliografía

- Allón Zúñiga, F. (2021). El Proceso de Protección de Fueros Especiales y Debido Proceso. En *Revista De La Sala Segunda*, No. 18, San José, Costa Rica.
- Antillón Montealegre, W. (2001). *Teoría Del Proceso Jurisdiccional*. Edición Ijsa, San José: Costa Rica.
- Arguedas Salazar, O. (2000). *Teoría General Del Proceso*. Juritexto, San José: Costa Rica.
- Artavia Barrantes, S. (1997). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 2ª Edición. Editorial Jurídica Dupas, San José: Costa Rica.
- Asamblea Legislativa. (1943, 27 de agosto). Ley 2. Código De Trabajo.

- Asamblea Legislativa. (1966, 12 de marzo). Ley 3667. Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.
- Asamblea Legislativa. (1993, 30 de marzo). Ley 7333. Ley Orgánica Del Poder Judicial.
- Asamblea Legislativa. (2006, 28 De abril). Ley 8508. Código Procesal Contencioso-Administrativo.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1949, 7 de noviembre). Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Cabanellas De Torres, G. (1992). *Compendio De Derecho Laboral*. Tomo II. Editorial Heliasta, Buenos Aires: Argentina.
- Castillo Víquez, F. (2024). *Los Desdoblamientos de la Jurisdicción Constitucional de La Libertad*. En *Revista Tribuna Libre*, vol. 14, no. 1, enero-abril 2024, San José: Costa Rica.
- Cubero De La Vega, F. y Vega Rojas, D. (2021). *Conflictos De Competencia Por Materia En Procesos De Empleo Público. Un Enfoque Normativo, Práctico y Jurisprudencial*. En *Temas De Derecho Público*. Editorial Isolma, San José: Costa Rica.
- Devis Echendía, H. (1997). *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad, Buenos Aires: Argentina.
- Diéguez Cuervo, G. y Cabeza Pereiro, J. (2003). *Derecho Del Trabajo*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid: España.
- Ferreyra La Rúa, A. et al (2009). *Teoría General Del Proceso*. Tomo I, 2a Edición, Editorial Advocatus, Córdoba: Argentina.
- Fournier Facio, A. (2019). *Derecho Laboral I*. Eunod, San José: Costa Rica.
- Guasp Jaime (1952). La Pretensión Procesal. En *Anuario De Derecho Procesal Civil*. Fascículo 1, Pp. 7 A 61. Madrid: España, Recuperado De: https://Www.Boe.Es/Biblioteca_Juridica/Anuarios_Derecho/Abrir_Pdf.Php?Id=Anu-C-1952-10000700061
- Gutiérrez Porras, L. M. (2014). Notas esenciales del régimen de empleo público costarricense. En *Revista De Ciencias Jurídicas*, No. 87, San José: Costa Rica. Recuperado de: <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13791/13106>
- Hernández Rodríguez, M. (2020). El Empleo Público en el Marco Constitucional: Análisis Jurisprudencial. En *Revista de la Sala Constitucional*, No. 2, San José: Costa Rica.
- Jinesta Lobo, E. (2020). Reserva Constitucional De La Competencia Material De La Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. En *Revista De Derecho Público*, No. 11-12, San José: Costa Rica.

- Martín Rodríguez, M. y Megino Fernández, D. (2021). *Derecho Procesal Laboral*. Editorial Cef., Madrid: España.
- Ortíz Ortíz, E. (1965). *Materia y Objeto del Contencioso-Administrativo*. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 5, San José: Costa Rica.
- Palomar Olmeda, A. (1997): *Derecho De La Función Pública. Régimen Jurídico De Los Funcionarios Público*, 4ª Edición, Editorial Dykinson Sl, Madrid, España.
- Parajeles Vindas, G. (2006). *Curso De Derecho Procesal Civil Con Jurisprudencia*. Editorial Ijsa, San José: Costa Rica.
- Pérez, B. (1983). *Derecho Del Trabajo*. Editorial Astrea, Buenos Aires: Argentina.
- Rico Puerta, L. (2019). *Teoría General Del Proceso*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia: España.
- Sáenz Elizondo, M. (1991). *Del Concepto de Jurisdicción y Competencia*. En *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 68, San José: Costa Rica.
- Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Voto 14999-2007 (17 de octubre).
- Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Voto 9928-2010 (09 de junio)
- Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia, Voto Número 017948-2017 (08 de septiembre).
- Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia, Voto 306-2014 (13 de marzo).
- Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia, Voto 00335-2024 (04 de abril).
- Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia, Voto 00926-2016 (08 de septiembre).
- Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia, Voto 01021-2023 (30 de junio).
- Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia, Voto 0141-2024 (08 de febrero).
- Sala Primera De La Corte Suprema De Justicia, Voto Número 00894-2011 (04 de agosto).
- Sampere Navarro Antonio (2021): *Derecho Del Trabajo, Seguridad Social Y Proceso Laboral. Una Visión Global Para Especialistas*, Editorial La Ley, Toledo, España.
- Tribunal Contencioso Administrativo, Voto 214-2018 (02 de febrero).
- Varela, J. et al (2017). *Manual De Los Procesos Laborales. Con La Reforma Procesal Laboral*. 2ª Edición. Editorial Jurídica Faro, San José: Costa Rica.

El resguardo de los principios de imparcialidad e independencia del juez ante la inteligencia artificial en Costa Rica

Gabriela Salas Zamora⁶

Resumen. Este estudio busca evaluar si en la actualidad el Poder Judicial de Costa Rica preserva los principios fundamentales de imparcialidad e independencia judicial en el contexto de la inteligencia artificial (IA). Se presentan las tendencias globales que buscan proteger los derechos humanos ante el avance de la IA y resalta el crecimiento de la implementación de la IA en los tribunales, destacando la oportunidad de identificar áreas de mejora y apuntando los riesgos como sesgos y falta de auditabilidad que deben manejarse con cuidado.

Palabras clave. Derechos humanos, Inteligencia Artificial en el Derecho, imparcialidad del juez, independencia judicial.

Abstract. This study seeks to assess whether the Costa Rican Judiciary currently upholds the fundamental principles of impartiality and judicial independence in the context of artificial intelligence (AI). It presents global trends aimed at protecting human rights in the face of AI advancements and highlights the growing implementation of AI in courts, underscoring the opportunity to identify areas for improvement and addressing the risks of bias and lack of auditability that must be carefully managed.

Keywords. Human rights, AI in Law, Judicial impartiality, Judicial independence.

I. Introducción

La inteligencia artificial (en adelante IA) ha venido a reformular la concepción del mundo actual, lo cual incluye el ámbito laboral. Las personas que se dedican a juzgar los conflictos sociales que los ciudadanos confían en solucionar de forma heterónoma (sin que, por ello, omita el éxito que tiene la aplicación de las formas alternas de resolución de conflictos), no escapan a preocuparse y ocuparse sobre la forma en que esta nueva herramienta tecnológica va a impactar el ámbito de toma de decisiones. Planteamientos variados se pueden imaginar, desde el juez robot -donde se aniquila la necesidad de un juzgador humano-, el uso de

⁶ Jueza laboral. Anteriormente se ha desempeñado como Defensora Pública Laboral.

la IA como una herramienta en la toma de decisiones, hasta llegar a denegar la incursión de aquella en el ámbito jurisdiccional. Por ello, este trabajo tiene como único objetivo determinar si, en el estado actual del uso de la herramienta de IA, el Poder Judicial de Costa Rica se resguardan los principios de imparcialidad e independencia judicial y describiremos el trayecto que lleva este Poder de la República frente a la implementación, según la normativa vigente en el país.

II. La imparcialidad e independencia del juez ante la inteligencia artificial

1. El principio de independencia judicial en Costa Rica

La Constitución Política de Costa Rica, vigente desde el año 1949, hereda el principio de separación en tres poderes, asignándoles las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales⁷. A cada uno de ellos se le otorga independencia de organización, lo cual les permite dictar las normas y adoptar decisiones referentes a su funcionamiento, estructuración y la forma en que desarrollarán sus funciones sustantivas sin injerencia entre sí. El principio pretende dividir el poder en tres de igual rango, independientes, donde se fiscalizan mutuamente, creando un sistema de “frenos y contrapesos”, con el cual se persigue garantizar que las labores se enmarquen en los límites que el pacto fundamental les ha establecido. Así, el Estado no se permita transgredir los derechos y libertades de los ciudadanos, se controla el poder y respeta la voluntad del pueblo para evitar su concentración.

De ahí, el Poder Judicial tiene como función sustancial la Administración de Justicia⁸, lo cual conlleva el generar paz social mediante la función de los tribunales/juzgados en la resolución de los conflictos debido

7 El artículo 9 de la Constitución Política de Costa Rica expresa, en lo conducente: “ARTÍCULO 9º- El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”.

8 Se define la Administración de Justicia como: “(...) una de las funciones principales asignadas constitucionalmente al Poder Judicial, entendida como un servicio público destinado a impartir justicia pronta, cumplida, sin denegación, de forma independiente e imparcial, cuyo fin es consolidar el orden público con la solución de las diferencias y la sanción a las violaciones de la ley. Por ser un servicio conceptualizado como público, se deben cumplir con los principios de todo servicio público, a saber, la continuidad, la adaptabilidad, la igualdad (garantía de la protección de los derechos y libertades de las personas con igualdad y plenitud de acceso para todos) y la eficiencia”. (Sentencia nº 14.286-2005 de las 14:45 horas de 19 de octubre de 2005 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica)

a la violación de normas jurídicas, los cuales son sometidos al conocimiento de sus juzgadores. Por ello, se puede deducir que el Poder Judicial, contrario a lo advertido para los demás poderes, no se ejerce por sus altos funcionarios únicamente (los magistrados), sino por todas las personas juzgadoras, a quienes cobija aquella independencia. La independencia de poderes, aquí, significa la prohibición expresa de cualquiera de los otros dos interfiera en las cuestiones propias de aquella competencia claramente delimitada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho:

[Q]ue uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación, (Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros v. Venezuela, párr. 55).

En específico, la Ley Orgánica del Poder Judicial costarricense dispone que la actividad jurisdiccional únicamente está sometida al ordenamiento jurídico (véase en particular el artículo 152 de la Constitución Política de Costa Rica con relación al numeral 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La puesta en práctica de estos preceptos parecía transcurrir sin sobresaltos y la puesta en práctica dentro del país de esto no generaba mayor necesidad de preocupación. Sin embargo, ha interrumpido la escena un nuevo actor tecnológico, que más que ser una herramienta que permite la facilidad de una tarea (como fue el paso de la máquina de escribir a los procesadores de texto) trabaja en emular el pensamiento lógico humano⁹. Así, sin ser una parte procesal, se ha convertido en un nuevo foco al cual el juzgador se ve compelido a entender, conocer y valorar dado que incursiona e irrumpe en el proceso de manera transversal¹⁰.

9 El autor Marín García (2019) acuña las definiciones de inteligencia artificial en cuatro categorías:

1. Sistemas que actúan como humanos: visión inaugurada por Alan Turing y su famoso test (1950). Se trata de sistemas y programas con capacidad de procesar el lenguaje natural, representar conocimiento, razonar automáticamente y aprender para adaptarse a nuevas circunstancias (Kurzweil, 1990).
2. Sistemas que piensan como humanos: sistemas capaces de automatizar operaciones mentales, como la toma de decisiones, la resolución de problemas o el aprendizaje (Bellman, 1978).
3. Sistemas que piensan racionalmente: sistemas que tratan de emular el pensamiento lógico racional y de alcanzar conclusiones de acuerdo a una serie de leyes universales del pensamiento definidas por la lógica (Winston, 1992).
4. Sistemas que actúan racionalmente: sistemas que tratan de ampliar la racionalidad más allá de las leyes de la lógica e incluir así otros elementos, como la incertidumbre, la autonomía, el cambio, etc. (Poole, Mackworth y Goebel, 1998).

10 A modo ilustrativo, existen países donde los abogados llevan más de 5 años utilizando esta herramienta en la redacción de sus escritos, investigaciones de antecedentes jurisprudenciales para buscar la probabilidad del argumento y ejecutar labores

2. Herramientas de IA y automatizaciones creadas por el Poder Judicial costarricense

La inteligencia artificial se diferencia de la automatización dado que, con la primera, se utiliza una programación que sigue unas reglas que preprogramadas, mientras que la IA puede tomar decisiones o tomar decisiones sobre las cuales no está programado específicamente, debido a la capacidad de aprender de su entrenamiento previo, su aprendizaje de patrones y datos usados en su enseñanza. Es que la IA ha avanzado de manera agigantada en los últimos tiempos por cuatro factores fundamentales: i) el aumento de la potencia de cálculo y procesamiento masivo; ii) la disponibilidad de datos masivos; iii) mejora de algoritmos de inteligencia artificial y iv) la reducción en los costos de la gestión sistemas informáticos y la proliferación de servidores

El Poder Judicial costarricense ha iniciado la explotación de la inteligencia artificial motivado por el auge de la herramienta y la problemática que conlleva la mora judicial, el cual es el tema cuyo objetivo de reducción se ha convertido en utopía para las altas autoridades de la Corte Suprema de Justicia (Poder Judicial, 2022); ya que si bien se estima la tardanza en la resolución de expedientes como una situación multicausal donde la capacidad instalada es superada por la carga laboral (ej. insuficiente número juzgadores y personal de apoyo, deficiencia organizativa, comportamiento procesal de las partes y sus representantes, etc.). Así, ha procurado incursionar en la producción cinco proyectos:

- El tipificador de documentos, el cual funciona con un modelo predictivo que sustrae texto de los escritos que presentan las partes procesales e interpreta la clase de gestión presentada asignándole un código, para que la herramienta pueda clasificarla posteriormente sin intervención del personal técnico del despacho. Actualmente, el modelo se despliega en los Juzgados de Cobro Judicial del país. Así fue definido por Ricardo Cerdas (2023): “un pequeño modelo predictivo capaz de extraer el texto de los escritos e interpretar qué tipo de documento es, a los cuales se les establece de un código para que la herramienta de inteligencia artificial pueda identificarlos” (Poder Judicial, 2023).
- El ChatBot es un asistente virtual implementado en el año 2018 (La República, 2019). Es un sistema de respuesta automatizado a preguntas frecuentes que retribuye información del Poder Judicial, sus servicios y funcionamiento a la ciudadanía. Para su interfaz usa un robot animado y facilita una respuesta predeterminada de manera amigable con lenguaje sencillo, todos los días del año. Su aceptación le llevó al Poder Judicial a ganar el galardón como la mejor en el sector público en el índice de transparencia. Su uso frecuente, llevó a que en el año 2021 se le aumentara la cantidad de posibles interacciones.

de estadística judicial (American Bar Association, 2017). Ante este uso se ha visualizado la probabilidad de vulneración de la intimidad y derecho de defensa que han llevado a que, por ejemplo, en California los abogados deban buscar el consentimiento informado de sus clientes advirtiéndoles el uso de aplicaciones de inteligencia artificial en su práctica legal (Bloomberg, 2023).

El transcriptor de voz a texto actualmente lo utilizan en un órgano de administración superior del Poder Judicial (Consejo Superior), su uso, en consecuencia, no ha sido llevado al contexto jurisdiccional. Más, su funcionalidad está a modo de prueba y ha conllevado a una importante herramienta para el ahorro de tiempo de los funcionarios que transcriben las actas de discusión y toma de acuerdos. Su relevancia es notable, a mayor rapidez de transcripción, se genera un alto grado de eficiencia y eficacia de los acuerdos, seguridad jurídica de lo acordado, sin la espera de largos plazos para conocer la motivación que llevó a tomarlos y, por ende, permite su impugnación oportuna, de requerirse.

- Anonimización de datos de las sentencias, lo cual se encuentra como un proyecto piloto para aquellos fallos dictados en las instancias superiores de los tribunales de justicia del país, puedan llegar a formar parte de la base de datos de búsqueda de la jurisprudencia que sostiene el Poder Judicial (denominado Nexus PJ). Esto permitiría liberar el tiempo requerido por personeros del Centro de Información Jurisprudencial que actualmente deben leer una a una de las resoluciones de manera individual y eliminar aquellos datos personales y sensibles de las partes (por ejemplo, los nombres, documentos de identificación, origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, padecimientos de salud, si se encuentran en una condición de vulnerabilidad, etc.).
- Sistema Único Policial Especializado en la Resolución de la Criminalidad común, Organizada y la Prevención (SUPERCOP), el cual se trabaja en su construcción entre dos oficinas la de Planes y Operaciones junto a la de informática del Organismo de Investigación Judicial (OIJ). Se busca crear un sistema de concentrado de datos, gestión y trazabilidad de las distintas diligencias que realiza el OIJ en todos sus ámbitos. Esto beneficia el acceso y manejo de la información en un solo sistema (Organismo de Investigación Judicial, 2022).

3. Del impacto de las actuales herramientas en la labor jurisdiccional

Una vez descritas las herramientas actuales que ha desarrollado el Poder Judicial en su incursión de automatizar y liderar aplicaciones de IA, debemos apuntar que siendo la esencia de la labor jurisdiccional el juzgar los asuntos que asume en su competencia, ninguna de las herramientas acá descritas interviene directamente en aquella función. Tan solo tangencialmente, por derivación, el uso de estas tecnologías llevaría a productos (sean estos informes, peritajes, labores de revisión jurisprudencia, etc.) que serían presentados para su valoración probatoria al juez y, con ello, se diluye en el trabajo jurisdiccional de considerar los alegatos y demás elementos presentados para la formación del criterio de fondo que se vierte en un determinado proceso.

El tipificador de documentos ejecuta labores de clasificación de escritos presentados por las partes, salvando tiempo de los juzgadores sobre aquellas gestiones en que se advierten la ejecución de trámites (ej. diligenciar mandamientos a entidades) para dejar la relevancia a las que sí requieren resolución de un juez (ej. ejercicio recursivo, solicitudes de aclaración, entre otras). La anonimización de datos facilitará al juzgador la actividad de búsqueda de antecedentes, porque permite que las sentencias dictadas por pares o superiores estén disponibles para su consulta en un tiempo menor al que usualmente toma que lleguen a estar en línea, debido a la labor manual que es masificada por la herramienta. El SUPERCOP, sin duda, será un instrumento que permitirá aligerar las funciones del organismo auxiliar de investigación judicial. Según perfila, su campo de acción será mayoritariamente en las labores de índole penal, más -dependiendo de su expansión- admite brindar eficiencia a faenas no tan renombradas usualmente, pero gran impacto social y patrimonial, como los peritajes de diversas materias: laboral (en asuntos de riesgos de trabajo donde es esencial el dictamen médico legal de las secuelas y actuales afectaciones de salud), familia (como en el caso de los peritajes de paternidad), civil (ej. con informes periciales de planimetría, etc).

Por su parte, el transcriptor de voz, de admitirse que se habilite la función dentro de los sistemas de grabación de juicios existentes conllevarían a economizar en los plazos que los juzgadores deben invertir al momento de fundamentar las sentencias, porque las referencias a las declaraciones de testigos, peritos, entre otros actores procesales valorados para consideración en el fallo, podrían hacerse con citación o incluso permitir verificar la contextualización de lo dicho al haberle escuchado y luego leer lo advertido, permitiendo una mejor inmediación de la prueba. El Chatbot, por su parte, aunque no tiene un vínculo con los juzgamientos, sí tiene la misión de democratizar el conocimiento que conlleva la labor del Poder Judicial y de los Juzgados. Es la oportunidad para que los ciudadanos con una conexión a internet mediante su computador, Tablet o móvil puedan en cualquier momento del día verificar información dada por un tercero o dilucidar una duda propia de gestiones judiciales de su interés.

4. Del uso futuro de la IA en el Poder Judicial costarricense en función del avance mundial

Si bien, hemos aseverado que, un punto de vista estricto de la función jurisdiccional, ninguno de los instrumentos hasta ahora creados al seno del Poder Judicial costarricense interviene en la esencia de la labor jurisdiccional. Más no podríamos negar que, a nivel mundial, la tendencia es generar tecnología que sí incida.

En China, existe un fenómeno que no es ajeno a la realidad nacional. La densa población y la dinamización de actividades, producto de la interacción social, ha llevado a retar la capacidad del sistema de justicia y las cargas de trabajo de los jueces. Según lo expresan Shi et al. (2021), en el año 2015 existieron 16.714 millones de casos sometidos a conocimiento de las cortes de aquel país, en total a ese momento existían solo 196.000 jueces. Por ello, desde el año 2014, se implementó por parte de la Corte Suprema del Pueblo el plan para crear Cortes Inteligentes. A ese efecto, se apoyaron en herramientas tecnológicas para lograr nuevos hitos en la introducción de instrumentos de la cuarta revolución tecnológica a esos ámbitos, según lo reportó Susskind, conforme lo recopila Shi y sus colegas (2021), su experiencia en las Cortes de Hangzhou durante el año 2017 fue calificada como de naturaleza impresionante. Dijo en su documento que:

Me impresionó lo que vi: un robot estático en la zona de recepción que ofrecía ayuda jurídica en línea a los usuarios del tribunal; instalaciones in situ para la presentación electrónica de documentos; salas de vistas virtuales específicas; reconocimiento de voz independiente del hablante (ya no necesitan taquígrafos); y una demostración del primer “tribunal de internet” de China, que resuelve litigios relacionados con internet relativos, por ejemplo, a préstamos en línea, comercio electrónico (cuestiones contractuales y de responsabilidad por productos defectuosos), litigios sobre nombres de dominio y cuestiones de derechos de autor en línea. Con 800 millones de usuarios en China, el volumen de litigios relacionados ha hecho necesarios nuevos métodos. Me han dicho que el tribunal de Hangzhou ha tramitado ya más de 10.000 litigios, en aproximadamente la mitad de tiempo que las vistas tradicionales. (p. 8).

Provincias como Shanghái, tienen sistemas de IA implementados desde hace más de media década, en materia penal, con el fin generar mayor eficiencia en la tramitación y enjuiciamiento de delitos. Utilizan un repositorio de base de datos con sentencias previas, artículos de revista especializados -que interpretan la normativa a aplicar- y juntaron las normas atinentes. A esto agregaron, un protocolo para el desarrollo de evidencia estandarizada para crímenes recurrentes y generaron una plataforma para el manejo unificado de esos asuntos, para eliminar incompatibilidades de tecnologías al compartir la información que se iba recopilando. Así crearon el denominado Sistema Auxiliar Inteligente para el Manejo de Casos Penales¹¹ (School, Stanford Law, 2017).

Parece así importante destacar, que las máximas autoridades chinas, al observar el aumento de casos, debido al aumento demográfico y comercial del gigante asiático, buscaron rápidamente una reacción que les llevó a

11 En inglés ‘Intelligent Auxiliary System of Criminal Case Handling’

generar interesantes productos de IA que les permiten dar una respuesta -sin que se califiquen los resultados desde un punto de vista cualitativo- a los desafíos inmediatos que presentaban. Por en cambio, “(...) nuestro sistema judicial el personal del Poder Judicial creció un 7,9% desde el 2018, pero el circulante de casos en los últimos cinco años aumentó un 30%” (Semanario Universidad, 2023), sin que se haya podido ejecutar importantes inyecciones en informática y en recurso humano (Poder Judicial, 2022b), lo cual impacta negativamente no solo las operaciones normales de la Institución; sino también, aquellos proyectos ambiciosos para crear aplicaciones o incluso promover ideas disruptivas del uso de la tecnología para mejorar los actuales ambientes auxiliares de justicia o jurisdiccionales, propiamente, que requieren -para empezar- de equipos de hardware robustos, labores de prevención de ciberdelincuencia, etc. A manera ejemplificativa, solo el año pasado, en materia laboral se tuvo que migrar la base de datos, se tuvo por desconectados a muchos jueces por paralización del sistema respecto de claves -no se ingresaba-. Tampoco, fue un secreto, que se debió dar la posibilidad de habilitar un carácter dentro del escritorio que tramitaba los expedientes virtuales de esa jurisdicción, debido a que la falla de la configuración del sistema propuesto por las autoridades informática conllevó a retardos en el estudio y fallo de asuntos por más de quince días consecutivos. Al final, se configuró la aplicación como lo tenía el resto del país y se solventó. Más la pérdida de tiempo, el incremento en las posibilidades de error humano, entre muchos otros aspectos, no pueden ser recuperados y esto sin que se implementen sistemas de IA, con necesidad de intervenciones reparadoras y preventivas más exigentes.

En países cercanos como Argentina, tenemos a Prometea, el cual -según se explica- permite “predecir la recomendación que el fiscal debe hacer sobre el caso para que el juez dicte sentencia, y prepara y le propone al fiscal el modelo de dictamen jurídico que corresponde en casos de amparos habitacionales similares” (Estévez et al, 2020, pp, 12-13). Es decir, el programa sí ejecuta una propuesta al juzgador, con base en el estudio de antecedentes de fallos con cuadros fácticos similares, que guían la solicitud. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, radicada en el país, firmó una colaboración con las autoridades porteñas para utilizar aquel conocimiento generado con la aplicación y automatizar las notificaciones de oficios (BID, 2020, p. 66).

Igual práctica cooperativa la sostuvo el Tribunal Constitucional de Colombia. Allí Prometea fue aleccionada para que pudiera clasificar aquellas acciones de tutela por violación al derecho a la salud para que se pudiese dar prioridad a los asuntos de índole urgente. Los resultados fueron abrumadores en eficiencia. Según estadística del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), este alto tribunal recibe diariamente un promedio de 2700 de estos asuntos, lo cual tomaba a un funcionario 2 horas y 40 minutos ejecutar la clasificación de 14 acciones ingresadas, que el programa lo logra ejecutar en 16 minutos (Estévez et al, 2020, p. 69). Este dato es de suma relevancia, cuando uno verifica que conforme la estadística del año 2023 nuestra Sala Constitu-

cional resolvió en el año 12.249 asuntos en materia de salud, lo cual es el 38.9% del total de las resoluciones de ese órgano (Sala Constitucional, 2023). De ahí que, pueda pensarse, que el desarrollo de una herramienta como la colombiana podría resultar, cuando menos, interesante para ser valorada en la gestión de procesos dentro de nuestro órgano constitucional.

Al norte del continente, en Estados Unidos, la inteligencia artificial juega un triple papel para los juicios: en las herramientas generadas para ayudar a los litigantes las cuales han sido avaladas por las jurisdicciones, en usos forenses de producción de evidencia y aquellas que pretenden agilizar las labores del juez. Así, desde el año 2012 los jueces han avalado el uso de inteligencia artificial por los abogados en la etapa denominada “discovery” o descubrimiento, donde las partes pueden acceder a la evidencia presentada por cada una para conocer los elementos a ser evaluados por el juzgador en el proceso. Con el caso *Monique da Silva Moore v. Publicis Groupe*¹² se permitió el uso inteligencia artificial para que las partes revisaran la extensa prueba del caso. Con ello, la revisión asistida por computadora se convirtió en un utensilio de los abogados que debe considerarse seriamente su uso en casos de gran volumen de datos en los que puede ahorrarle a la parte con la carga probatoria (o a ambas partes) los costos financieros de los honorarios legales en la revisión de documentos aportados.

Más allá, plataformas como LexisNexis¹³ o Westlaw¹⁴ han generado la “jurimetría”, como productos, con accesos cuyo objetivo es analizar las probabilidades de resultados de procesos por Corte, juez, firma de abogados y litigante. ¿Qué permite este tipo de usos de la IA? La gestión de casos permite informar estrategias de litigio: gestionar pruebas de forma efectiva, analizar la jurisprudencia, rectificar la forma en que se encamina el litigio. Con ello, se pueden incluso sopesar los riesgos de presentación del caso, conforme el juzgador o la jurisdicción más beneficiosa para los resultados pretendidos o cómo plantear las defensas de manera más efectiva. La IA está mejorando la gestión de casos aumentando la eficiencia de la investigación jurídica, para preparar el asunto, sea previo a presentar la acción, para ejecutar opciones de contestaciones, formular preguntas de testigos o peritos, etc.

12 Recordemos que en este asunto se acusaba a la empresa de generar una discriminación colectiva de género en contra de las madres trabajadoras a quienes se les variaban las condiciones laborales para así obligarlas a renunciar o despedirles. Mientras que a los varones de la compañía se les promovía en los puestos directivos.

13 2020 legal analytics study: Bringing value into focus. (n.d.). <https://www.lexisnexis.com/en-us/products/lexis-analytics.page>

14 Product training: Live. (s/f). *Reuters*. Recuperado el 10 de febrero de 2024, de <https://training.thomsonreuters.com/legal-westlaw-edge>

En Costa Rica, el Departamento de Planificación del Poder Judicial, recolecta toda la información de las resoluciones que se expiden en bases de datos (Poder Judicial, 2023). Estos provienen del expediente digital, en la aplicación denominada “escritorio virtual” donde se gestionan casi todos los asuntos judiciales (aún subsisten jurisdicciones como la penal, que maneja los asuntos en físico, pero las resoluciones quedan dispuestas dentro del Sistema de Gestión, que es conexo al escritorio virtual mencionado). Los datos son incluso filtrados por indicadores, la información está ordenada conforme datos de los fallos de decisión final de cada tribunal -alto y bajo-, por y son de acceso público. A la mano de un desarrollador como las aplicaciones antedichas permitirían explotar aquellas métricas jurídicas para lo que terceros estimen convenientes a sus intereses en la vía jurisdiccional.

Desde el punto de vista de trabajo de peritajes forenses, se han creado sistemas que forman parte de informes expertos que examinan los juzgadores al evaluar probanzas al formar su criterio, por ejemplo, COMPAS (el cual se trata de un sistema o algoritmo que pertenece a la compañía Northpointe Inc. y calcula la probabilidad de que una persona vaya a cometer otro crimen en base al historial de la misma entre otros parámetros (Roa et al, 2022). Se debe recordar como en el Estado de Wisconsin en los Estados Unidos (EEUU) el caso Estado contra Loomis¹⁵, en el cual se impugnó la decisión de la Corte, debido a que, la evaluación del funcionario del Departamento Correccional (mediante “Presentence Investigation Report”¹⁶, similar al reporte criminológico para valorar las ejecuciones de sentencia), incluía una evaluación de riesgo de ese programa. Esas evaluaciones que estiman el riesgo de reincidencia basándose en trasfondos de entrevistas al indiciado, antecedentes policiales, etc, llevan con ellas un problema de “caja negra”.

La metodología en la que se basa el COMPAS es un secreto comercial, fue creado por un ente privado, con lo cual hay una opacidad en la forma que fue programado y los datos bajo los cuales compara al individuo particular (no es factible entregar la forma en que se valoran por él los datos) y, con ello, no se conocen con transparencia como se consideran los elementos con los que otorga el resultado. Sólo se comunican al tribunal las estimaciones del riesgo de reincidencia. Así se condenó a Loomis a seis años de prisión y cinco años de supervisión prolongada. Situación que al ser evaluada por la Corte conllevó a que el señor Loomis fuese sentenciado a seis años de cárcel y cinco años de supervisión.

15 La síntesis de caso dicta que el señor Loomis aceptó los cargos de manejar un vehículo que participó en una balacera, razón por la cual fue sentenciado a una pena privativa de libertad. No obstante, luego solicitó una aplicación diferente de la pena y es en ese momento procesal que incide el uso de COMPAS.

16 Se define el “presentence investigation report” o reporte criminológico como: “(...) el producto final de las entrevistas del asesor penitenciario con el delincuente, la víctima, los agentes de policía que efectuaron la detención y otras partes interesadas. El documento proporciona información sobre los antecedentes del delincuente, su potencial laboral, el delito o delitos cometidos, las circunstancias relevantes asociadas al delito, datos familiares, pruebas de antecedentes, estado civil y otros datos relevantes como los resultados de exámenes psicológicos. El PSI se utiliza para las decisiones judiciales de imposición de penas, la clasificación departamental e institucional, las decisiones de libertad condicional, los planes de asesoramiento y las remisiones a organismos comunitarios”.

La Corte Suprema del Estado de Wisconsin (State of Wisconsin v. Loomis, 2016 WI 68) hace varias consideraciones valiosas para el tratamiento de nuevas tecnologías como apoyo en las sentencias:

1. Las nuevas tecnologías pueden estar dirigidas a examinar un aspecto medular que debe ser examinado por un juzgador, ejemplo de COMPAS con la reincidencia, pero no sustituyen la valoración que ejecuta un juzgador al verificar los demás aspectos centrales que deben verificarse en un fallo. En este caso, a modo de citación, la posibilidad de reinserción social del enjuiciado.
2. Las percepciones de confianza en las herramientas tecnológicas que existen para el juzgador deben ser valoradas con cautela, pero, también, con la apertura que los contras encontrados en un momento no van a seguir necesariamente a un futuro inmediato o cercano. Las mejoras en esta materia se dan de forma dramática y no se pueden cerrar posibilidades a su uso, en función de las altas demandas que en la administración de justicia se sostienen hoy en día.

En Europa, específicamente en el caso de España, se ha implementado el uso del “Sistema de Seguimiento Integral de casos de violencia de género” (VioGén)¹⁷, pero cuyo creador es el gobierno, a diferencia de COMPAS que es de invención privada. Su uso inició en el año 2007 y desde ese entonces se ha verificado que también pueden generarse errores. El caso ejemplificativo es el de Itziar Prats, donde el sistema le otorgó un resultado de riesgo bajo, aún ante las insistentes manifestaciones de la madre del riesgo que significaban las amenazas directas a sus hijas por parte del progenitor, cuyo fatal desenlace llevó al asesinato de las niñas (El País, 2019). En el caso, llevó a que el Ministerio de la Presidencia efectuara un estudio pormenorizado, donde reconoció el yerro y asumió la indemnización.

El Dictamen del Consejo de Estado 661/202162 fija la responsabilidad estatal en base a una serie de errores en cadena no solo por parte del algoritmo y de los agentes encargados de la recogida de datos, sino también, de los operadores jurídicos intervinientes. Dentro de los errores mencionados se hace especial hincapié en el uso de una herramienta obsoleta debido a que existía una versión posterior de VioGén que no fue utilizada. La problemática que presenta este caso en cuestión es mucho mayor debido a que estamos ante un caso de responsabilidad patrimonial del estado por los servicios policiales de prevención y protección inadecuados, como por error judicial. (García y Molina, 2023, p.17)

¹⁷ VioGén, conforme lo explicado por García y Sánchez (2023, p.1) consiste en: “(...) en varios formularios con una serie de ítems que deben completar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando una mujer denuncia haber sufrido malos tratos. Tras su cumplimentación, un algoritmo predictivo pondera los distintos factores y arroja un determinado nivel de riesgo, que será determinante para la elección de las medidas policiales a adoptar para la protección de la víctima”.

El error judicial de este asunto se fijó en la falla del Juzgador de no ir más allá de lo que la herramienta tecnológica en primera mano dio para analizar el riesgo del caso. Dijo que no había una explicación razonable al miedo que decía vivir la madre, dando como uno de los fundamentos principales de su fallo que el sistema catalogó de bajo el riesgo de violencia el expediente (ABC, 2018). En Costa Rica, las herramientas de valoración de peligro y riesgo no se encuentran implementadas dentro de las aplicaciones de IA que actualmente se desarrollan. No obstante, tampoco se conocen las extensiones que posibles aplicaciones como SUPERCOP lleguen a tener una vez que el proyecto se asiente y sea expuesto al público.

5. De los riesgos del uso de la ia en el poder judicial costarricense respecto de los principios de imparcialidad e independencia

Una vez que hemos advertido cómo han avanzado diversos países en las herramientas de IA en sus Poderes Judiciales, podemos desglosar riesgos que se estiman de importancia ponderarlos en el futuro del desarrollo de esta herramienta en nuestro Poder de la República; ya que aun cuando las aplicaciones actuales tienen una incidencia indirecta en las labores de los jueces, las comparaciones permiten visualizar incidencias potenciales en la Administración de Justicia:

a) Inflexibilidad de las resoluciones frente futuras interpretaciones a la normativa

El riesgo se puede dilucidar en dos vertientes: i) cuando se genera el repositorio de la IA como herramienta auxiliar o cuando se evalúa su uso en caso de resoluciones de baja complejidad, recordamos que ella la genera a partir de resoluciones previas, interpretaciones doctrinarias y demás elementos tomados en consideración su inmutabilidad en el tiempo hasta que sea realizada otra alimentación a la base de datos y ii) que los juzgadores, se fíen en un apoyo incondicional en lo generado por el sistema que se deje de cuestionar la línea de criterio que se viene aplicando es la más adecuada conforme a un análisis hermenéutico o evolutivo.

b) Eliminación voto disidente

Uno de los aspectos que pueden dar fuerza a una decisión judicial es el sentido de unicidad. Sea que esta se alcance mediante un voto unánime en un tribunal colegiado o cuando los unipersonales asumen la juris-

prudencia del superior en el dictado unísono de una línea argumentativa en un tema litigioso. Sin embargo, los fallos de disidencia son útiles en colaborar con los futuros cambios que probablemente puedan darse en el ordenamiento, obligan a fortalecer los votos de la mayoría y se ha dicho que permite moderar posturas; también permiten generar una visión de transparencia en el dictado de los fallos del órgano jurisdiccional (Verdugo, 2011).

No obstante, el uso de un repositorio inmutable en línea de criterio no permitiría la creación de nuevas líneas interpretativas, no las impulsaría, por el contrario, buscaría la generación de modos uniformes de pensamiento en temas que se encuentren bajo análisis de los jueces si ellos tienen acceso a aplicaciones donde el sistema de IA genera un resultado posible al que se encuentra bajo examen, debido a los precedentes con que fue alimentado. La decisión del juez de apartarse de aquellas recomendaciones podría ponderarse como una manera de vulnerar su independencia e imparcialidad. No solo tendrá que fundar su fallo conforme la valoración probatoria y el ordenamiento; sino generar una cuasi defensa de los motivos que le apartan de esa sugerencia.

En casos que tienen implementados sistemas de IA para el dictado de fallos, la posibilidad de cambios en la línea deberá ser incursionados a la IA por su programador, sea por pedido del Poder Judicial o por el perfil de quien alimenta la base de datos (un gestor con conocimiento en esa rama jurídica con competencia otorgada al efecto). En el caso particular de China, han manifestado la bondad de la uniformidad y, consecuentemente, de la legitimidad que eso da al Sistema Judicial. En ese sentido se puede recopilar lo dicho por el expresidente de la Corte del Pueblo de Shanghai, Juez Yadong Cui (Stanford, 2017), cuando comentó:

Debido a que el personal judicial se compone de diferentes individuos con subjetividad, inevitablemente habrá algunas diferencias a la hora de garantizar la uniformidad de la ley, lo que da lugar a una aplicación incoherente y a diferentes sentencias en casos que compartan hechos muy similares. La aplicación de la inteligencia artificial puede proporcionar un razonamiento judicial relativamente racionalizado y un estándar de evaluación, proporcionar al juez todos los casos similares, leyes, reglamentos e interpretaciones judiciales, etc., para que él pueda seguir estrictamente la regla de la prueba y el procedimiento, lo que reducirá la arbitrariedad judicial y promoverá la justicia¹⁸.

Como se muestra, dependiendo del Estado, la visión de la pérdida o suma de la existencia del voto de minoría o disidente puede sumar o restar en la lista de fortalezas y debilidades de la implementación de sistemas de IA en la ayuda o generación de resoluciones jurisdiccionales.

18 Traducción ejecutada por la autora.

c) La generación de programas por terceros (Know-how en manos de terceros)

Cuando la programación de la aplicación la sostiene un tercero y no el mismo Poder Judicial, existen dos importantes situaciones a atender: primero, no va a ser posible por el secreto y derechos de autor adheridos a ese producto, generar la transparencia necesaria que ocupan los usuarios para comprender en su totalidad los fallos que les involucran. Para que el fallo guarde una debida fundamentación, se requiere que el juzgador conozca los valores y elementos que fueron tomados a examen por la IA y pueda estar de acuerdo en que son los relevantes para la resolución del asunto y los pueda explicar en su fallo relacionándolos con las demás probanzas que hayan sido aportados.

La Sala Constitucional costarricense ha dicho que la obligación de fundamentar los pronunciamientos judiciales implica el derecho a una sentencia justa y congruente. Por ello, debe señalar los medios de convicción en que se sustenta y también los que desecha (Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional, sentencia n. 1746–2001).

Segundo, se crea una dependencia hacia la compañía que se contrata el servicio, en dimensiones con agravantes porque para formular el repositorio sobre el cual trabajaría la base de “enseñanza” de la IA, lleva datos se les pueda otorgar información con datos sensibles que tienen un tratamiento y resguardo especial; además abre una arista de responsabilidad del Estado sobre los datos que voluntariamente, de sus ciudadanos, haya vulnerado en la consecución del objetivo. Asimismo, debe sostenerse que -dependiendo de la IA- requiere el consentimiento de las personas usuarias, partes del proceso (Ley N.8968, 2011, Art. 5).

d) Posible sesgo en la valoración de la prueba

En Costa Rica, se maneja el sistema de valoración probatoria de sana crítica¹⁹, conforme el cual las pruebas

¹⁹ Al respecto se pueden consultar los artículos 41.5 del Código Procesal Civil; 480 del Código de Trabajo, art.191 del Código Procesal de Familia, art. 82 inc. 4 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Asimismo, la Sala Constitucional en su voto 1739-92 de 01 de julio de 1992 indica, en lo conducente: “h) **El principio de valoración razonable de la prueba:** El proceso penal especialmente, al menos tal como debe entenderse en nuestro país, excluye la libre convicción del juzgador, el cual tiene, por el contrario, la potestad y obligación de valorar la prueba recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional, que reconocen su discrecionalidad, pero la someten a criterios objetivos, por lo tanto invocables para impugnar una valoración arbitraria o errónea. Desde luego, la arbitrariedad o el error pueden darse, tanto al rechazar indebidamente elementos o posibilidades de convicción pertinentes, como al atribuir a las pruebas recibidas un contenido inexacto o al desdeñar el verdadero -errores de hecho-, como, finalmente, al otorgarles un valor probatorio del que razonablemente carecen o negarles el que razonablemente tienen, como, en síntesis, al violar los principios de la sana crítica conducentes a una correcta determinación de la verdad de los hechos relevantes del caso ... el principio de inmediación de la prueba otorga, obviamente, una amplia discrecionalidad al juzga-

producidas con ayuda de IA y agregadas a los autos no tienen un carácter privilegiado frente a las demás probanzas, sino que deben ponderar con el resto de las probanzas que obran autos. Así, si el juzgador desconoce la forma en que la IA procesa la información sobre la que genera su resultado, por serle solamente presentado a examinar el producto (ejm. Informes como en los casos VioGén o Loomis), la posibilidad de violentar el debido proceso, por no explicarse ni para él el análisis efectuado, deja en indefensión a ambas partes; ya que, desde un primer momento estaríamos ante una prueba tasada, privilegiada a cuestionamiento. Ahora bien, es necesario resaltar que el Código Procesal de Familia, pronto a entrar en vigencia, tiene un numeral, el art. 69²⁰, dedicado a la posibilidad para que el juzgador incorpore elementos de prueba obtenidos por medios tecnológicos, lo cual abarca la IA, para lo cual el cuerpo normativo de forma congruente subraya que es responsabilidad del juzgador establecer según el caso particular, el procedimiento necesario para garantizar el debido proceso, según las normas probatorias de ese Código. Esa condicionante, llevaría a que los juzgadores expresamente deban introducirse en el estudio de las herramientas de IA, cuyos productos sean introducidos como pruebas al proceso para que, bajo la fundamentación del detalle en qué consiste la IA usada y cómo llegó a esa conclusión y por qué esa probanza resulta admisible o no junto a la pertinencia en el fallo.

e) *La neutralidad tecnológica e interconexión*

Debido a la relevancia de la función jurisdiccional, en este caso bajo estudio, debe seguirse el principio de neutralidad tecnológica²¹ que resalta como un riesgo, debido a que se podría ver limitada la IA creada a una tecnología. Recordemos que se debe buscar implementar aquellas que respondan a estándares comunes y garantizados. Se busca, en un Poder del Estado, no favorecer un modelo de explotación en particular, más bien que sea el mismo desarrollo tecnológico el que lo defina y permita la interconexión en productos de las diversas entidades estatales que se interrelacionan (ej. VioGén que era alimentado por diversas dependencias como la policía y los juzgados españoles).

Es evitar el protagonismo del Estado, como un eliminador, cuando debe ser este último factor quien permita la evolución o eliminación de opciones más conveniente al interés público u objetivos. Esto tiene resonancia con una de las recomendaciones dadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a sus Estados miembros en cuanto a que ha instado a “**fomentar los ecosistemas de IA accesibles** con infraestructura y tecnologías digitales, y mecanismos para compartir datos y conocimientos” (OCDE, 2023).

dor inmediato para apreciarla y valorarla, pero no excluye del todo su deber de documentar el contenido de la prueba misma y las razones de su convicción, de manera que uno y otras puedan ser impugnadas por arbitrarias o gravemente erróneas...”.

20 El numeral indica en su literalidad: “Artículo 69- Uso de medios tecnológicos para obtener información. En cualquier estado del proceso, la autoridad judicial puede obtener información de interés para el proceso por medios electrónicos; si se tratara de elementos de prueba, deberá establecerse en cada caso el procedimiento necesario de garantía del debido proceso, según las normas probatorias de este Código”.

21 Art. 3 inciso h) de la Ley General de Telecomunicaciones.

f) *La “jurimetría”*

La jurimetría es un concepto acuñado de los países con tradición anglosajona (ejm. Inglaterra, Australia, Estados Unidos), en virtud de la preponderancia que dan a la interpretación evolutiva de las normas en su resolución diaria de asuntos (Moya, 2003). Litigios que van aparejados de un juzgador o tribunal al que se presenta el asunto y tiene una determinada opinión de cómo resolver el tema de fondo. De manera que, se intenta predecir cómo solucionaría en un asunto con similares parámetros posteriormente. Con lo cual se vuelve esencial conocer los criterios que rigen por circuitos (competencias territoriales propias de un Estado federal), que no necesariamente deben ser homogéneos entre sí, pues esa labor se encomienda a la Corte Suprema de Justicia del país.

Estamos en presencia de naciones donde el mercado económico y los intereses en juego le han requerido sofisticación a la profesión de abogacía, más allá de conocer la norma (que existe y extensa) deban seguir los precedentes jurisprudenciales del circuito o circunscripción donde actúan y, así, intentar prever los chances de “éxito” que puede llegar a tener un litigio. A esa información recolectada se le asocia un valor, más en Circuitos Judiciales como el que envuelve Wallstreet o Silicon Valley. Previamente, se utilizaban las bases de datos con repositorios donde se verificaban los criterios actualizados y se marcaban incluso los antecedentes que caían o que eran aislados y no tuvieron mayor eco. Sin embargo, con las herramientas actuales de IA la información se desglosa ya no por Corte, sino por Juzgador.

La data permite conocer cuál es la posición del juez en una determinada temática o del superior y, con ello, plantear la acción o defensa con detalle para ser conocida con cierta información premeditada. Lo anterior debido al principio de imparcialidad e independencia judicial permite cuestionar hasta dónde llega la formación de un criterio propio y libre, conforme las reglas de valoración probatoria y bajo el principio de legalidad. Vamos a exponer una forma práctica, en materia laboral costarricense se presentan demandas en circuitos judiciales donde la opción de encausar el litigio por comodidad del domicilio de la accionante o lugar de prestaciones no resulta la primera opción; sino la línea de jurisprudencia que en esa otra circunscripción es prevalente.

También, se pueden exponer donde dependiendo de la materia, el usuario puede pensar obtener un resguardo de sus intereses -como se exponía en casos de protección de fraude registral entre Sala Primera y la Tercera de la Corte costarricense, siendo la primera de resolución de asuntos civiles y la segunda en penal-

(Centro de Información Jurídica en Línea [CIJUL], 2013).

Incluso, bajo una perspectiva en su caso investigativa, como parte del IV Informe del Estado de la Justicia, se aplicó IA para estudiar todas las sentencias emanadas por la Sala Constitucional entre 1989 y el 2021, permitiendo identificar “*los principales lineamientos jurisprudenciales utilizados y generados por la Sala Constitucional a partir de sus propios veredictos, los razonamientos de las personas magistradas al dictar sentencia y la interpretación de las fuentes jurídicas, entre otros*” (Programa Estado de la Nación, 2022, p.156). Con ello, los investigadores lograron determinar las frecuencias y promedios de partes dispositivas dictadas por ese alto tribunal; a la par de resultados que mostraron las tendencias dominantes de la Sala a rechazar o declarar sin lugar las sentencias.

6. Normativa actual para el resguardo de los principios de imparcialidad e independencia ante la implementación de la IA en el Poder Judicial costarricense

Entre más avanza la IA generativa, se debe examinar cómo se valorará su incursión en la labor jurisdiccional costarricense, en labores mayores que las operativas, para las cuales está siendo desarrollada en la actualidad. A nivel de la Unión Europea, se encuentra abierto el debate para generar una normativa específica sin que, a la fecha, se tenga un texto definitivo con la venía de todos los involucrados (Euronews, 2023). Sin embargo, sí hay una prohibición a la opción que exista una automatización del dictado de las resoluciones judiciales si no hay un consentimiento explícito de las partes, que deriva del artículo 22 apartado 1 y 2 acápite c) del Reglamento general de protección de datos²² y el numeral 11 de la Directiva 2016/680. De ahí que, como se ha reseñado con algunos ejemplos, la creación de aplicaciones de IA se ha delimitado en procurar coadyuvar la actividad del juzgador, proveyendo insumos que agilicen el dictado del fallo.

Por su parte, la Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial (2022) puso en la palestra la discusión sobre la necesidad de crear políticas nacionales y cooperación para el desarrollo de la IA, siempre te-

22 El artículo 22 apartados 1 y 2 del Reglamento expresa, en lo que interesa: “1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. / 2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, c) se basa en el consentimiento explícito del interesado”.

niendo como centro de interés al ser humano, sobre la tecnología y su potencial. Como lo externó Wojciechi (2022) en el Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos a raíz de la Recomendación de Decisión del Consejo sobre la IA, en la cual aseveró que la propuesta debe garantizar el respeto de los derechos fundamentales, con énfasis en el derecho a la intimidad, protección de los datos personales, presunción de inocencia, a un juicio justo, el derecho a una buena administración y de no discriminación.

Por ello, en el avanzado proceso de negociación de la Ley para regular la IA en Europa, se tiene delimitado que ciertos sistemas destinados a la administración de justicia deben ser considerados como de alto riesgo, por los efectos potenciales e incuantificables. Claramente se han citado aquellos que conllevan ayudar en la investigación, interpretar hechos y las normas junto a determinar la ley a aplicar a hechos concretos, se ha dejado ver la posibilidad de generar IA en el ámbito de la Resolución Alternativa de Conflictos, justamente por la voluntariedad que de antemano se daría al sometimiento de la disputa a resolverse de esa manera. Un ejemplo de ello es la Plataforma ODR que da la Comisión Europea para la resolución de litigios en línea para resolver conflictos de productos y servicios contratados en línea²³. El Parlamento Europeo (2023) ha establecido límites al uso de la IA en el ámbito judicial y ha proclamado:

La utilización de herramientas de inteligencia artificial puede apoyar la toma de decisiones, pero no debe substituir el poder de toma de decisiones de los jueces o la independencia judicial, puesto que la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad y una decisión de origen humano. (Textos aprobados - Ley de Inteligencia Artificial - Miércoles 14 de junio de 2023, s/f. Enmienda 71 Propuesta de Reglamento Considerando 40).

A nivel internacional, países miembros de la OCDE -como es el caso de Costa Rica-, han establecido cinco principios que permiten orientar las políticas públicas que se construyen sobre el tema (OCDE, 2019). Siendo que es uno de ellos es el resguardo de Estado de Derecho, lo cual cubre el principio de independencia e imparcialidad del juez (OCDE, 2019). Igualmente, la Organización de Naciones Unidas (ONU) desde el año 1985 ha establecido los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura donde ha dispuesto en el acápite segundo del apartado de Independencia de la Judicatura que:

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones,

23 El cual se puede acceder mediante el enlace: [Resolución de litigios en línea | Comisión Europea \(europa.eu\)](https://european-council.europa.eu/media/en/press-communications/infographic/infographic-odr-2023-06-14-01.pdf)

amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

En el ámbito nacional, carecemos de una normativa infra constitucional que resuelva directamente el binomio de IA y su incidencia en las labores jurisdiccionales. Como se mencionó previamente, la Carta Magna sostiene el resguardo general de los principios bajo examen, mas siempre es necesario un faro para guiar las interpretaciones específicas que exigen las situaciones de vanguardia, como lo es la IA. Por ello, resulta de especial importancia traer a colación el Código Iberoamericano de Ética Judicial, el cual en su articulado reitera la importancia de la independencia judicial, definiéndola como aquella conducta que despliega el juez al tomar una decisión justa con el ordenamiento vigente, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos a los cuerpos normativos (artículo 2). Por su parte, el Vigésimocuarto dictamen, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial²⁴ (2023) hace aportes importantes para el desarrollo de la IA en esta función y afirma que, de sustituirse la decisión humana por la IA:

[S]e desnaturalizaría el sistema judicial de inspiración democrática, basado en la confianza de la sociedad en sus personas juzgadoras, que son llamadas a resolver litigios de manera independiente. El criterio humano es imprescindible ante discusiones jurídicas novedosas que presenten zonas grises, frente a las cuales la diversidad de opiniones (según los distintos contextos, formación, ideología jurídica y métodos de razonamiento) permite mantener la función judicial como un instrumento vivo, que evoluciona y se adapta a las necesidades de la sociedad. (p. 9).

También, el documento resalta la posibilidad que la IA pueda ser permeada por sesgos de prejuicios y estereotipos, para lo cual propone la vigilancia y auditoría desde expertos en ética y derecho informático. Además del resguardo que da a los ciudadanos la obligación que se exige a los juzgadores de fundar sus fallos. Así como, alude al problema que lleva la responsabilidad del Estado y cómo se atribuiría si la IA genera una resolución cuestionada en estrados posteriormente, por los daños causados, lo cual sería incuantificable por los derechos fundamentales en juego.

24 De nominada en su totalidad como el Vigésimocuarto dictamen, de 8 de septiembre de 2023, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional.

III. Conclusiones

En el estado actual de la aplicación y uso de la herramienta de IA dentro del Poder Judicial costarricense se resguardan los principios de imparcialidad e independencia judicial. Primero, porque las herramientas en las que se trabajan no traspasan la competencia decisora del juzgador, tanto el tipificador como el anonimizador de datos ejercen una ayuda en labores operativas, no brindan un insumo directo al fallo o genera una incidencia en las probanzas o en su valoración.

Segundo, el Poder Judicial ejecuta aplicaciones algorítmicas de IA que no utilizan los datos sensibles de los usuarios con el afán de proveer de resultados al juzgador. Recordemos que las aplicaciones actuales como Chatbot, SUPERCOP y transcriptor de voz, son o usos de automatización -no propiamente IA- o se enfocan en el resultado por el análisis de ese tipo de información. Esto lo podemos concretizar al compararlas con COMPAS en el fallo Loomis o VioGén.

Tercero, la guía dada por los principios de OCDE, la Carta Iberoamericana y el Protocolo de la ONU, nos permiten visualizar que el camino normativo armoniza con el uso de la herramienta de IA en el ámbito jurisdiccional como una ayuda al juez y abre la vía a posibles aplicaciones donde no se requieren. Ahora bien, también, las rutas trazadas por regiones referentes, como es el europeo, se observa una tendencia clara a resguardar el ser humano y sus derechos fundamentales en el marco de un Estado de Derecho donde se tiene conciencia del papel del juzgador como aquel protagonista de las resoluciones de valoración y aplicación normativa ante disputa y su papel en la evolución interpretativa de las normas. Así como de su preponderancia para cobijar con sus sentencias a las poblaciones vulnerables frente a la IA. También, se permite buscar el impulso creativo con el consentimiento informado de los ciudadanos en aquellos asuntos operativos que permitan levantar atascos de burocracia judicial o promover espacios de resolución alterna de conflictos, donde la contención se diluye por aquella voluntad de las partes en ser quienes resuelven su diferencia con una guía.

La implantación de la IA en los tribunales va en aumento; no solo va a transformar los ambientes cotidianos de un juzgado, sino también, permitirá a los operadores jurídicos detectar áreas de mejora con mayor agilidad. Se evaluarán las tareas que un juzgador realiza o en su defecto los técnicos que le colaboran, identificando problemas en los que se pueda generar cooperación, examinando si hay tecnologías que puedan dar soluciones. Ahí se deberán considerar con cuidado los impactos de los sesgos, la auditabilidad del sistema, autoría del programa, su interconectabilidad, entre otros.

Asimismo, dentro de las facilidades que ha brindado la IA en otros países, en función de los principios de imparcialidad e independencia de la administración de justicia, debemos aprender de los riesgos que conlleva: i) Inflexibilidad de las resoluciones frente futuras interpretaciones a la normativa, ii) la jurimetría, iii) la neutralidad tecnológica e interconexión y iv) la eliminación voto disidente, para alertar y eliminar su enraizamiento dentro del sistema.

Por último, los juzgadores deben estar conscientes que la IA es una herramienta que permite, en este momento de su desarrollo, emular el comportamiento humano. Por ello, los insumos que brinda en la labor judicial es una ayuda más que debe ser contextualizada. No se debe perder el juez en la automatización, que puede cegarles de los principios que rigen la función jurisdiccional, no solo volverse en suscriptores de lo que produce la IA. La decisión basada en la ponderación de un asunto, donde las posiciones encontradas de las partes en disputa deban resolverse bajo la legalidad y la valoración bajo la sana crítica de las probanzas aportadas al caso, son labores que, en su esencia y responsabilidad, son propias de un juez imparcial e independiente.

IV. Bibliografía

- Álvarez, P. (2019). *How the Spanish justice system failed a mother and her two daughters*. El País English. https://english.elpais.com/elpais/2019/03/26/inenglish/1553595879_479681.html
- American Bar Association (2017). *Colegio de Abogados de Estados Unidos*. <https://www.americanbar.org/news/abanews/publications/youraba/2017/september-2017/7-ways-artificial-intelligence-can-benefit-your-law-firm/>
- Avella, M., Moyano, J. E. S., & Dinas-Hurtado, K. (2022). Uso del algoritmo Compas en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 8(1). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.615>

- Castro, J. (2019). ChatBot del Poder Judicial ayudó a ganar competencia de sitios web. *La Republica*. <https://www.larepublica.net/noticia/chatbot-del-poder-judicial-ayudo-a-ganar-competencia-de-sitios-web>
- Centro de Información Jurídica en Línea. “Adquisición a Non Domino.” CIJUL En Línea, 22 Feb. 2013, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/category/adquisicion-a-non-domino/>
- Código Iberoamericano de Ética Judicial. (2014). https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_mex_ane_57.pdf
- Constitución Política de la República de Costa Rica [Const]. 8 de noviembre de 1949 (Costa Rica).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo”) vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N.º 182,
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia 1739-1992 de las 11:45 horas de 01 de julio de 1992.
- Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia 1746–2001 de las 14:30 horas del 7 de marzo de 2001.
- Criminal Law — Sentencing Guidelines — Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing. — “State v. Loomis”, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). (2017). *Harvard Law Review*, 130(5), 1530–1537. <https://harvardlawreview.org/print/vol-130/state-v-loomis/>
- Da Silva, M., (2012), Justia Law, No. 1:2011cv01279, Document 96 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2011cv01279/375665/96/>

- Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, (2016). <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf>
- Estadísticas de asuntos en materia de salud 2013, (2023). *Sala Constitucional*. <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticas-de-asuntos-en-materia-de-salud-2013-2023>
- Estévez, E., Fillotrani, P., y Linares, S. (2020). Prometea: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial. En *Libros electrónicos del Banco Interamericano de Desarrollo*. <https://doi.org/10.18235/0002378>
- Euronews. (2023). Europa debate las restricciones a la inteligencia artificial en la cumbre de Euronews. <https://es.euronews.com/next/2023/11/08/europa-debate-las-restricciones-a-la-inteligencia-artificial-en-la-cumbre-de-euronews>
- Gottlieb, I. (2023, November 16). California Bar Passes Disclosure and Billing Guidelines for AI. *Bloomberglaw*. <https://news.bloomberglaw.com/business-and-practice/california-bar-passes-disclosure-and-billing-guidelines-for-ai>
- Ley de Inteligencia Artificial -propuesta-, (2023). (s.f.). Unión Europea, 2023, Fuente: *Parlamento Europeo*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.html#def_1_1
- Ley N.8968. 2011. Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales. 5 de setiembre de 2011. D.O. No. 170
- LexisNexis. (s.f.). *Litigation Analytics Tools on Lexis* <https://www.lexisnexis.com/en-us/products/lexis-plus/litigation-analytics.page>
- Montañés, É. (2018). La juez citó tres veces a la madre de Castellón para que justificara su denuncia. *Diario ABC*. https://www.abc.es/sociedad/abci-juez-cito-tres-veces-madre-castellon-para-justificara-denuncia-201809262135_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fsociedad%2Fabci-juez-cito-tres-veces-madre-castellon-para-justificara-denuncia-201809262135_noticia.html

- Molina Sánchez, M., & García Ortiz, A. (2023). Inteligencia artificial y prevención de la violencia contra las mujeres: la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del deber de debida diligencia. *Estudios penales y criminológicos*, 1–35. <https://doi.org/10.15304/epc.44.8854>
- Moya García, R. J. (2003). Jurimetría, una breve aproximación. *Jurimetría: Revista Chilena De Informática Jurídica*, (2). Recuperado a partir de <https://jurimetria.uchile.cl/index.php/RCIJ/article/view/10794>
- Murillo, C. (23 de agosto 2023). *La Inteligencia artificial y el ejercicio del derecho*. BDO. <https://www.bdo.cr/es-cr/publicaciones/2023/la-inteligencia-artificial-y-el-ejercicio-del-derecho>
- OCDE. (22 de mayo 2019). *Cuarenta y dos Países adoptan los principios de la OCDE*. Noticias. <https://www.oecd.org/espanol/noticias/cuarentaydospaisessadoptanlosprincipiosdelaocdesobreinteligenciaartificial.htm>
- OCDE Legal Instruments. (07 de noviembre 2023) Recomendación del Consejo sobre Inteligencia Artificial. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>
- Organismo de Investigación Judicial, *Informe de logros OIJ 2022, Informe de Logros OIJ 2022 Final2 parte 2* (googleusercontent.com). (s/f). Bing. Recuperado el 10 de febrero de 2024, de [https://www.bing.com/search?q=Organismo+de+Investigaci%C3%B3n+Judicial%2C+Informe+de+logros+OIJ+2022%2C+Informe+de+Logros+OIJ+2022+Final2+parte+2+\(googleusercontent.com\)&cvid=5318647055cb468f85fb7a5b8746c9cb&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBC-DE4MDRqMGo0qAIAsAIA&FORM=ANAB01&PC=LCTS](https://www.bing.com/search?q=Organismo+de+Investigaci%C3%B3n+Judicial%2C+Informe+de+logros+OIJ+2022%2C+Informe+de+Logros+OIJ+2022+Final2+parte+2+(googleusercontent.com)&cvid=5318647055cb468f85fb7a5b8746c9cb&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOdIBC-DE4MDRqMGo0qAIAsAIA&FORM=ANAB01&PC=LCTS)
- Poder Judicial de Costa Rica, Poder Judicial implementa inteligencia artificial para disminuir circulante en materia cobratoria. (19 de mayo 2022). <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/prensa/760-poder-judicial-implementa-inteligencia-artificial-para-disminuir-circulante-en-materia-cobratoria>
- Poder Judicial de Costa Rica, Poder Judicial: Rebajos al presupuesto 2023 paraliza servicios judiciales prioritarios. (12 de octubre 2022). <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/prensa/824-poder-judicial-rebajos-al-presupuesto-2023-paraliza-servicios-judiciales-prioritarios>

- Poder Judicial de Costa Rica, Juzgados Especializados de Cobro de San José se preparan para trabajar con Inteligencia Artificial. (8 de junio 2023). <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/prensa/944-juzgados-especializados-de-cobro-de-san-jose-se-preparan-para-trabajar-con-inteligencia-artificial>
- Poder Judicial de Costa Rica. (s.f.). *Estadísticas para Especialistas*. Planificación PJ. <https://planificacion.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticas-e-indicadores/estadisticas-para-especialistas>
- Product training: Live. (s.f). *Reuters*. Recuperado el 10 de febrero de 2024, de <https://training.thomsonreuters.com/legal-westlaw-edge>
- Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho. (2022). *Diario Oficial De La Unión Europea*. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XX1201\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XX1201(01))
- Reglamento - 2016/679 - EN - GDPR - EUR-Lex. (s/f). Europa.Eu. Recuperado el 10 de febrero de 2024, de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>
- Revista De Derecho, 18(2), 217–272. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532011000200009>
- Roa Avella, M. del P, Sanabria-Moyano, J. E., & Dinas-Hurtado, K. (2022). Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1) [Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos1 \(re-dalyc.org\)](https://doi.org/10.11606/ISSN2175-1875.RBDDP.V8N1P01)
- School, Stanford Law. (octubre 2017). “Artificial intelligence” makes the court system more just, efficient and authoritative, *Stanford Law School*. <https://law.stanford.edu/china-law-and-policy-association-clpa/articles/>
- Salas, Y. (2023). Inteligencia artificial opera en el Poder Judicial, con ‘asesores legales’ para jueces. *La Nación*. <https://www.nacion.com/sucesos/judiciales/inteligencia-artificial-opera-en-el-poder-judicial/>

[KQCBHSPIVFHN7E3IM5X22AJADA/story/](#)

- Sánchez, M., & Ortiz, A. G. (2023). Inteligencia artificial y prevención de la violencia contra las mujeres: la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento del deber de debida diligencia. *Estudios Penales Y Criminológicos*, 1–35. <https://doi.org/10.15304/epc.44.8854>
- Shi, C., Sourdin, T., & Li, B. (2021). The Smart Court – a new pathway to justice in China, *International Journal for Court Administration*, 12(1). <https://doi.org/10.36745/ijca.367>
- State v. Loomis. (s.f.). Justia Law. *State of Wisconsin* <https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/2016/2015ap000157-cr.html>
- *Textos aprobados - Ley de Inteligencia Artificial - Miércoles 14 de junio de 2023*. (s/f). Europa.eu. Recuperado el 10 de febrero de 2024, de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.htm
- Verdugo R., S. (2011). Aportes Del Modelo DE disidencias judiciales Al sistema político: Pluralismo judicial y debate democrático. *Revista de Derecho*, 18(2), 217–272. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532011000200009>
- Vigésimocuarto dictamen, (2023), Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre el uso ético de la inteligencia artificial en la labor jurisdiccional. https://eticayvalores.poder-judicial.go.cr/images/CIEJ/Dictamen_CIEJ_24.pdf
- Vives, M. (2023). Aumento del 132% en renuncias amenaza estabilidad en Poder Judicial, *Semanario Universidad*. <https://semanariouniversidad.com/pais/aumento-del-132-en-renuncias-amenaza-estabilidad-en-poder-judicial/>
- Wojciech, R. (s.f.). Supervisor Europeo de Protección de Datos [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022XX0705\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022XX0705(03))

La discriminación en los procesos de reclutamiento y selección generada por la implementación de la inteligencia artificial

Adelina Rodríguez Vázquez²⁵

Resumen. En el presente estudio se expone la problemática de la utilización de la inteligencia artificial para coadyuvar a los patronos al proceso de reclutamiento y selección del talento humano y la posibilidad de que se incurra por acción u omisión en posibles prácticas discriminatorias. La autora propone una serie de medidas, entre políticas y jurídicas, para evitar que las empresas y demás patronos puedan incurrir en actos discriminatorios por el uso irresponsable de la inteligencia artificial.

Palabras clave. Reclutamiento y selección de personal, inteligencia artificial, discriminación en el empleo.

Abstract. The present study explores the challenges posed by the utilization of artificial intelligence in aiding employers with the recruitment and selection of human capital, particularly regarding the risk of inadvertent or intentional discriminatory practices. The author advances a series of policy and legal recommendations aimed at mitigating the likelihood of employers committing discriminatory acts arising from the careless deployment of artificial intelligence.

Keywords. Hiring and selection, artificial intelligence, employment discrimination.

Introducción

En el vértice en donde interactúan la innovación tecnológica y el derecho laboral, surge un fenómeno relevante y complejo: la discriminación en los procesos de selección de personal mediante el uso de inteligencia artificial.

Vivimos en una era digital en la que actividades tradicionalmente realizadas por personas, son asignadas a herramientas tecnológicas con capacidad de análisis, como los algoritmos, *software* o sistemas automatizados. Los sistemas mencionados prometen eficiencia y objetividad, sin embargo; detrás de esa aparente neutralidad, se esconden dilemas éticos y legales que rozan con la equidad, la transparencia y los derechos fundamentales de las personas en el mercado laboral.

25 Defensora Pública Laboral.

La implementación de la inteligencia artificial en los procesos de selección ha recibido una buena acogida, en virtud de la capacidad de estas herramientas para analizar grandes volúmenes de datos y realizar evaluaciones basadas en criterios predeterminados de manera rápida, eficaz y aparentemente imparcial. La promesa de este tipo de sistemas es evitar o minimizar las subjetividades humanas y con ello decisiones que no se basen en el perfil de los aplicantes. Pese a que el producto tecnológico aparenta ser totalmente neutral en la selección de personal, lo cierto es que en realidad la inteligencia artificial no está exenta de reproducir o incluso amplificar perjuicios preexistentes, perpetuando de esa manera la discriminación que pretende evitarse con su uso (Guest, 2021). Sumado a eso, la opacidad inherente a algunos algoritmos, complica la identificación de los análisis discriminatorios, dificultando en gran medida la corrección de esos sesgos. Además, por tratarse de herramientas con un pensamiento artificial, las víctimas de discriminación difícilmente pueden comprender y cuestionar las razones detrás de su rechazo en un proceso de reclutamiento y selección, limitando las vías de recursos que pueden tomar para denunciar el perjuicio.

Esta forma de comportamiento de las herramientas de inteligencia artificial, plantea una problemática desde la óptica del derecho laboral y la justicia social: ¿cómo garantizar que los algoritmos de inteligencia artificial no discriminen de manera inadvertida a candidatos debido a características protegidas por la ley, como la discapacidad, género, origen étnico u otros? ¿Qué responsabilidades tienen los empleadores y los desarrolladores de inteligencia artificial para asegurar que estos sistemas cumplan con los estándares éticos y legales de no discriminación?

Las anteriores interrogantes ponen a prueba el marco regulatorio referente al tema que existe en Costa Rica y que, además, desafían los parámetros actuales de los procesos de reclutamiento y selección con herramientas tecnológicas.

La tecnología continuará avanzando a pasos de gigante y, con más ímpetu, se seguirá impulsando la automatización y la inteligencia artificial, por ende, más que nunca es crucial regular proactivamente la protección de los derechos individuales en el ámbito laboral frente a este desafío. Los marcos regulatorios deben ser sólidos, y garantizar la adopción de mecanismos de inteligencia artificial en proceso de selección que no comprometan los principios de no discriminación, equidad y justicia para los eventuales o potenciales trabajadores.

En el presente ensayo, se pretende explicar de manera amplia el funcionamiento de la inteligencia artificial en los procesos de selección, casos concretos de discriminación en la etapa precontractual producidas por herramientas de inteligencia artificial, la legislación costarricense referente a la discriminación en el empleo, la legislación internacional que regula la inteligencia artificial y finalmente se pretende plantear una propuesta para solucionar o por lo menos regular de forma general el tema que nos ocupa.

A. ¿Cómo funciona la inteligencia artificial en los procesos precontractuales o de reclutamiento y selección?

La inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección ha transformado la forma en que las organizaciones identifican, evalúan y seleccionan candidatos para sus puestos de trabajo. La inteligencia artificial y los algoritmos utilizados en estos procesos están diseñados para mejorar la eficiencia, reducir sesgos humanos y optimizar la toma de decisiones, sin embargo, al ser programados por humanos y al funcionar en ocasiones el algoritmo de forma incomprensible o de muy difícil comprensión, puede incurrir la herramienta en discriminar personas no por su perfil académico, si no por su apellido, nacionalidad, género, preferencia sexual, lugar de residencia, entre otras. A continuación, se detalla cómo funcionan estos sistemas (Provost, 2013):

1. Programación de los sistemas: Dentro de esta etapa, interactúan equipos multidisciplinarios de expertos en distintas áreas (ingenieros en *software*, científicos de datos, psicólogos, especialistas en reclutamiento y selección, abogados, especialistas en cumplimiento normativo, entre otros).

En esta etapa de programación, las personas que participan pueden de alguna manera influir subjetivamente en la forma en que el algoritmo descartará personas. Inclusive en los casos en que se es sumamente cuidadoso, conocer el comportamiento a futuro del algoritmo es difícil, por lo que dependiendo de la información con la que se alimente, puede incurrir en sesgos discriminatorios, como ocurrió en el caso de Amazon que en otro acápite se mencionará.

2. Recolección y análisis de datos: Los sistemas de inteligencia artificial comienzan recolectando grandes volúmenes de datos relacionados con perfiles de candidatos, históricos de empleados, desempeño en el trabajo, entre otros. Una vez recopilados, los datos son analizados utilizando técnicas avanzadas de procesamiento, con el objetivo de identificar patrones y correlaciones entre las características de los candidatos y el éxito en roles específicos.

Durante esta etapa, el sistema de inteligencia artificial podría llegar a una conclusión errónea, que podría repetir en adelante, discriminando o prefiriendo personas por características no objetivas en un proceso de selección.

3. Creación de perfiles y evaluación: Con base en el análisis de datos, se desarrollan perfiles ideales para los candidatos que mejor se ajusten a las necesidades y características de la organización y del puesto de trabajo específico. Los algoritmos de inteligencia artificial evalúan automáticamente a los candidatos comparando sus perfiles con los perfiles ideales previamente establecidos.

4. Selección y toma de decisiones: Los candidatos son filtrados y clasificados automáticamente según su grado de adecuación al perfil deseado. Los algoritmos pueden asignar puntuaciones o *rankings* a los candidatos, lo que facilita la priorización de los más prometedores.

Conociendo a grandes rasgos cómo funcionan las herramientas de inteligencia artificial en procesos de selección, nos abogaremos abocaremos a entender la problemática que existe en cuando a la discriminación en el empleo producto del uso de estos mecanismos.

B. Problemática de la utilización desregulada de la inteligencia artificial en los procesos de Reclutamiento y Selección

Empresas de todo el mundo, incluyendo Costa Rica, han adoptado herramientas tecnológicas como la inteligencia artificial, debido a su aparente eficiencia y capacidad para automatizar y optimizar procesos que antes requerían intervención humana. Sin embargo, la falta de una regulación adecuada en muchas jurisdicciones representa un desafío, dado que la inteligencia artificial es una tecnología relativamente nueva, la legislación no ha evolucionado al mismo ritmo de su desarrollo, lo que deja un vacío regulatorio que puede traer consecuencias no deseadas.

La inteligencia artificial a menudo opera utilizando vastas cantidades de información disponible en internet o información seleccionada con la cual es alimentada. Su capacidad para asociar datos de manera similar al pensamiento humano hace que parezca poseer habilidades de raciocinio y aprendizaje comparables a las de una persona, por lo que no es casualidad que por definición, según la Real Academia Española, la inteligencia artificial sea la *“disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”*. (Real Academia Española, s.f.)

A pesar de lo indicado, por tratarse de una mente artificial, no funciona exactamente como nuestra mente humana. Su capacidad para manejar y analizar información de manera compleja, puede llevar a resultados inesperados y potencialmente discriminatorios, incluso sin una intención explícita de discriminar. Es decir, que al procesar datos para identificar candidatos adecuados para un puesto, la inteligencia artificial podría basarse en patrones y asociaciones presentes en los datos que, aunque no estén programados explícitamente para discriminar, resulten en decisiones sesgadas y discriminatorias. Estos sesgos pueden surgir de varias fuentes, como los datos de entrenamiento utilizados para desarrollar los algoritmos de inteligencia artificial, la intencionalidad de sus programadores, los prejuicios preexistentes relacionados con un tema al que la herramienta tenga acceso, entre otros.

Algunos expertos en derecho laboral e inteligencia artificial, se han referido ya a lo mencionado en el párrafo anterior. Por ejemplo, el profesor Jesús Lahera, experto en Derecho del Trabajo en la Universidad Complutense de Madrid, sostiene que *“los algoritmos no son neutros”*. Esta afirmación subraya que los algoritmos de inteligencia artificial pueden reflejar y perpetuar sesgos presentes en los datos con los que fueron entrenados. Además, el hecho de que los humanos están detrás del desarrollo y la implementación de estas herramientas significa que la subjetividad humana puede infiltrarse en el diseño y funcionamiento de los algoritmos. (Salvatierra, 2023)

En ese mismo orden de ideas, Lucía Aragüez, experta en Derecho del Trabajo e Inteligencia Artificial en la Universidad de Málaga (citada en Salvatierra, 2023), también destaca que *“no tiene por qué existir por parte de las empresas una intencionalidad en establecer una discriminación a la hora de contratar, pero es cierto que la propia configuración del algoritmo, de manera un poco inconsciente y en este momento inicial en el uso de estas tecnologías, produce estas situaciones”*. Esta observación resalta un aspecto crucial del problema: la discriminación no siempre es el resultado de una intención consciente, sino que puede surgir de la forma en que se configuran y utilizan los algoritmos de inteligencia artificial.

La falta de regulación y la complejidad inherente de los sistemas de inteligencia artificial, generan riesgos para las empresas que las utilizan para reclutamiento y selección, máxime cuando no existe legislación que las regule ni ningún control institucional o estatal que aseguren que la Inteligencia Artificial se utilice de manera justa y equitativa.

C. Casos de discriminación por la implementación de inteligencia artificial

Como ejemplos de los sesgos que pueden surgir en el uso de la inteligencia artificial en los procesos de selección, mencionaremos dos casos conocidos en donde herramientas de este tipo han fallado, descartando personas altamente clasificadas para sus puestos, por temas subjetivos y discriminatorios. Estos casos han sido comentados en la prensa y generalmente conocidos, sin embargo, existen anécdotas de personas en donde refieren este tipo de discriminación, pero, lamentablemente, por la dificultad que implica no pueden probarlo.

En el año 2018, la empresa “Amazon” tuvo que prescindir de la herramienta de reclutamiento y selección que utilizaba por ser sexista. La herramienta mostró un claro sesgo contra las mujeres, descartándolas sobre los hombres, a pesar de que sus perfiles se adaptaban mejor a los puestos de la empresa. A pesar de que la herramienta no fue programada para descartar a las mujeres, en apariencia el error consistió en que se educó con currículos de candidatos recopilados durante la anterior década, la mayoría de ellos eran hombres.

La herramienta inteligente, dentro de su proceso de pensamiento artificial, siempre optaba por los hombres y penalizó los currículos que incluían nombres femeninos o la palabra “femenino” (como en “capitana de club de ajedrez femenino”), con independencia de su formación. Amazon editó los programas informáticos para hacerlos neutrales, pero no funcionó, por lo que terminaron “despidiendo” a su herramienta de reclutamiento y selección. (BBC, 2022)

Otro caso de discriminación, en esta ocasión racial, es el del señor Dwight Jackson, persona afrodescendiente estadounidense, que en reiteradas ocasiones aplicó al mismo empleo en un hotel en Detroit utilizando su nombre y apellido. Tras múltiples rechazos, decidió enviar el mismo *curriculum vitae* a la misma empresa, modificando su apellido por uno que sonara como de una persona caucásica y fue contactado esa misma semana para una entrevista. La persona demandó al hotel por discriminación precontractual y actualmente el caso se encuentra judicializado en los Estados Unidos de América. (Bisset and Rosenzweig, 2024) El resultado de esta sentencia judicial generará hitos importantes referentes al tema.

Aunque no siempre se hacen públicos, existen informes anecdóticos y estudios que sugieren que los sistemas de inteligencia artificial en procesos de selección pueden reproducir inadvertidamente conductas discriminatorias existentes en los datos de entrenamiento, replicando prejuicios de sus desarrolladores o simplemente concluyendo incorrectamente por medio del algoritmo que una característica no curricular es de peso para preferir a una persona sobre otra. Esta falla, puede afectar negativamente a candidatos de ciertos grupos raciales o de género que históricamente han enfrentado discriminación en el mercado laboral.

D. Derecho comparado. Legislación internacional sobre el uso de inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección.

Al tratarse la inteligencia artificial de un tema novedoso, la mayoría de las legislaciones, incluyendo la nuestra, cuentan con rezagos y lagunas legales que impiden regular la forma en que debe utilizarse e interpretarse la información obtenida por medio de ella. Sin embargo, los países están empezando a tener la necesidad de regularla. En esta sección se citan algunos de los lugares en donde lo han hecho.

Unión Europea: Europa tiene una de las legislaciones más completas en cuanto a la regulación de la inteligencia artificial. Se ha promulgado la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, que es la primera ley integral en el mundo referente al tema. La prioridad del parlamento es garantizar que los sistemas de inteligencia artificial utilizados en la Unión Europea sean seguros, transparentes, trazables, no discriminatorios y respetuosos con el medio ambiente. Los sistemas de inteligencia artificial deben ser supervisados por personas, en lugar de por la automatización, para evitar resultados perjudiciales. El Parlamento también quiere establecer una definición uniforme y tecnológicamente neutra de la inteligencia artificial, que pueda aplicarse a futuros sistemas. (Parlamento Europeo)

La información sobre la ley que a continuación se expondrá, se ha tomado de la página web de la Unión Europea referente al tema y de la ley. La ley clasifica las aplicaciones de inteligencia artificial en tres categorías de riesgo:

1. Aplicaciones y sistemas que supongan un riesgo inaceptable, son prohibidas. Un ejemplo de este tipo de sistemas son los de puntuación social gestionados por el gobierno, para evaluar y calificar el comportamiento de los ciudadanos y las empresas en varios aspectos de la vida cotidiana y la actividad económica.

2. Aplicaciones de alto riesgo, como las herramientas de escaneo de *curriculum vitae* que clasifica a los solicitantes de empleo. Este tipo de inteligencias deberán estar sujetas a requisitos legales específicos, claros y serán sujetos a obligaciones de transparencia más ligeras: los desarrolladores e implantadores deben garantizar que los usuarios finales sean conscientes de que están interactuando con inteligencia artificial (*chatbots* y *deepfakes*).

Para este artículo, es de interés esta segunda categoría. La ley europea decanta responsabilidades, la mayoría de las obligaciones recaen sobre los proveedores y desarrolladores de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. También sobre los que pretendan comercializar o poner en servicio sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo en la Unión Europea independientemente de que tengan su sede en la Unión Europea o en un tercer país. Finalmente, responsabiliza a proveedores de terceros países en los que el producto del sistema de inteligencia artificial de alto riesgo se utiliza en la Unión Europea. Los usuarios, personas físicas o jurídicas, que utilizan los sistemas de inteligencia artificial a título profesional, también tienen algún grado de responsabilidad, aunque menos que los proveedores.

Esta delegación de la responsabilidad es básica delimitarla. En nuestro país al no existir legislación, tampoco es posible responsabilizar a los creadores de *software* por discriminación en el empleo, salvo interpretando ampliamente el artículo 1045 del Código Civil, que establece que aquel que causa un daño, está obligado a repararlo. La acción procedente desde la legislación laboral en caso de determinar que una herramienta de inteligencia artificial discrimina en la etapa precontractual, sería la interposición de un fuero de protección por discriminación, en donde la demandada sería la empresa que ha reclutado por medio del *software* que discrimina y las consecuencias legales serían en contra de esa empresa, únicamente.

3. Las aplicaciones que no están explícitamente prohibidas o catalogadas como de alto riesgo: esta sección queda en gran medida sin regular.

Estados Unidos: En Estados Unidos, algunos estados y ciudades han comenzado a implementar regulaciones específicas sobre el uso de la inteligencia artificial en la contratación. Por ejemplo, la ciudad de Nueva York aprobó una ley que requiere que las herramientas de inteligencia artificial utilizadas en los procesos de selección sean auditadas

anualmente para detectar sesgos y que los resultados de estas auditorías sean accesibles al público (New York Times, 2023).

China: La normativa sobre inteligencia artificial que regirá a todo el ecosistema de innovación en China se proyecta que entre vigor a finales de 2024. En los últimos años el gigante asiático ha puesto en marcha tres regulaciones sobre los algoritmos, tanto para controlar la discriminación, como para identificar contenidos y asegurar que la información sea confiable. Un artículo de Sarah Zheng y Jane Zhang publicado en la revista Time (agosto, 2023), dio cuenta de esta necesidad de conciliar seguridad e innovación, que estará expresada en siete agencias, siendo las más importantes la Administración del Ciberespacio de China (CAC) y la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma. Entre las medidas propuestas por China se destaca la exigencia de etiquetas llamativas a los contenidos que sean creados artificialmente, esto no sólo incluye textos sino también fotografías y videos. A ello se agrega -señala el artículo en Time- la exigencia de que las empresas chinas proporcionen mecanismos claros para responder a las quejas públicas que surjan desde la ciudadanía respecto de sus contenidos y servicios. Las tres regulaciones que destaca Sheehan sobre los algoritmos son la de algoritmos de recomendación (2021), las reglas para la síntesis profunda de contenido generado sintéticamente (2022); y el proyecto de reglas sobre IA generativa (2023). La regulación de 2021 prohíbe la recomendación y protege a los trabajadores sujetos a la programación algorítmica. La de 2022 exige que se pongan etiquetas llamativas a los contenidos generados artificialmente y la de 2023 manda que los datos utilizados para entrenar y entregar resultados se fundamenten en datos verdaderos y precisos. A ello se agrega la necesidad de que los desarrolladores presenten sus algoritmos en un Registro de Algoritmos de China, que es un repositorio público construido con el propósito de recopilar información sobre seguridad. (Observatorio Parlamentario de Asia y el Pac, 2024)

Reino Unido: El Reino Unido ha establecido el Centro para la Ética y la Innovación en la Inteligencia Artificial (CDEI, por sus siglas en inglés), que trabaja para garantizar que las herramientas de inteligencia artificial se desarrollen y utilicen de manera ética. Este centro colabora con el gobierno, la industria y el público para desarrollar políticas y prácticas que promuevan la confianza en la inteligencia artificial (Centre for Data Ethics and Innovation, 2022).

Canadá: El gobierno de Canadá ha implementado la *Directiva sobre la Toma de Decisiones Automatizadas*, la cual establece principios y requisitos para el uso de sistemas automatizados en la toma de decisiones, incluyendo la necesidad de evaluaciones de impacto y la transparencia en los procesos de selección. (Canada.ca, s.f.)

Brasil: A finales de septiembre de 2021, el Congreso de Brasil aprobó un proyecto de ley que crea un marco legal para la inteligencia artificial. La propuesta presentada al Senado brasileño prevé la creación del Sistema Nacional de Regulación y Gobernanza de Inteligencia Artificial (SIA) (Beheshti, 2020; Cavalcante, 2023).

Panamá: Actualmente, en nuestro país vecino se ha abordado una ley modelo sobre inteligencia artificial. El Parlamento Latinoamericano y Caribeño, o Parlatino, la considera un avance y un reto para América Latina. La ley cuenta con 18 artículos, que regulan de forma general el tema en cuestión (Asamblea General de Panamá, 2024).

Costa Rica: El Ministerio de Ciencia, Innovación, Tecnología y Telecomunicaciones (MICITT) firmó una carta de compromiso con UNESCO, mediante la cual se acuerda un plan de acción para que Costa Rica desarrolle una estrategia de inteligencia artificial de acuerdo con la “[Recomendación sobre la ética en la inteligencia artificial](#)” de UNESCO, apoyada también por la Cooperación Andina de Fomento (CAF). Ambas partes, con esta carta, se comprometen a desarrollar una política nacional de inteligencia artificial, acompañar en la realización de talleres, identificar los proyectos en inteligencia artificial en el país. Se busca incorporar la ética en temas de inteligencia artificial. (UNESCO, 2023). A pesar de que se proyectaba que sería publicado en octubre de 2023, el proyecto ha presentado atrasos y a la fecha no se ha publicado.

La comparación internacional muestra que, aunque algunos países han avanzado significativamente en la regulación del uso de la inteligencia artificial, aún queda mucho por hacer a nivel global. La implementación de marcos regulatorios claros y específicos, junto con la promoción de prácticas empresariales responsables y la participación activa de la sociedad, son esenciales para asegurar un uso justo y equitativo de estas tecnologías. Costa Rica, al igual que muchos otros países, debe avanzar en la creación de una legislación que aborde estos desafíos, garantizando así que la inteligencia artificial se utilice de manera ética y que evite a toda costa la discriminación.

E. Legislación costarricense sobre la discriminación en el empleo y sobre el uso de la inteligencia artificial en la etapa de reclutamiento y selección.

En Costa Rica no existe regulación sobre el uso de la inteligencia artificial en la etapa de reclutamiento y selección, sin embargo; la legislación laboral en contra de la discriminación en el empleo, es tan amplia e inclusiva, que a pesar de no mencionar que es prohibida la discriminación mediante el uso de inteligencia artificial, se puede interpretar que lo hace, pues refiere a la discriminación de una forma general, sin generar exclusiones o limitaciones sobre los mecanismos por medio de los cuales se discrimina.

El título octavo de nuestro Código de Trabajo, refiere a la prohibición de discriminar y cuenta con siete artículos, a saber: del 404 al 410. Su contenido se expone a continuación.

El artículo 404 del Código de Trabajo prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, condición de salud, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación. El artículo 405, establece que, ante iguales condiciones subjetivas y objetivas, los trabajadores deberán disfrutar de los mismos derechos sin discriminación alguna.

Los artículos 407 y 408 del Código de Trabajo, revisten de especial importancia en este estudio, pues expresamente prohíben la discriminación en la etapa precontractual. Se establece que toda persona gozará de las mismas oportunidades para obtener un empleo y ser elegible en el ramo de su especialidad, siempre que reúna los requisitos formales solicitados por la persona empleadora.

La anterior protección legal no hace diferencia mediante qué mecanismo se discriminó a una persona, únicamente sanciona este tipo de prácticas patronales.

En esta misma línea de la prohibición absoluta de la discriminación, el Código de Trabajo en el artículo 410 establece la sanción de despido sin responsabilidad para los personeros de recursos humanos o encargados de reclutamiento y selección que incurran en discriminación, permitiendo que se aplique el despido en caso de existir discriminación en el empleo en el proceso de reclutamiento, responsabilizando al reclutador directamente. En caso de que esta persona utilice herramientas de inteligencia artificial que incurran en actos discriminatorios, eventualmente podría despedirse sin responsabilidad patronal por el ejercicio de sus funciones, pues la ley expresamente lo autoriza. Evidentemente, este sería el panorama más negativo de la interpretación de la norma. En caso de ocurrir una situación como la descrita, en un proceso judicial deberá analizarse la intencionalidad y otros factores, pues la conducta discriminatoria debe ser consciente y no accidental y así se ha señalado en jurisprudencia nacional, como por ejemplo el voto de la Sala Segunda número 1654 – 2018. Sin embargo, es interesante la discusión sobre el planteamiento del artículo a la luz de los reclutamientos por medio de inteligencia artificial.

A pesar de que la legislación nacional sobre la discriminación en el empleo podría englobar discriminación por medio de mecanismos de inteligencia artificial, no es suficientemente robusta, puesto que el legislador no lo contempló directamente y al no diseñarse la ley considerando este tipo de mecanismos, resulta complejo tener herramientas para demostrar discriminación en este tipo de casos. Es decir, aunque la ley prohíbe la discriminación, la carga probatoria mínima que recae sobre la persona víctima de discriminación, es lo suficiente amplia como para no poder lograr demostrarla.

En casos de discriminación en la etapa precontractual, a pesar de que el artículo 478 del Código de Trabajo inciso 10 establece que le corresponde al patrono justificar la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas señaladas discriminatorias; lo cierto es que la carga de prueba decanta, en una pequeña medida, en la persona discriminada, quien según el artículo 409 del Código de Trabajo y la jurisprudencia que desarrolla el tema, está obligada a señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación, y debe acreditar, aunque sea con indicios, que ha sido víctima de discriminación en el empleo. El siguiente voto jurisprudencial expone ampliamente de lo indicado:

Según el criterio del demandante, como en esa misiva no se señaló ninguna causa, ni se probó en el juicio una razón objetiva que justificara la destitución, cabe concluir que se trató de una represalia, por el litigio que interpuso en 2015, y por tanto, discriminatoria. **Para la Sala, eso no es suficiente para que prospere un proceso de esta naturaleza, sino que se requiere que el interesado provea indicios de que la discriminación en realidad ocurrió.** Ciertamente, la persona trabajadora que sufra cualquier tipo de discriminación está facultada para alegarla ante los juzgados de trabajo, pero eso sí: debe señalar el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancien su afirmación (numeral 409 del Código de Trabajo). Por otro lado, el inciso 10) del ordinal 478 ídem establece que cuando no exista acuerdo entre las partes, a la empleadora le corresponderá demostrar “La justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias en todas las demandas relacionadas con discriminaciones”. En el voto n.º 8711-2010 de la Sala Constitucional se externó: “Sobre este punto, es ineludible traer a colación la importancia que tiene la distribución de la carga de la prueba para procurarle al trabajador resguardo frente a actuaciones patronales que constituyan discriminación. 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 este 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 este 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 aquel; 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 aquella se haya producido (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)”. Solo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)—, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que esta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990, 7/1993 y 17/1996). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990, FJ 1; 136/1996, FJ 4, así como SSTC 38/1981, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 147/1995 ó 17/1996).” (Ver sentencias número STC 17/2005 de 1º de febrero de 2005 y STC 171/2003 de 29 de septiembre de 2003).” **En consecuencia, prima facie, el amparado que alega discriminación laboral debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, en torno a los indicios de que ha existido tal violación al derecho a la igualdad. Esta condición ha sido ampliamente reiterada por la jurisprudencia de esta Sala (ver sentencias número 2004-11984 de las 10:10 horas del 29 de octubre de 2004 y 2004-11437 de las 9:53 horas del 15 de octubre de 2004). Alcanzado, en su caso, un resultado probatorio suficiente por el accionante, sobre la parte recurrida recae la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito discriminatorio la decisión o práctica patronal cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”. En consecuencia, solo si el trabajador cumple con esos requisitos (suministrar los indicios de que habla la Sala Constitucional y los parámetros de comparación mencionados en el artículo 409 del Código de Trabajo), surge como contrapartida la carga probatoria del empleador de demostrar las razones objetivas -ergo, ajenas a cualquier ánimo discriminatorio- de su actuación”. (Sala Segunda, 2022)**

Considerando la poca regulación desde el punto de vista legal que existe con relación a la inteligencia artificial y su funcionamiento y conociendo la aleatoriedad en la forma en que se ejecuta el “pensamiento” de este tipo de inteligencias, resulta sumamente complicado lograr demostrar que se ha sido discriminado por medio de un proceso de selección tramitado por un *software* que se presume que no comete errores. En casos mundialmente conocidos, como el de Amazon, fue el propio empleador quien detectó el sesgo. Las mujeres descartadas en los procesos de selección

posiblemente no conocían los motivos. Si alguna hubiese querido reclamar, ¿qué pruebas podría presentar para demostrar su argumento? ¿Cómo evaluaría un juez el funcionamiento del *software*? ¿De qué forma se podría determinar que un *software* discrimina a cierta población? ¿Cuántas verificaciones serían necesarias para establecerlo? ¿Quién sería responsable por la discriminación en el empleo si el empleador utilizaba el *software* de buena fe?

La prohibición de la discriminación en el empleo y en la etapa precontractual en Costa Rica abarca también la generada por algoritmos de inteligencia artificial. Sin embargo, el problema que surge ante una situación de discriminación por algoritmo es la dificultad probatoria a la que el trabajador o aspirante a un empleo podrían enfrentarse, así como la complejidad de distribuir las responsabilidades que podrían surgir debido a la falta de regulación expresa del uso de inteligencia artificial. En Costa Rica, la legislación laboral podría mejorarse para abordar específicamente este tema, sobre todo el tema de la prueba y la distribución de responsabilidades entre el empleador y el desarrollador de *software*, aunque en términos generales sea adecuada para enfrentar la discriminación. La verdadera problemática radica en la falta de regulación de los dispositivos y programas de inteligencia artificial que participan en procesos de reclutamiento y selección sin ninguna normativa nacional especializada a la cual adaptarse. Esto podría provocar discriminación masiva en el empleo hacia ciertos grupos de personas, creando un problema social y una dificultad para la persona discriminada de probar legalmente la existencia de discriminación en el empleo.

Para abordar estas preocupaciones, es fundamental que se desarrollen marcos regulatorios claros y específicos para la utilización de la inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección. Estos marcos deberían incluir requisitos para la transparencia en los algoritmos utilizados, auditorías regulares para detectar y corregir sesgos, y mecanismos claros para que los candidatos puedan apelar decisiones que consideren injustas. Asimismo, las empresas deben ser responsables de garantizar que sus herramientas de inteligencia artificial no perpetúen discriminaciones existentes y deben ser proactivas en la revisión y actualización de sus sistemas para evitar sesgos.

Además, se debe promover la capacitación de jueces y profesionales del derecho en temas de inteligencia artificial y su impacto en el empleo para que puedan evaluar adecuadamente los casos de discriminación relacionados con estas tecnologías. Los desarrolladores de inteligencia artificial y las empresas que los utilizan deben trabajar en conjunto para asegurar que los algoritmos sean justos y equitativos, y para establecer procesos claros de rendición de cuentas en caso de que se detecten problemas.

En última instancia, la combinación de una legislación adecuada, prácticas empresariales responsables y una sociedad informada y vigilante puede ayudar a mitigar los riesgos asociados con la inteligencia artificial en el empleo y asegurar que todos los candidatos sean tratados de manera justa y equitativa.

F. Propuesta:

Con el presente artículo, se plantea la necesidad de una regulación legal para asegurar que las herramientas de inteligencia artificial en los procesos de reclutamiento y selección de personal se utilicen de manera justa, ética y no discriminatoria. Aquí se presentan algunas propuestas específicas para la regulación legal:

- Desarrollar un marco legal integral que cubra todos los aspectos del uso de inteligencia artificial en el campo la selección de personal. Este marco debería incluir definiciones claras y establecer requisitos que las herramientas de inteligencia artificial deben cumplir para ser utilizadas en la contratación, incluyendo los relacionados con ética y cumplimiento normativo.
- Promover la capacitación de jueces y profesionales del derecho en temas de inteligencia artificial y su impacto en el empleo para que puedan evaluar adecuadamente los casos de discriminación relacionados con estas tecnologías
- Incorporar legislación específica que prohíba la discriminación algorítmica en la legislación laboral existente, incluyendo (1) métodos para identificar y demostrar la discriminación algorítmica, (2) sanciones para las empresas que utilicen herramientas de inteligencia artificial discriminatorias y remedios para las víctimas de dicha discriminación y (3) responsabilidad tanto para las personas que utilizan las herramientas (empleadores) como a los desarrolladores de *software*, por la creación o utilización de herramientas de inteligencia artificial discriminatorias en el empleo, al ser ambos responsables, desde su trinchera velarán por la aplicación correcta de la herramienta.
- La creación de una superintendencia o entidad especializada en inteligencia artificial, que evalúe el impacto de inteligencia artificial en general, pero también en específico antes de su implementación en los procesos de selección de personal, identificando de posibles impactos en derechos humanos y laborales. Se deben definir los parámetros objetivos que se evaluarán en cada herramienta, lo cual implicaría que para la generación de la ley expertos en diseño de inteligencia artificial participen en la redacción de la ley.
- Aprobación previa de las herramientas de inteligencia artificial por parte de una autoridad competente antes de su despliegue. Podría ser una Superintendencia especializada en el tema.
- Establecer derechos específicos para los candidatos que interactúan con herramientas de inteligencia artificial durante el proceso de selección. Estos derechos podrían incluir: (1) derecho a ser informado cuando una herramienta de inteligencia artificial se utiliza en su evaluación, (2) derecho a obtener una explicación sobre cómo y por qué se tomó una decisión en el proceso de selección, (3) derecho a apelar decisiones tomadas por la inteligencia artificial y solicitar una revisión humana, (4) otros.
- Legislar para exigir transparencia y responsabilidad en el uso de herramientas de inteligencia artificial en los procesos de selección de personal, exigiendo que las empresas publiquen las evaluaciones de impacto de

inteligencia artificial y los resultados de auditorías, creando registros públicos de herramientas de inteligencia artificial certificadas y aprobadas para su uso en la contratación. Se deberán fijar los parámetros a auditar, para lo que se necesitará del acompañamiento en expertos en diseño de algoritmos y *software*.

- Fomentar la colaboración internacional en la regulación del uso de inteligencia artificial en la selección de personal. Se podría trabajar en una ley marco para la región, para que participen distintos expertos en la creación de la ley.
- Proporcionar incentivos para que las empresas cumplan con las regulaciones. Estos incentivos podrían incluir descuentos fiscales para las empresas que implementen y mantengan prácticas responsables de inteligencia artificial y reconocimientos públicos para las empresas que demuestren un uso ético y responsable de la inteligencia artificial.

Un enfoque legal robusto es fundamental para garantizar que el uso de inteligencia artificial en el reclutamiento y selección de personal sea justo y ético. Estas propuestas de regulación legal pueden ayudar a crear un entorno en el que la inteligencia artificial se utilice de manera responsable y beneficiosa tanto para los empleadores como para los candidatos. Implementar estas medidas en Costa Rica, puede ayudar a establecer un estándar de no discriminación elevado para el uso de la tecnología en el ámbito laboral.

Bibliografía

- Act, E. A. (2023). *Ley de inteligencia Artificial de la Unión Europea*. Obtenido de artificialintelligenceact.eu/es
- Alessio D Ignazio and Richard Watson. (2020). Ethical considerations of using artificial intelligence in hiring. *Journal of Bussiness Ethics*.
- BBC. (2022). *www.bbc.com*. Obtenido de El algoritmo de Amazon al que no le gustan las mujeres: www.bbc.com/mundo/noticias
- Beheshti, N. (2020). *Artificial Intelligence and Hiring: A Strategic Framework*. Routledge.
- Bisset and Rosenzweig. (2024). Black man only got job interview after using White-sounding name, lawsuit says. *The Washington Post*.
- Canada.ca. (s.f.). *Directive on Automated Decision Making*. Obtenido de <https://www.tbs-sct.canada.ca/pol/doc-eng.aspx?id=32592>

- Cavalcante, A. P. (2023). Regulación Brasileña sobre Inteligencia Artificial. *Revista de la facultad de derecho de México*.
- Centre for data ethics and innovation. (2022). *Centre for data ethics and innovation*. Obtenido de gov.uk: <https://www.gov.uk/government/organisations/centre-for-data-ethics-and-innovation>
- Código de Trabajo. Código de Trabajo de Costa Rica.
- Guest, D. (2021). The future of human resource management: Emerging trends in artificial intelligence.
- New York Times. (2023). A hiring law blazes a path for A.I Regulation. *New York Times*.
- Parlamento Europeo. (s.f.). EU AI Act.
- Pawan Budhwar, Yu Lui. (2020). Artificial intelligence in human resources management: Challenges and a path forward. *Asia Pacific Journal of Management*.
- Provost, F. a. (2013). *Data Science for Business: What You Need to Know about Data Mining and Data-Analytic Thinking*. O Reilly Media.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/diccionario>
- Sala Segunda, voto 2773-2022.
- Salvatierra, E. (2023). La inteligencia artificial y los algoritmos digitales en el ámbito laboral . *Cadena Ser*.
- UNESCO. (28 de febrero de 2023). *Costa Rica será el primer país de Centroamérica en tener una estrategia de Inteligencia Artificial*. Obtenido de unesco.org: <https://www.unesco.org/es/articles/costa-rica-sera-el-primer-pais-de-centroamerica-en-tener-una-estrategia-de-inteligencia-artificial>

Discriminación por salud en el trabajo: Una mirada desde la realidad

Idannia Arteaga Monge²⁶

Resumen. El propósito de este artículo es analizar el caso de una persona trabajadora migrante, quién con el patrocinio de la Defensa Pública Laboral, litigó un proceso laboral contra una empresa de servicios médicos por motivo de discriminación por salud. Para ello, se examinará el concepto de discriminación, sus distintas formas de presentarse y el de acoso laboral (mobbing) como daño colateral intrínseco al acto de la discriminación.

Palabras clave. Discriminación por salud, acoso laboral, Defensa Pública Laboral.

Abstract. The purpose of this article is to analyze the case of a migrant worker who, with the sponsorship of the Public Labor Defense, litigated an employment lawsuit against a medical services company on grounds of health discrimination. To this end, the concept of discrimination, its various manifestations, and workplace harassment as an intrinsic collateral damage of the act of discrimination will be examined.

Keywords. Health discrimination, mobbing, Public Labor Defense.

I. Introducción

La Constitución Política en su numeral 33, establece: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. Dicha disposición prohíbe la discriminación en todas sus formas, con la finalidad de garantizar la igualdad y el respeto a la dignidad humana de las personas.

Asimismo, en el ámbito laboral el Código de Trabajo reformado, mediante ley N° 9343 del 25 de enero de 2016 (Reforma Procesal Laboral), pionero en referirse a la prohibición de discriminación de forma tan puntual, establece en el artículo 404 la protección en contra de la discriminación en los centros de trabajo de la siguiente manera:

26 Defensora Pública Laboral.

Se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, condición de salud, discapacidad, afiliación sindical, presentación de denuncias o rendición de testimonio sobre actos de corrupción conforme a lo dispuesto en el artículo 3, inciso 1), de la Ley de Promoción de Denuncias y Protección de las Personas Denunciantes y Testigos de Actos de Corrupción contra Represalias Laborales, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación. (Así reformado por el artículo 28 de la Ley de protección de las personas denunciantes y testigos de actos de corrupción contra represalias laborales, N° 10437 del 29 de enero de 2024).

El último párrafo del numeral 540 C.T. establece, para estos efectos, que: “(...) podrán impugnarse en la vía sumarísima prevista en esta sección, **los casos de discriminación por cualquier causa**, en contra de trabajadores o trabajadoras, que tengan lugar en el trabajo o con ocasión de él”. También, el numeral 409 C.T. indica “(...) quien alegue la discriminación deberá señalar específicamente el sustento fáctico en el que funda su alegato y los términos de comparación que substancie su afirmación (...)”.

Según la carga probatoria establecida por el Código de Trabajo reformado en su artículo 478 inciso 10) se establece que en los casos de discriminación le corresponderá a la parte patronal: “La justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias en todas las demandas relacionadas con discriminaciones”.

Lo anterior nos permite determinar que nuestro marco legal pretende garantizar que todas las personas tengan las mismas oportunidades en el ámbito laboral, con la finalidad de crear un ambiente laboral más justo y equitativo; reconociendo que la discriminación laboral viola los derechos humanos fundamentales de las personas; y, de esa manera, contribuir a consolidar el Estado de Derecho, al garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación.

Con base en lo anterior, en el presente artículo analizaremos la Sentencia N.º 2018-000554 del Juzgado de Trabajo de Heredia, de las diez horas y doce minutos del seis de abril del año dos mil dieciocho. Sentencia que se emite a partir de la demanda interpuesta desde mi labor como defensora laboral a favor de una persona trabajadora migrante y en contra de una empresa de servicios médicos. Esta sentencia declara que la empresa recurrida realizó actos discriminatorios contra la persona trabajadora. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia a través de la Resolución N.º 2019-000022 de las diez horas veinte minutos del once de enero de dos mil diecinueve.

Dichas sentencias conocen la solicitud de tutela interpuesta desde la Defensa Pública Laboral a favor de una persona trabajadora migrante, por considerar que estaba siendo discriminado por motivos de salud. Dicha persona acusaba tener dificultades para ir al baño a defecar, que lo obligaba a tener que ir de dos a cuatro veces al día, en las cuales tardaba alrededor de veinte minutos. Puesto que su trabajo era medido por tiempo de producción, les pidió a sus jefes una adecuación en sus indicadores de evaluación para que se le descontara el tiempo que demoraba teniendo que ir al baño, sin embargo, esta solicitud le fue denegada. Por lo expuesto, su nivel de producción se vio afectado y, por ello, fue amonestado y amenazado de ser despedido. La demanda presentada se basó en que a la persona actora se le dio una exigencia igualitaria de resultados que a sus personas compañeras, sin advertir la especial condición de salud que presentaba.

Por su parte, la empresa indicó no tener un dictamen médico especializado que certificara la condición de salud, el cual justificara el trato diferenciado que el actor solicitaba. Se indicó que dicho documento debía ser emitido por la Caja Costarricense de Seguro Social; el cual dependía de una cita médica que el trabajador tendría hasta un año después. Lo anterior, le impedía al actor contar de manera inmediata con ese requisito que pedía su patrono para realizar algún tipo de adecuación a su relación laboral.

Aunado al padecimiento que este trabajador sufría, las burlas y el acoso laboral se hicieron presentes de parte de las autoridades superiores y personas compañeras. En este sentido abordaremos cómo el tema de discriminación, en la mayoría de los casos, viene acompañado casi siempre del acoso laboral, por las burlas y la indiferencia en que se trata un menoscabo en la salud. Además, de realizar acoso como una forma de invitar a la persona discriminada a renunciar.

Finalmente veremos la especial carga probatoria con la que el Juzgado de Trabajo resuelve este caso y la validación de esta por parte de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

II. Análisis

a) Alcances generales sobre el término discriminación y su relación en el ámbito laboral.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el verbo discriminar con dos definiciones, la primera se refiere a “marginar, excluir, segregar, separar, distanciar” y la segunda a “dar un trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos de sexo, de edad, de condición física o mental, etc (...)”.

Existe basta bibliografía acerca del concepto de discriminación. Explicar dicha terminología es importante, pues, a partir de una adecuada definición, comprensión y razonamiento se deriva la viabilidad de reclamarla en un proceso judicial.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que es el documento político y jurídico relacionado con la protección e igualdad de los derechos de todas las personas, señala que toda persona debe estar protegida contra toda discriminación. Lo que quiere decir que no ser discriminado equivale a tener acceso a todos los derechos y libertades consagrados por esta Declaración.

En el artículo 7 de dicha declaración se establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual y protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, importante instrumento internacional de protección de los derechos de las mujeres, literalmente establece sobre la discriminación lo siguiente:

[L]a expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. 4 Estas definiciones son buenos ejemplos de cómo se formula el tema de la discriminación en el terreno de las normas 18 internacionales y son, desde luego, un ejemplo preciso y claro del concepto de discriminación que estábamos buscando. La discriminación se inscribe, de esta manera, en el horizonte de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y ello hace evidente la necesidad de su eliminación para lograr una sociedad libre, igualitaria y justa.

Asimismo, tomando como referencia el texto desarrollado por Rodríguez (2004) la discriminación es un trato desigual hacia una persona o grupo de personas basado en características como la raza, el género, la orientación sexual, la religión, la discapacidad, entre otras. Este autor enfatiza la importancia de comprender las raíces históricas y sociales de la discriminación, para poder combatirla de manera efectiva. Asimismo, destaca el papel fundamental del Estado en la promoción de la igualdad y la no discriminación.

b) ¿Qué es la discriminación laboral?

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2012):

[L]a discriminación en el empleo y la ocupación hace referencia a prácticas que tienen el efecto de situar a determinadas personas en una posición de subordinación o desventaja en el mercado de trabajo o el lugar de trabajo a causa de su raza, color, religión, sexo, opinión política, ascendencia nacional, origen social o cualquier otra característica no relacionada con el trabajo que debe desempeñarse.

Añade la citada organización, que las prácticas discriminatorias pueden ser directas o indirectas:

Discriminación directa: tiene lugar cuando se establece una distinción, una preferencia o una exclusión explícitas por uno o varios motivos. Por ejemplo, un anuncio laboral “sólo para mujeres menores de 30 años” constituiría una discriminación directa.

Discriminación indirecta: se refiere a situaciones, medidas o prácticas aparentemente neutrales pero que en realidad tienen un efecto negativo en las personas pertenecientes a un grupo determinado. Es un tipo de discriminación que puede ser más sutil y menos evidente que la directa; sin embargo, sus consecuencias son igualmente perjudiciales. Podemos citar, como ejemplo, los horarios laborales rígidos, pues estos pueden no ser compatibles con las responsabilidades familiares, lo que afecta desproporcionadamente a las mujeres (tal como el Proyecto de Ley de Jornadas Laborales 4X3, discutido ampliamente en el ámbito costarricense).

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (México, 2018) realiza una definición más amplia sobre las distintas formas en que se puede presentar la discriminación y las define de la siguiente manera:

Discriminación de hecho: Consiste en la discriminación que se da en las prácticas sociales o ante funcionarios públicos, cuando se trata de modo distinto a algún sector, como por ejemplo a las mujeres o a las personas mayores.

Discriminación de derecho: Es aquella que se encuentra establecida en la ley, vulnerando los criterios prohibidos de discriminación, mediante la que se da un trato distinto a algún sector. Es el caso, por ejemplo, de una ley que estableciera que las mujeres perderían su nacionalidad si contrajeran matrimonio con un extranjero, pero que esta ley no afectara a los hombres que estuvieran en semejante situación.

Discriminación por acción: Cuando se discrimina mediante la realización de un acto o conducta.

Discriminación por omisión. Cuando no se realiza una acción establecida por la ley, cuyo fin es evitar la discriminación en contra de algún sector de la población.

Discriminación sistémica. Se refiere a la magnitud de la discriminación de hecho o de derecho en contra ciertos grupos en particular. (p. 10-12).

Conocer a fondo las distintas maneras como se puede presentar la discriminación es una forma de visibilizar este flagelo y poder luchar a favor de la igualdad de oportunidades. Esto permite a todas las personas poder desarrollar plenamente sus talentos y calificaciones de conformidad con sus aspiraciones y preferencias, así como, gozar de igualdad de acceso al empleo y de las condiciones de trabajo.

Para lograr la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación, no basta con erradicar simplemente las prácticas discriminatorias. También es necesario promover la igualdad de oportunidades y de trato en el lugar de trabajo con acciones positivas en todas las fases de la relación de trabajo, incluidas las prácticas de jubilación, retención, promoción y terminación, la remuneración, el acceso a la formación profesional y el desarrollo de las competencias profesionales.

Del estudio de las diferentes definiciones, para propósitos prácticos de este estudio, se entiende por discriminación indirecta por salud en el empleo como: aquella situación en la que una persona trabajadora con un menoscabo en su salud reclama a una persona patrona la forma de ser tratado en su trabajo y que se espere de él resultados laborales igualitarios a los demás trabajadores; cuando en realidad el trabajador con problemas de salud está presentando situaciones de desventaja que ameritan y a tener un trato desigual o preferencial.

De esta manera ya lo ha resuelto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en el voto 112-2017 de las diez horas veinte minutos del veintisiete de enero de dos mil diecisiete que, en lo que interesa, indica:

En este sentido, es necesario hacer énfasis en que la parte demandada menciona expresamente en su recurso que no se siguió ese procedimiento porque no era aplicable al caso, sino que más bien, se hizo uso de la potestad de libre despido. No obstante, **debe destacarse que esa posibilidad que tiene la parte patronal, cede ante los casos de personas trabajadoras que se encuentran en circunstancias de especial vulnerabilidad, como lo son quienes han sufrido un accidente del trabajo y presentan problemas de salud, a quienes la legislación busca proteger de despidos discriminatorios**, como se dio en el caso del accionante.

El proceso por discriminación que se presente en vía judicial debe de enunciar de manera clara, precisa y circunstanciada los indicios por los que se considera ha existido conductas discriminatorias, además de indicar por qué se consideran discriminatorios esos indicios. Tal y como lo ha dispuesto la sentencia 2005-1205 de la Sala Constitucional:

En consecuencia, prima facie, **el amparado que alega discriminación laboral debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, en torno a los indicios de que ha existido tal violación al derecho a la igualdad.(...)**“(...)El principio de igualdad, comprensivo de la prohibición de discriminar, busca que todas las personas sean tratadas igual por el Estado en cuanto a lo que sea esencialmente igual en ellos; de otro lado, pueden ser tratados desigualmente en todo aquello en que sean sustancialmente distintos. Dicho principio concibe un trato igual para las personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones similares y sólo media violación del mismo, cuando existe un trato discriminatorio carente de justificación”. (El destacado no corresponde al original).

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, Convenio 111, ratificado por Costa Rica, nos habla sobre cómo se considera el término de discriminación en este ámbito y esta refiere a su artículo número 1º, que literalmente indica:

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.

Sobre la discriminación en el trabajo señala Ermidia (2011) que:

[H]ay un punto de partida: **la relación de trabajo es una relación de poder entre desiguales, en la que hay una parte fuerte y otra débil. Por tanto, es un campo fértil para la discriminación. Discrimina quien puede y no quien quiere y el empleador tiene el poder para hacerlo. Entonces es natural que el Derecho laboral prohíba la discriminación, que agrede o contradice principios fundamentales, como los de igualdad, protección del más débil y el de dignidad de la persona humana (...)**”. (El destacado no corresponde al original).

c. ¿Qué es el acoso laboral?

El científico Leymann (1996) a quien se le atribuye la descripción clásica de acoso laboral, lo define en su libro *Mobbing* como: *“una situación en la que una persona, o varias, ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre otra u otras personas en el lugar de trabajo con el fin de destruir sus redes de comunicación, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y conseguir su desmotivación laboral”*.

Vemos como el acoso laboral y la discriminación en el trabajo se relacionan de una misma manera; a mi juicio casi, sin poderse diferenciar; con una única finalidad que la persona trabajadora acosada renuncie a su lugar de empleo.

III. Discriminación por salud en el trabajo una mirada desde la realidad

a) Análisis de la sentencia n.º 2018-000554 del Juzgado de Trabajo de Heredia.

El protagonista de esta historia es trabajador migrante contratado como operario industrial, quien laboraba en producción de implementos médicos. Tenía un horario nocturno de diez de la noche a seis de la mañana. Llevaba siete años laborando para esa empresa y desde hacía un año atrás comenzó a tener dificultades para defecar, lo hacía con sangre en sus heces, dichas dificultades se fueron incrementando a lo largo de todo el

año, al punto de tener que ir al baño a defecar de dos a cuatro veces al día por lapsos de 20 minutos.

Ante tales circunstancias, solicitó verbalmente a su supervisora que le realizara una adecuación de tiempo, ya que, estaba perdiendo diariamente una hora de producción. Esta misma solicitud se la realizó a su jefe directo. La única medida que tomaron fue permitirle ir más de una vez al baño y durar más de 7 minutos que era lo estrictamente permitido en la empresa. Desde que comenzó con este padecimiento su producción individual comenzó a disminuir, por ello, sufrió varias amonestaciones, así como burlas. Su jefe directo le decía “ya comenzó con el dolor de ovarios” ya que defecaba sangre y tenía dolor abdominal.

El trabajador se presentó al médico de empresa y lo refieren al hospital donde se encontraba haciendo todos los exámenes a efecto de determinar el padecimiento. Le hicieron exámenes de sangre de heces y una tomografía computarizada (TAC) anal, también conocida como colonoscopia virtual, y se encontraba esperando resultados. También tenía una cita médica pendiente al momento de los hechos, programada para un año calendario posterior. Su condición de salud se agravaba y le preocupa que lo despidieran, pues ya había sido amenazado.

El trabajador se había destacado durante su relación laboral por ser un buen colaborador cuyo rendimiento había disminuido a partir de la fecha en que comenzó con esos padecimientos. Fue amonestado por mal rendimiento y determinaron quitarle 10 minutos de producción (lo que significaba que le quitan la producción que él realizaba en 10 minutos). Su supervisora constantemente lo acosaba, le decía que duraba mucho en el baño y le preguntaba si le dolían los ovarios. Se le entregó una segunda amonestación, denominada “Carta de Seguimiento-Desempeño Laboral”, donde le indicaron que llevaba dos meses de tener eficiencia mínima y, de continuar con ese rendimiento, que la empresa procedería con más sanciones disciplinarias sin descartar el despido.

El día que le realizaron la segunda amonestación el trabajador presentó una nota a su supervisora, en la cual le justificaba el porqué disminuyó la producción. Le exponía la situación de salud que lo aquejaba y que la cita que le había dejado la Caja Costarricense de Seguro Social era hasta para dentro de un año. Expresaba que él era migrante y que la situación le era más difícil que a las demás personas, pues, no contaba con redes de apoyo que le colaboraran para asistir a medicina privada y que contaba con una familia a la cual alimentar. Con estas explicaciones, el trabajador quería justificar la hora diaria que perdía al ir al baño, que sumado a los 10 minutos que se le disminuían de producción por castigo lo hacían bajar los resultados de

producción. Les pidió encarecidamente a las autoridades de la empresa que le realizaran una adecuación, a efecto de cambiar las metas de producción, dado sus constantes idas al baño para defecar.

También, además de conversar y presentarle dicha nota a su supervisora, solicitó una reunión con Recursos Humanos de la empresa. Conversó con el jefe de su supervisora, a todos les comentó de su situación y nadie hizo absolutamente nada, todo lo contrario, se le dio un trato de burla que constituía una forma de acoso laboral.

En este punto podemos corroborar que efectivamente la discriminación generalmente no se presenta sola, puesto que, se hace acompañar del acoso laboral. Sobre este tema se dice que Heinz Leymann afirmó que “(...) el lugar de trabajo constituye el último campo de batalla en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a ser procesada por un tribunal”.

A partir de la situación narrada por la persona trabajadora, la Defensa Pública Laboral interpone Proceso Laboral Sumarísimo por discriminación por motivos de salud en contra de su patrono. La empresa demandada responde de forma negativa e indica, en resumen:

(...)Refirió que la primera vez que el accionante fue atendido por el médico de empresa por dolores estomacales fue el 24 de agosto de 2017. Destacó que este no ha aportado dictamen médico alguno que haga constar que no puede realizar las actividades laborales diarias, o bien, que estas deban adecuarse. Señaló que el demandante fue sancionado los días 27 de abril, 19 de mayo, 13 de julio y 10 de setiembre de ese año por baja eficiencia y en ninguna de esas oportunidades alegó tener problemas de salud. Interpuso las excepciones de falta de legitimación y falta de derecho (...). (Ver Sentencia 2019-000022 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las diez horas veinte minutos del once de enero de dos mil diecinueve).

El Juzgado de Heredia a efecto de resolver el presente, en la audiencia de juicio solicita prueba para mejor resolver:

De conformidad con los artículos 522 y 536 del Código de Trabajo, se pospuso el dictado de la sentencia una vez realizadas las conclusiones, con la finalidad de remitir a la parte actora a la Sección de Medicina del Trabajo, para recabar como prueba para mejor proveer un dictamen médico legal sobre la condición de salud de la parte actora. Dicho dictamen fue rendido dentro del plazo de ley y además fue puesto en conocimiento a las partes, dándole la oportunidad del contradictorio, con estricto apego a la naturaleza del proceso y los plazos que indica la normativa procesal laboral. (Ver Sentencia 2019-000022 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las diez horas veinte minutos del once de enero de dos mil diecinueve).

El dictamen de Medicatura Forense al respecto, informó:

Dictamen Médico Legal 2018-0000355 (ver imagen 155 a 162) así lo confirma, pues recalca no solo la existencia de dichos elementos que afectan la salud del actor, sino que además puntualiza que el actor ha consultado el médico de empresa por dichos motivos. En su parte conclusiva al respecto indica: “En suma es un usuario con antecedentes desde el 10 -11-2015 según el Área de Salud de Cubujuquí, de dolor a nivel abdominal tipo cólico de dos semanas de evolución, con sangrado rectal “rojo vivo” de 3 días de evolución, con diagnóstico de Síndrome de Colon Irritable sin diarrea. Fisura rectal y estreñimiento crónico por lo que desde entonces ha tenido varias consultas por médico de empresa u Hospital de Alajuela por esos síntomas y signos colorectales”. (Sentencia de Primera Instancia N°2018-000554 de las dieciséis horas y doce minutos del seis de abril del año dos mil dieciocho).

El Juzgado de Trabajo de Heredia (sentencia N° 2018-000554), declaró que la empresa incurrió en discriminación. Se obligó a la empresa demandada al cumplimiento de las siguientes pretensiones:

- 1.- Deberá mantener la ampliación del tiempo para el uso del servicio sanitario, según las necesidades médicas del actor, de la forma en que se ha venido haciendo.
- 2.- Deberá conforme el Principio de Buena Fe que rigen las relaciones labores, readecuar de forma inmediata los porcentajes de productividad exigidos al actor, conforme un análisis objetivo y proporcional, con especial concordancia, a la ampliación del uso del baño que la misma empresa le otorgue al actor, con el fin de no ver afectada su productividad en razón de su condición de salud.

Dichas medidas, serán por el período que el mismo médico de la empresa determine, debiendo ser adecuadas en el momento que los demás estudios médicos que aún se encuentran pendientes por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social, sean presentados al actor.

3.- De conformidad con el numeral 562 del Código de Trabajo, deberá la parte demandada cancelar ambas costas del proceso (...)

Dicha sentencia determinó que, a partir de los hechos probados, el actor logró acreditar que fue objeto de conductas discriminatorias por su patrono, de acuerdo con los hechos número tercero, cuarto y quinto de la sentencia de marras donde se indicó textualmente lo siguiente:

TERCERO: Que la empresa demandada tenía conocimiento de la condición de salud del actor. (Ver expediente médico del actor, visible a imagen 71 a 78, ver testimonial Rojas Chang, Fallas Ugalde, Montoya Quirós, ver Carta del actor, imagen 35 a 36). En declaración de parte el actor indicó le había comentado a sus jefes directos Jorge Fallas y Natalia Alvarado sobre su condición de salud (ver minuto 02:54 a 03:30), ello lo reafirmó el testigo Rojas Chang (ver minuto 03:45 a 04:11) y así consta además en el Expediente de Atención Médica del actor dentro de la empresa (...).

(...) CUARTO: Que el actor sufrió una baja en su producción, que fue objeto de un procedimiento de mejora por parte de la empresa. (ver Procedimiento de mejora, ver imágenes 83 a 88, Amonestaciones (...))”

(..) QUINTO: Un trato discriminatorio en razón de su condición de salud (ver Declaración de parte, ver declaración del testigo Rojas Chang, ver testimonial de Fallas Ugalde). En la declaración de parte del actor y la prueba testimonial del señor Rojas Chang, **se enfatiza la existencia de conductas discriminatorias, especialmente por medio de bromas, que hacen alusión ofensiva sobre una condición de salud. Así lo indica el testigo Rojas Chang en su declaración (ver minuto 12:16 a 12:40), mismo que indicó don Jorge Fallas, (ver minuto 22:43 a 22:52) no recordar. No obstante, la declaración testimonial del testigo Rojas Chang por su claridad, serenidad y concordancia merece plena credibilidad para quien juzga, la cual se contra resta con la falta de memoria del señor Fallas Ugalde, donde indica no recordar si realizó tratos discriminatorios al actor, cuando se le consultó sobre una situación en concreto, demostrando a criterio de este Juzgador, una situación de evidente encubrimiento, pues no resulta lógico a las reglas de la sana crítica que se olvide una situación tan gravosa e importante dentro del presente proceso. Ello evidencia, que existieron conductas discriminatorias, pues a contrario sensu, cualquier jefe inmediato, negaría**

dichas afirmaciones. Pero la discriminación a la que fue objeto el actor no se reduce a las frases ofensivas, sino que además se hace acompañar de la falta de respuestas para recibir una atención oportuna a sus dolencias, adecuado además de sus horarios y sus niveles de producción (...)”

La empresa demandada, no contenta con la sentencia que establecía que había realizado discriminación laboral a su trabajador, presenta recurso de casación en el cual, entre otros alegatos, invocó como yerro en la sentencia que el Juzgado de Heredia trajo al litigio un medio probatorio ilegítimo, al haber enviado al actor a Medicatura Forense a efecto de determinar su quebranto de salud.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (voto N° 2019-000022) refiere sobre la prueba ilegítima que reclama la demandada indicando que:

c) Medio probatorio ilegítimo. Este alegato, al igual que el primero, se contempla en el inciso 4. **La recurrente alega que la prueba solicitada a la Sección de Medicina del Trabajo del Organismo de Investigación Judicial resulta improcedente, porque dicha dependencia no es competente para realizar la valoración médica ordenada.** Se debe mencionar que **ninguna de las normas invocadas específicamente, los artículos 233, 265 y 516 del Código de Trabajo- dispone que ese órgano esté impedido para atender las solicitudes que remitan los juzgados de trabajo en procesos ajenos a riesgos o enfermedades laborales, tal y como se expone ante la Sala,** con lo cual no se está en el supuesto de prueba ilegítima.

En este sentido, es importante analizar la relevancia de esta sentencia, pues, al corroborar dentro del contradictorio que el actor había informado a sus superiores que tenía una afectación de salud; se pudo determinar que la discriminación a la que fue objeto el actor no se redujo solamente a frases ofensivas que le decían, sino que a la falta de respuesta para recibir un trato diferenciado por parte de la empresa.

Lo que nos lleva a decir que, frente al conocimiento que pone un colaborador en una empresa de un menoscabo en su salud, la parte patronal debe realizar una adecuación conforme a la afectación que se corrobora. Lo anterior, por cuanto, es discriminatorio debido a la omisión en el actuar patronal. Finalmente concluye la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia sobre este caso:

[Q]ueda claro que el actor cuenta con una condición de salud particular, la cual, además de requerir del otorgamiento de tiempos distintos para el uso del servicio sanitario, constituye el término de comparación en el que se sustancia la afirmación de discriminación, pues resulta evidente que no está –por el padecimiento que presenta- **en las mismas condiciones de producción que sus compañeros, si el tiempo efectivo de trabajo**, en su caso, **es distinto**. Por esta razón, es razonable advertir que **bajo un sistema como el que emplea la demandada, con controles de producción por “metas de cumplimiento” y por porcentaje de “cumplimiento alcanzado”, una afectación en el tiempo de producción indiscutiblemente se reflejará en el cumplimiento de las metas de producción. Es en este punto donde se estima plenamente admisible la demanda, en tanto el estado físico del accionante le imponía a la accionada la limitación de exigirle a él los mismos términos de producción de sus compañeros**. Al respecto, la propia aceptación de haberle otorgado tiempos diferenciados para el empleo del servicio sanitario es una evidencia clara del conocimiento que tenía la empresa del padecimiento del demandante. Aún cuando en el recurso se mencione que la demandada tomó las medidas de seguimiento según la normativa que rige a lo interno, no acreditó que efectivamente haya readecuado la productividad del trabajador a sabiendas del tiempo reducido de labores que tiene en razón de su condición de salud. **Bajo estos términos, en donde se da una exigencia igualitaria de resultados sin advertir la especial condición del actor, el trato igualitario se constituye, por sus efectos, en una acción abiertamente discriminatoria** y justifica el interés del accionante en la presentación de esta demanda; ya que no cabe duda que de mantenerse en los parámetros de producción exigidos, en los que no se pondere su especial condición, enfrenta la posibilidad de continuar siendo sancionado. (Voto N° 2019-000022).

IV. Síntesis

A partir del litigio expuesto en este artículo, podemos concluir que el tema de la discriminación por salud y sus efectos colaterales en la vida laboral ha sido un tema del que se ha podido concientizar un poco más desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral en el año 2017.

La formulación, desarrollo y judicialización de esta figura jurídica responde entre otras a la necesidad de eliminar las desigualdades laborales dentro de un lugar de trabajo donde las mediciones de desempeño de los trabajadores son iguales, sin tomar en consideración las situaciones de salud en la que se encuentran algunos de sus colaboradores.

Una forma de discriminación por salud dentro del mercado laboral puede ser aquella situación en la que una persona experimenta un padecimiento o enfermedad, la cual puede afectar su remuneración o rendimiento si se le mide de igual forma frente a otros trabajadores que no experimentan ningún tipo de situación similar.

El caso analizado expone la actuación de una persona trabajadora migrante que debió formular una solicitud de tutela jurídica ante el Juzgado a través de la Defensa Pública Laboral por considerar sufrir discriminación como consecuencia de los padecimientos de salud que sufría y que fueron dados a conocer a su empleador, sin que este los considerara para adecuar o mejorar sus condiciones laborales, afectando no solo su nivel de producción sino el enfrentar burlas, conductas de acoso, hostigamiento y una serie de sanciones que representaban un riesgo de despido. El trabajador logró demostrar las afectaciones que le provocó la falta de empatía de su empleador, razón por la cual se condenó a la empresa contratante.

Es importante reflexionar más allá del resultado de la actuación legal que realizó el demandante en un esfuerzo por defender sus derechos y conservar su trabajo a pesar de los problemas de salud que le afectaban. Los actos discriminatorios sufridos, acompañados de las burlas de sus compañeros, el temor a perder su empleo, la incertidumbre por su diagnóstico médico, el cual dependía totalmente del seguro social por la imposibilidad del trabajador de poder financiar la consulta médica privada, el tener que exponer de manera constante ante diferentes jefaturas, su personal situación, lo cual provocaba su revictimización, sin resultado positivo alguno, nos enfrenta ante un conjunto de situaciones que violentan la dignidad de la persona trabajadora, menoscaban sus derechos y contribuyen a empeorar su condición de salud integral.

Los empleadores deben comprender que los actos discriminatorios tienen una profunda afectación, cuyos daños colaterales pueden ser incuantificables e irrecuperables, lo cual si bien es cierto los expone al pago de altos costos por indemnizaciones, lo peor que provocan es el daño a la dignidad humana de un colaborador que, como en este caso, había dado durante mucho tiempo lo mejor de sí en favor de la empresa.

Que sirva este texto de reflexión sobre la responsabilidad humana de los empleadores para con sus colaboradores, pues en tanto la misma se encuentre presente, este tipo de litigios perderían su razón de ser. Los recursos humanos no pueden ser vistos o tratados como máquinas, los empleadores deben reconocer que los mismos tienen particularidades que, justamente por su carácter humano, deben saberse abordar y administrar desde la empatía y la responsabilidad social.

V. Bibliografía

- Ermida O. (2011). Protección, Igualdad, Dignidad Libertad y No discriminación. Revista *Derecho Laboral Montevideo t.LIV núm. 241, 2011*
- Código de Trabajo (1943). Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8045&nValor3=101952&strTipM=TC
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México (2018). El derecho a la no discriminación. México.
- Constitución Política de Costa Rica (1949). Recuperado de: https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Diccionario de la Real Academia (2024) Entrada: “acoso”. [Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario | RAE - ASALE](https://www.rae.es/diccionario-de-la-lengua-espanola/edicion-del-tricentenario/rae-asale)
- Hirigoyen, M. (2014). *Todo lo que hay que saber sobre el acoso moral en el trabajo*. Barcelona: Paidós.
- Juzgado de Trabajo de Heredia. Sentencia N° 2018-000554. Resolución de las dieciséis horas y doce minutos del seis de abril del año dos mil dieciocho.
- Organización Internacional del Trabajo. (2012) Empresas, discriminación e igualdad. Recuperado de: <https://www.ilo.org/es/resource/preguntas-y-respuestas-sobre-las-empresas-discriminacion-e-igualdad#Q1>
- Organización Internacional del Trabajo (1951). *Convenio 100: Igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*. Recuperado de: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312245
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (1970). Recuperado: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
- Rodríguez, J. (2004). *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?* México: México.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 116-2019 de las once horas del seis de febrero de dos mil diecinueve.

- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2019-000022, de las diez horas veinte minutos del once de enero de dos mil diecinueve.
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2020-382, de las doce horas diez minutos del cinco de marzo de dos mil veinte
- Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 2018-001951 de las once horas del siete de diciembre de 2018.

Trabajo portuario. La estiba, retazos de una labor invisibilizada

Fernando Víctor Vargas²⁷

Resumen. En el presente ensayo se trata de poner en evidencia, aunque sea de manera lacónica, el universo que entraña la actividad laboral dentro de un puerto, así como la situación específica de los estibadores. Se toman en consideración la regulación de la Organización Internacional del Trabajo. Se plantea la siguiente exposición temática, con el objetivo de ofrecer a las personas operadoras del derecho una óptica más cercana al trabajo portuario, bien sea que le corresponda aplicar la normativa existente o conocer alguna situación relativa al trabajo portuario y en específico a la estiba.

Palabras clave. 1. Trabajo Portuario. 2. Organización Internacional del Trabajo. 3. Convenio. 4. Estibadores. 5. Trabajo a destajo.

Abstract. This essay seeks to succinctly illuminate the complex universe of labor activities within a port, with a particular focus on the specific situation of dockworkers. The regulations of the International Labour Organization are taken into consideration. The following thematic exposition is presented with the aim of providing legal practitioners with a closer perspective on port work, whether they are responsible for applying existing regulations or are seeking to understand a particular situation related to port work, and specifically to stevedoring.

Keywords. 1. Port Work. 2. International Labour Organization. 3. Convention. 4. Stevedores. 5. Piecework.

I. Introducción

Quien ha tenido la oportunidad de ingresar a un puerto o conocer la dinámica que se desenvuelve en dicho lugar, coincidirá con la apreciación de estar viendo un “hormiguero humano”, en el cual se ejecutan diversas funciones y todos trabajan de manera continua para poder cumplir con las tareas asignadas, no obstante, pese a estar concentrados en un mismo lugar, las funciones son tan diversas como las relaciones laborales que se materializan dependiendo el grupo. Es así como dentro de un puerto encontramos un “Ecosistema Laboral” con una serie de actores que no necesariamente se encuentran regulados por el mismo régimen de

27 Defensor Público Laboral.

trabajo, ya que, dependiendo del proceso o subproceso en que se desarrollen, la dinámica e interacción de los trabajadores varía y por ende el módulo de regulación y el servicio que se presta.

Ahora bien, desde la perspectiva de un operador jurídico, ese universo llamado puerto, presenta todo un reto a la hora de intentar comprender el engranaje que implica la labor de los trabajadores dentro de un muelle y más en un caso tan especial como lo son los estibadores. Pero, ¿cómo se define un estibador?

Según el Diccionario Usual del Poder Judicial es aquel: “Trabajador encargado de la carga y descarga de un barco. || Trabajador que se ocupa de la adecuada distribución de la carga y pesos en un buque. || Máquina para colocar cargas. || Empresa que presta o vende servicios para la disposición o colocación de cargas en un sitio” ([https://dictionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/estibador%20\(a\)](https://dictionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/estibador%20(a))). A lo anterior podríamos agregar que la labor del estibador puede desagregarse en tres etapas, la pre-estiba, la estiba y la desestiba.

Por su parte, considerando lo dispuesto en la Constitución Política, la Ley de Creación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios, N° 7762, conforme al marco jurídico costarricense la labor portuaria tiene carácter de servicio público, siendo la estiba un servicio público que se puede dar en concesión y por ende se encuentra regulada por la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP), aclaro que en nuestro país la intervención de la ARESEP se limita a la determinación de cálculo y actualización de las tarifas establecidas a las empresas concesionarias del servicio de la estiba y desestiba.

Si bien nuestro país ha ratificado el convenio de la OIT sobre Trabajo Portuario (Convenio sobre el trabajo portuario, 1973 (número 137) - el cual resulta ser un instrumento muy importante para el sector, pues define las principales líneas tendientes a proteger a los trabajadores portuarios en cuanto al acceso, realización y control del balance en el trabajo - resulta un instrumento muy abierto, que deja en manos del derecho interno de cada país la definición de algunas particularidades que, al final, dependiendo de la política interna, podrían no ser tan beneficiosas respecto de las garantías y obligaciones laborales que son objeto los trabajadores portuarios, muestra de ello es que al día de hoy se encuentra en discusión en el Consejo Nacional de Salarios una revisión salarial de los estibadores, pues precisamente a criterio de los trabajadores se les ha desmejorado el salario y las empresas estibadoras siguen teniendo ganancias.

A partir de lo anterior, considerando que en la generalidad algunas particularidades del trabajo portuario nos resultan desconocidas, trataremos de dar una pincelada general del sistema portuario costarricense, conocer un poco los principales instrumentos de la OIT en la materia, repasar la terminología utilizada tanto técnica como popularmente, para luego arribar con una breve exposición de las consideraciones del trabajo a destajo y por ende de la estiba y sus particularidades. Finaliza el presente ensayo con la exposición de un caso relativo al tema, a efectos de contar con la perspectiva de lo resuelto jurisprudencialmente por los juzgados y tribunales de trabajo de primera y segunda instancia en nuestro país.

II. La estiba

- **Aspectos generales.**

Como aspecto medular para introducir este apartado es importante tener claridad respecto a lo que se puede considerar como servicio portuario, así que tomaremos como referencia lo que describe el Diccionario del Poder Judicial, que lo define de la siguiente manera:

En Costa Rica, servicio público —susceptible de concesión a personas privadas— que comprende las actividades de atención a naves acuáticas en función; estadía en puerto; embarque y desembarque de mercancías y pasajeros; muellaje, alquiler de áreas, remolcadores; uso de montacargas; almacenaje; suministro de agua potable; movimiento de contenedores y furgones; grúas, energía de refrigeración y diferentes estibadoras. (Diccionario usual del Poder Judicial de Costa Rica, definición de Servicio Portuario)

De lo anterior derivamos que la estiba es un servicio público –por ende– regulado, que resulta trascendental en el desarrollo comercial internacional, y que se relaciona principalmente con el trabajo de ubicar mercancías ya sea en camiones, trenes, buques y vía aérea, sin embargo, cuando se trata de cargas voluminosas priva el transporte marítimo.

Considerando la definición anterior, debe acotarse que cuando se incursiona en el tema que nos ocupa, es interesante conocer que, tal y como se indicaba en la parte introductoria, en esa pluralidad de funciones que

se desarrollan en un puerto, puedan encontrarse diferencias de regulación laboral dependiendo las ocupaciones y sector al que se pertenezca, entre ellos, podemos identificar:

- Servicios a la nave.
- Servicios básicos a la carga.
- Manejo de las mercancías que transitan por el Puerto (Despacho y Almacenamiento de Contenedores y Furgones de Importación).
- Recibo, Entrega y Almacenaje de Mercadería Convencional y Graneles.
- Servicios complementarios a la nave y a la carga (Servicio de Montacargas, Servicio a Naves de Pasajeros, Servicio de Contenedores refrigerados, Servicio de Consolidación y des-consolidación, Certificación de Contenedores y Carga General).

Ahora bien, para tener una noción más cercana a la realidad dentro de estos servicios podemos describir una serie de actores que, sin asegurar que sean todos los que en la realidad se desenvuelven en el puerto, encontraremos:

- Agentes Navieros o Aduanales.
- Funcionarios del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.
- Funcionarios del INCOP o JAPDEVA (según sea el caso).
- Funcionarios del Consejo Nacional de Concesiones (CNC).
- Funcionarios del Consejo Portuario Nacional (CPN).
- Funcionarios del Ministerio de Hacienda. Dirección General de Aduanas.
- Funcionarios del Consejo Marítimo-Portuario Nacional [CMPN].
- Funcionarios Instituto Costarricense de Turismo (ICT).
- Funcionarios del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPECA).
- Funcionarios del Servicio Fitosanitario del Estado. Ministerio de Agricultura y Ganadería.
- Funcionarios del Servicio Nacional de Salud [SENASA].

- Funcionarios de Migración y Extranjería.
- Funcionarios del INCOFER.
- Funcionarios del Servicio de Guardacostas.
- Trabajadores del concesionario.
- Trabajadores de servicios privados (seguridad, alimentación, limpieza, entre otros).
- Control de Operaciones Portuarias.
- Otras administraciones.
- Estibadores. Lo anterior pone en evidencia que dentro de este “ecosistema laboral”, la diversidad funcional es mucha, pero también los regímenes laborales que, desde la perspectiva que nos ocupa, deviene en matices que contrastan realidades según sea el caso, pues, pese a estar en el mismo lugar sus condiciones laborales no son las mismas, hay trabajadores sujetos al régimen de derecho privado, otros al régimen público (Servicio Civil), etc. Sin embargo, retomaremos más adelante lo particular de la regulación enfocándonos en el último de los actores citados en la lista.

A manera de resumen general, sin querer abundar, pero sí ubicándonos en el contexto que estamos hablando, de seguido se procede a realizar un pequeño esbozo de los principales recintos portuarios de nuestro país y, luego, referenciaremos los instrumentos internacionales más destacados que rigen la materia del trabajo en puertos.

Como punto de partida general debe considerarse que el sistema portuario de Costa Rica está compuesto por tres puertos internacionales principales, a saber: Puerto Caldera en la costa del Pacífico, operado por Sociedad Portuaria de Caldera antes bajo administración del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP) y los puertos de Limón y de Moín en la costa del Atlántica, agrupados en el Complejo Portuario de Limón-Moín, que opera APM Terminals, antes bajo gestión de la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA). Se considera que Limón y Moín son dos puertos diferentes como consecuencia de estar distanciados varios kilómetros, por disponer de UN/LOCODE²⁸ distintos y de estar adscritos a zonas aduaneras primarias distintas.

28 Es el Código de las Naciones Unidas para el comercio y las ubicaciones de transporte, consiste en un esquema de codificación geográfica desarrollado y mantenido por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

De acuerdo al diagnóstico del sistema marítimo portuario de Costa Rica denominado Plan Nacional de Transportes de Costa Rica 2011-2035, PUERTOS Y NAVEGACIÓN MARÍTIMA (Plan Nacional de Transportes de Costa Rica 2011-2035, setiembre 2011), elaborado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), existen otras instalaciones portuarias que son gestionadas en el litoral pacífico por el INCOP algunas de ellas con algo de tráfico internacional, como son: Terminal de Punta Morales, Terminal de Puntarenas, Terminal de Fértica, Puerto de Quepos y Puerto de Golfito.

Asimismo, se ubican otras instalaciones portuarias gestionadas directamente por la División Marítimo-Portuaria del MOPT, en los que únicamente operan líneas de cabotaje con ferris para pasajeros y vehículos y lanchas de transporte de carga y de pasajeros (trasbordadores), hablamos aquí de aquellas líneas que dan servicio en el Golfo de Nicoya y en Golfo Dulce.

En el Golfo de Nicoya, encontramos: la Plataforma de Trasbordadores de Puntarenas, Plataforma de Trasbordadores de Playa Naranja, Plataforma de Trasbordadores de Paquera, Muelle de Costa de Pájaros, Muelle de Isla de Chira y Muelle de Isla Venado y para cerrar en este litoral, en lo que se conoce como Golfo Dulce, tenemos: Puerto de Golfito y Muelle de Puerto Jiménez.

Y como ya se indicó anteriormente, en el litoral atlántico tenemos el Complejo Portuario de Limón-Moín compuesto por Puerto Limón y Puerto de Moín, así como el Muelle de Pavona y el Muelle de Barra de Tortuguero²⁹.

Ahora bien, sin desviarnos del tema principal, es menester, una vez identificado el panorama portuario general de nuestro país, poder echar un vistazo al abordaje y regulación que desde la perspectiva de la OIT se le ha dado al trabajo portuario, o al menos identificar los principales instrumentos referentes en la materia aprobados en el citado organismo, así como un breve repaso y reseña de sus disposiciones.

29 Se aclara que no se incluyen en el listado otros muelles en las aguas interiores (canales y ríos), que también han sido identificadas, dedicados básicamente a pesca artesanal.

- **Instrumentos pertinentes de la OIT.**

De previo a las referencias de los convenios y sus respectivas recomendaciones emanados del seno de la OIT, resulta importante mencionar que no todos los instrumentos emitidos por la citada organización se encuentran vigentes o en aplicación a la fecha, es por ello que no está de más hacer referencia al estado o condición que conforme a la página oficial de la OIT (2024), mantienen los principales instrumentos que se han dictado en materia de trabajo portuario, al respecto tenemos:

- **Instrumentos actualizados**

- C152 - Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979 (núm. 152)
- R160 - Recomendación sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979 (núm. 160)

- **Instrumentos en situación provisoria**

- C137 - Convenio sobre el trabajo portuario, 1973 (núm. 137)
- R145 - Recomendación sobre el trabajo portuario, 1973 (núm. 145)

- **Instrumento pendiente de revisión**

- C027 - Convenio sobre la indicación del peso en los fardos transportados por barco, 1929 (núm. 27)

- **Instrumentos que han sido superados**

- C032 - Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932 (núm. 32)
- R040 - Recomendación sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1932 (núm. 40)

- **Derogados**

- C028 - Convenio sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes, 1929 (núm. 28).

- R033 - Recomendación sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (reciprocidad), 1929 (núm. 33).
- R034 - Recomendación sobre la protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (consulta a las organizaciones), 1929 (núm. 34).
- Convenio sobre las repercusiones sociales de los nuevos métodos de manipulación de cargas en los puertos, 1937 (núm. 137)

Así las cosas, a efectos de contar con mayor precisión respecto a los datos de los convenios, nos basaremos en el Informe de la Comisión de Expertos de OIT, cuya primera edición se publicó en el año 2002, documento conocido como “Estudio General sobre el Trabajo Portuario” (OIT, 2002), el cual recoge un estudio general de las memorias relativas al Convenio (número 137) y a la Recomendación (número 145) sobre el trabajo portuario, 1973.

El citado estudio nació con ocasión de la decisión del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, el cual durante su 273ª reunión (noviembre de 1998) invitó a los gobiernos de los Estados Miembros que no hubiesen ratificado el Convenio sobre el trabajo portuario, 1973 (número 137), a presentar una memoria sobre la legislación y la prácticas nacionales respecto a las cuestiones que tenían relación con este instrumento, asimismo, se invitó a los gobiernos de todos los Estados Miembros a presentar un informe sobre la legislación y las prácticas nacionales respecto a las cuestiones relacionadas con la Recomendación sobre el trabajo portuario, 1973 (número 145).

Como parte del contexto histórico del Convenio, puntualiza que las particularidades de las condiciones de los trabajadores portuarios han tenido siempre especial atención por parte de la OIT y se reseña que en el período posterior a las guerras mundiales, la industria portuaria fue objeto de profundas transformaciones, por lo que los nuevos métodos de manipulación de carga permitieron aumentar la rapidez de las operaciones portuarias y disminuir el costo de carga y descarga de mercancías, agilizar el tiempo de la rotación de los buques en los puertos y disminuir el esfuerzo físico necesario para la manipulación de mercaderías.

Se destaca como una de las claras ventajas aportadas por el progreso tecnológico en los métodos de manipulación de carga en los puertos, el ofrecimiento o posibilidad de dar mayor precisión a los programas de las operaciones portuarias, y en consecuencia acrecentar el empleo permanente o regular de los trabajadores

portuarios, o al menos, posibilitar un período mínimo de empleo o ingresos mínimos para tales trabajadores.

Las anteriores transformaciones implicaron que se diera un nuevo enfoque de la gestión de la mano de obra portuaria y evidenciaron la necesidad de mejorar las condiciones de empleo de los trabajadores portuarios y en particular, lo relativo a la organización del trabajo portuario. Como consecuencia del análisis de las nuevas condiciones y cambios generados en el sector, se decidió en el Consejo de Administración de la OIT, convocar una reunión técnica tripartita sobre el trabajo portuario, comisión compuesta por representantes de los trabajadores portuarios, representantes de los empleadores y representantes gubernamentales³⁰.

A partir de lo anterior, posterior a un largo proceso de discusión, donde se planteaban como temas fundamentales la regularización y el tiempo completo (jornadas), a pesar del acuerdo de las partes citadas en cuanto a los principios de base a enunciar, los diferentes grupos no llegaron a un acuerdo sobre la forma que debía tener el instrumento internacional.

Finalmente, se lograron plasmar dos proyectos de texto, los cuales “(...) apoyados por las tres partes, con algunas excepciones, son los primeros que están dirigidos a los trabajadores portuarios desde la adopción, en 1932, del Convenio núm. 32. La Conferencia adoptó los dos proyectos de texto por amplia mayoría y sin oposición.” (OIT, 2002, p. 6). El Convenio fue adoptado por 338 votos a favor, 24 abstenciones y ningún voto en contra. La Recomendación fue adoptada por 328 votos a favor, 16 abstenciones y ningún voto en contra. CIT, 58.ª reunión, 1973, Actas de las sesiones, págs. 720, 723-726).

Con esta dinámica internacional y la intervención de la OIT en lo que respecta al trabajo portuario se destacan dos instrumentos fundamentales, por una parte, el Convenio número 137 y la Recomendación número 145, por el cual los Estados deberían adoptar una política nacional para estimular el empleo permanente o regular de los trabajadores portuarios y por otra parte, se destaca el Convenio número 152 de 1979, relativo a la seguridad de los trabajadores portuarios.

- **Convenio sobre el trabajo portuario, 1973 (número 137)**

30 Reunión que tuvo lugar en Rotterdam en abril de 1969.

A manera de síntesis, la OIT en el apartado referido a los Trabajadores Portuarios de su página web, define el contenido de este instrumento y además destaca que, es a través de dicho instrumento que se abordan los nuevos métodos de trabajo portuario y que también se considera su impacto en el empleo y en la organización de la profesión. Enfatiza que:

En él se fijan dos objetivos principales: en primer lugar, proteger a los trabajadores portuarios durante su vida profesional, a través de medidas relacionadas con las condiciones de acceso y de realización del trabajo; y, en segundo lugar, prever y controlar, de la mejor manera posible, a través de medidas apropiadas, las fluctuaciones en el trabajo y en la mano de obra que se requieren para realizarlo. (OIT, 1973).

Ahora bien, resulta importante resaltar algunos aspectos que sobresalen del instrumento: En cuanto a las definiciones que en él se disponen, debe destacarse que las mismas resultan flexibles, ya que tanto el Convenio (artículo 1, párrafo 2) como la Recomendación número 145 (párrafo 2) designan como «**trabajadores portuarios**» y «**trabajos portuarios**» a las «**personas y a las actividades que la legislación o la práctica nacionales definen como tales**», quedando abierta la conceptualización a lo que cada país decida definir como tal.

Por otra parte, respecto al empleo regular o permanente y salario mínimo: se dispone que corresponde a los Estados Miembros adoptar una política nacional que asegure a los trabajadores portuarios empleo permanente o regular, así como períodos mínimos de empleo o ingresos mínimos, cuya amplitud e índole dependerán de la situación económica y social del país y del puerto de que se trate (artículo 2 del Convenio y párrafos 7 a 10 de la Recomendación).

Se establece la figura de un registro: disponiendo que los trabajadores portuarios deberán ser registrados y tendrán la prioridad para el trabajo portuario (artículo 3 del Convenio y párrafos 11 a 16 de la Recomendación).

En cuanto a las relaciones laborales: el Convenio dispone que la política nacional deberá fomentar la colaboración entre los empleadores o sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores, para aumentar el rendimiento del trabajo portuario con la participación, cuando proceda, de las autoridades competentes (artículo 5 del Convenio y párrafos 23 a 30 de la Recomendación).

Finalmente, respecto a las condiciones de trabajo y de vida: se define que los Miembros deberán asegurarse de que los trabajadores portuarios están cubiertos por disposiciones adecuadas en materia de seguridad, higiene, bienestar y formación profesional (artículo 6 del Convenio y párrafos 31 a 35 de la Recomendación).

- **Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979 (número 152)**

Por su parte, respecto a este Convenio, la OIT determina que aquellos Estados que lo hayan ratificado, deberán establecer medidas con miras a: proporcionar y mantener lugares y equipos y utilizar métodos de trabajo que sean seguros y no entrañen riesgos para la salud; proporcionar y mantener medios seguros de acceso a los lugares de trabajo; brindar la información, la formación y el control necesarios para asegurar la protección de los trabajadores contra el riesgo de accidentes o de daño para la salud a causa del trabajo o durante este.

Asimismo, proveer a los trabajadores todo el equipo y las prendas de protección personal, y todos los medios de salvamento que razonablemente resulten necesarios; suministrar y mantener servicios apropiados y suficientes de primeros auxilios y de salvamento; y elaborar y fijar procedimientos apropiados.

Sin pretender caer en excesos y tomando como principales referencias los dos instrumentos indicados, no puede obviarse la importancia de las diversas funciones que se desarrollan en el trabajo portuario, encontrándose dentro de ellas la de *los estibadores*, quienes gozan de particularidades especiales, no solo por la forma y tipo de trabajo que realizan, sino por la forma en que se regula su actividad desde la perspectiva del derecho laboral, según la normativa interna de cada país.

Existe un reto enorme desde la perspectiva de la persona operadora del derecho, llámense abogados parte, así como de las personas juzgadoras, en poder no solo comprender las actividades que desarrollan los trabajadores portuarios, en el caso que nos ocupa, específicamente de los estibadores, sino también, tener claridad de la terminología que se utiliza en la materia, para así poder aplicar la legislación de la forma correcta.

Es por ello que para poder tener un panorama un poco más amplio del tema que abordamos y enfocarnos en el tema central del presente estudio, se incluyen algunos términos tanto técnicos como populares relacionados con el trabajo portuario y la estiba, con el objetivo principal no solo de comprender mejor la temática, sino que, ante el conocimiento de algún caso referente al tema, poder contar con una visión más apegada a la realidad.

- **Terminología técnica importante**

Conforme se describe en glosario del Manual de procedimientos de JAPDEVA (2010, p.6), con el objeto de estandarizar la terminología utilizada en el trabajo portuario y que por la experiencia en casos relacionados resultan objeto de reclamos en litigios laborales, encontramos algunas definiciones que, sin que cubran la totalidad de términos utilizados, quisiera destacar con el objetivo de que se pueda tener un panorama un poco más amplio sobre el tema que se desarrolla:

Amarre: Significará la operación consistente en asegurar la nave al margen o puesto de atraque mediante espías, cadenas o cables, incluyendo todos los recursos y actividades terrestres necesarios para la provisión de tales servicios.

Armador o Naviero: Significa la persona natural o jurídica que siendo o no propietaria de la nave, la explota y expide a su nombre.

Autoridad portuaria: Se considera tal a la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA)³¹.

Buque o Nave: Embarcación autopropulsada o no, dedicada al transporte de carga y o personas de cabotaje o turismo.

Carga contenedorizadas: Es la carga transferida hacia o desde las naves en contenedores o furgones y almacenada en los mismos módulos.

Carga en tránsito: Carga descargada por una nave en puerto, con el propósito de ser embarcada posteriormente en otra nave o medio, sin que se haya verificado su salida temporal o parcial de la zona primaria, para que sea transportada a su destino final.

Concesionario: Persona física o jurídica que presta servicios portuarios en representación de una autoridad concedente.

Desamarre: Significará soltar las tiras de amarre, espías, cabos o cables que aseguran una nave al margen o puesto de atraque, incluyendo todos los recursos y actividades, terrestres, necesarios para la prestación de tal servicio.

Desatraque: Operación mediante la cual se retira un buque del muelle, finalizando esta cuando se suelta el último cabo.

31 En el caso de la zona pacífica el INCOP (Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico).

Movimiento: Es la unidad física para efectos de cobros.

Muelle: Parte de la infraestructura del Puerto, destinada para la estadía del buque a efecto de facilitar sus operaciones de carga y descarga.

Plano de estiba: Es el documento que contiene la representación gráfica de la disposición de la carga en las bodegas de la nave, incluyendo los tonelajes respectivos.

Rada Portuaria: Zona marítima en la jurisdicción del puerto debidamente señalada para el fondeo de embarcaciones³².

Re-estibas: Comprende el conjunto de actividades propias y necesarias para el reordenamiento al interior de la nave, mediante el uso de las grúas de la nave o del puerto.

Servicios Complementarios: Aquellas actividades, que sirven de apoyo o complementan los servicios portuarios y la escala de los buques, siendo las actividades que, aunque se desarrollen en los puertos, no tengan específicamente carácter naval o portuario.

Tonelaje: Es el peso bruto, expresado en toneladas métricas, incluidas las taras de contenedores, cuando corresponda.

- **Terminología popular importante.**

Ahora bien, así como existen términos o conceptos desde la perspectiva técnica del trabajo en muelles, también hay terminología del argot popular que resulta importante conocer, sobre todo de cara a la posible resolución o abordaje de un conflicto donde se involucre labor portuaria. Aclaro que, los términos que de seguido se indican fueron elaborados a través de conversaciones con estibadores y trabajadores de puertos, de ahí que la precisión o concepción pueda no ser del todo apegadas a la técnica, pero si conforme a lo que en la realidad conocen los trabajadores de puertos.

Almeja Granalera: es un equipo especial en forma de molusco que, utilizando un sistema hidráulico y de cables, recoge entre su estructura materia prima de la bodega del buque para depositar en las tolvas que posteriormente son utilizadas para cargar los camiones.

Bay: Espacio físico donde son estibados los contenedores en el buque. Son señalados con números.

32 En el caso de INCOP, se entenderá como rada o zona de maniobras del puerto la zona comprendida dentro de un círculo con un radio de 1.000 metros a partir del faro ubicado en el centro del muelle.

Botonero: Personal encargado de accionar la apertura remota de la almeja granelera, una vez que la almeja esté sobre la tolva en posición segura de apertura y descarga. Básicamente la persona toca un botón, suena algo sencillo, pero después de algunas horas no con frecuencia, pero suele pasar que la materia no cae en la tolva y podría caer en la pantalla, en el buque o en el salva carga, convirtiéndose en un riesgo potencial para el personal.

Capataz: Estibador encargado de la cuadrilla, la cual suele ser de nueve personas, es quien rinde cuentas al supervisor.

Chequeador: Persona que se encarga del control de la cantidad de camiones que ingresan a tolva de descarga, labor importante para el eficiente manejo de la operación de descarga. Además, lleva un control minuto a minuto de lo que esté sucediendo ya sea que la operación esté en descarga o en demora por alguna razón.

Digitador: Persona que se encarga de digitalizar el trabajo del chequeador, así como la fiscalización de estos. Coordina, además, con los clientes información relevante. Utiliza sistemas para la realización de las asignaciones.

Estibador: Peón de carga y descarga de buques, sus funciones pueden ser variadas dependiendo del buque que se esté atendiendo algunos trabajan a bordo del buque otros en pantalla o en patio, la mayoría son personas de escolaridad baja, pero de mucho carácter, ponen en riesgo la vida en la realización de la labor. Este trabajo conlleva riesgo implícito, no obstante, hay que decir que esta es una labor trascendental para la economía nacional.

Fondeo: Consiste en amarrar la embarcación al fondo marino.

Movimiento a bordo: Se refiere a movimientos de embarque, los contenedores son trasladados en camiones a la pantalla y con la grúa del buque colocados en los sitios definidos para su transporte marítimo. Existe una variante llamada re-estiba que son movimientos realizados el mismo buque, de un sitio a otro.

Movimiento a tierra: Se refiere a la descarga específicamente de contenedores, en este caso del buque a la pantalla que posteriormente son trasladados en camiones a los patios.

Pago a granel: Es de conocimiento que el estibador recibe su salario en función de los movimientos realizados y/o las toneladas descargadas, no obstante, es improcedente pensar que un solo estibador pueda lograr descargar el solo al menos una tonelada, es por eso que se debe ser claro en una se necesita una estructura para poder realizar una descarga de granel. Este pago debe ser proporcional a la estructura utilizada para la operación de descarga.

Pago por movimiento: Actualmente no existe un estándar más que el hecho de que el pago es en función de los movimientos de contenedores que se realizan, no obstante, pasa igual que el pago a granel, se necesita una estructura y hoy día a pesar de que el decreto de salarios mínimos define un monto por movimiento, no define el procedimiento a utilizar para el cálculo del mismo, al omitir ese detalle las empresas simplemente definen a lo interno y a criterio el cómo y cuánto se debe pagar, bien podríamos decir que una costumbre define el hecho.

Pantalla: Espacio físico delimitado para la operación portuaria tanto granelera o del container, general o de pasajeros. Es una zona amplia y plana.

Personal de refuerzo: La operación de descarga requiere un número definido de personal para atender un buque. Sin embargo, cuando los buques traen separaciones en sus bodegas o la materia prima a descargar requiere algún trata-

miento especial, se contrata personal adicional para la atención oportuna de esos requerimientos. Tapalonas, trasiego, botoneros, raqueteros son algunos de ellos.

Winchero: Es básicamente un operador de grúa de buque, que utilizando esta última realiza la descarga en las tolvas. Es un sistema hidráulico y de cable, de allí nace el término por el uso de *winches*. Esta labor requiere una excelente visión y pericia pues el riesgo ocupacional, es muy alto.

Una vez que tenemos noción sobre algunos conceptos técnicos como populares del trabajo en muelles y de la estiba en general pasaremos a enfocarnos en el último de los actores destacados en la lista que inicialmente se hizo en el presente estudio y que resulta el tema principal de este ensayo.

- **Breve contexto de las estibadoras y trabajo a destajo**

Tal y como vimos en la definición sencilla los estibadores son aquellos trabajadores de puerto encargados de la distribución o colocación, así como de la inmovilización de cargas en los buques que deben ser trasladadas de un sitio a otro en el puerto.

En nuestro país la regulación del trabajo de los estibadores se enmarca dentro de la regulación de trabajo a destajo, es así como el Decreto de Salarios mínimos, define dos formas de pago para los estibadores: “a granel” y “por movimiento”. Se aclara que se incorpora también el pago por kilo de frutas y vegetales y se define un 10% adicional sobre los montos definidos a granel o por movimiento para wincheros y portaloneros.

Ahora bien, solo a manera de repaso en cuanto al trabajo a destajo Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, lo define como “aquel en que la remuneración del trabajador depende de la producción, por pagársele de conformidad con la tarea realizada o con los objetos elaborados” (2006). La Organización Internacional del Trabajo, define el salario a destajo como:

[L]a práctica consistente en remunerar a los trabajadores por unidad de obra realizada o servicio prestado (por ejemplo, se fija una cantidad determinada para pagar un número previamente convenido de camisetas o ladrillos producidos), en vez de remunerarlos sobre la base del tiempo empleado para desempeñar su trabajo. (OIT, 2017).

Como aspectos medulares en este tipo de trabajos tenemos que: Los trabajadores cumplen con una producción determinada, de ahí que la remuneración no está relacionada con el cumplimiento de una jornada ordinaria específica (unidad de tiempo). La mayor producción es lo que va a generar un mejor ingreso. No implica que el trabajador labore sin limitación de jornada (en el caso de que sobrepasen los límites máximos de la jornada ordinaria según el caso, se les debe reconocer como jornada extraordinaria, con el consecuente pago de tiempo y medio en relación con el valor que sirve de parámetro para remunerar la jornada ordinaria), finalmente, el trabajador puede trabajar menos de ocho horas diarias en jornada diurna y en cuanto al extremo de vacaciones la legislación plantea una excepción a la regla general sobre el disfrute.

Pero ¿cómo se paga? Debe considerarse que, conforme lo dispone la normativa vigente en materia laboral costarricense, el salario puede pagarse por unidad de tiempo (mes, quincena, semana, día u hora); por pieza, por tarea o a destajo (unidad de obra) (art. 164 del Código de Trabajo). No obstante, en Costa Rica, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Trabajo, no puede ser inferior al salario mínimo.

Para Krotoschin en su obra Tratado Practico de Derecho del Trabajo (1965) el salario a destajo se obtiene del promedio entre la ganancia obtenida de una pieza producida, ya sea en una hora o por día, y el tiempo que un trabajador a tiempo normal necesita para terminar una pieza.

Bajo esa inteligencia, a mayor producción en menos tiempo es igual a mayor remuneración, contrario sensu, en cuanto capacidad menor, por consiguiente, tarda más en dar el resultado igual a menor ingreso.

Lo común de todas las formas de pago de salario, es que deben respetarse los límites en la jornada establecidos constitucional y legalmente (artículo 136 del Código de Trabajo), siendo que ninguna constituye un medio excepcional para establecer jornadas ilimitadas o por encima de los máximos establecidos.

En el pago por obra o destajo, un trabajador puede lograr una remuneración mayor, pues precisamente su remuneración será tanto como haya esfuerzo de su parte. Sin embargo, pese a sus particularidades, en materia de jornada y salario, la legislación busca cobijar esas particularidades regulando también lo atinente al pago de días feriados (Art. 148 Código de Trabajo) y las vacaciones (Art. 156 Código de Trabajo)

En nuestro país, debe considerarse que la dinámica de trabajo en cuanto a los días que se trabajan por semana, depende de la cantidad de barcos así como de las empresas asignadas para la estiba, se han establecido roles en la asignación de las estibadoras, por lo que no necesariamente todas las estibadoras trabajan en igual proporción, y puede suceder que por orden un estibador no trabaje todos los días de la semana y por ende su ingreso se verá afectado e inclusive pueda no alcanzar el mínimo legal dispuesto.

Adicionalmente, pese a que el Consejo Nacional de Salarios estableció a finales de los noventa la metodología para un pago mínimo de acuerdo a las categorías definidas en el Decreto de Salarios Mínimos considerando el pago a destajo, las formas de pago no han sido del todo respetadas por las empresas y varían ya sea por hora o por tonelada, pero también se ha dado el fenómeno de variación en las jornadas, por lo que en ocasiones las jornadas se han prolongado más allá de lo legalmente dispuesto.

Debemos tener claro que en Costa Rica, pese a solo tener dos vertientes y tres puertos concretos con mayor movimiento comercial, históricamente han existido diferencias marcadas en el tema de los trabajadores de puertos, específicamente respecto a los estibadores, siendo que, por ejemplo, lo que ganaba un estibador en Limón era muy diferente a lo que ganaba por el mismo trabajo un estibador en Caldera, Puntarenas.

Primeramente, toda la parte funcional de los puertos estaban cargo ya fuera del INCOP o de JAPDEVA³³, una vez que se privatiza la parte de operaciones, la representación estatal pasa a ser un vigilante, un ente visor, regulador de la parte portuaria.

Antes de la privatización, en lo que respecta a la estiba, su organización y el tema de reclamos de los derechos de los trabajadores, era manejado directamente por sindicatos, por lo que, las divergencias no llegaban a las vías judiciales, pues básicamente a nivel de inspección en el Ministerio de Trabajo lo que más se conocía eran divergencias planteadas por los sindicatos relativas a prácticas laborales desleales de la parte estatal.

Una vez que ingresan las empresas privadas a la administración de los puertos, deciden contratar los servicios de la estiba, por lo que los anteriores trabajadores que laboraban en la estiba se agrupan en cooperativas autogestionarias o asociaciones para prestar los servicios a los administradores privados. Debe resaltarse que, en la realidad pese a tener estas figuras de cooperativas los trabajadores no reciben dividendos ni

33 Específicamente los puertos de Caldera y Moín y Limón.

ganancias más que su salario por el servicio prestado, quedando la ganancia en manos de algunos pocos y esto ha conllevado a la presentación de reclamos de los trabajadores en estrados judiciales.

La complejidad y diferencias generadas en la interpretación sobre la forma de pago a los estibadores, ha llevado un largo proceso de discusiones a lo interno del Consejo Nacional de Salarios del Ministerio de Trabajo, que desde aproximadamente el año 2020 se encuentra resolviendo una revisión salarial presentada por los estibadores, pues precisamente a criterio de los trabajadores se les ha desmejorado el salario y las empresas estibadoras siguen teniendo ganancias.

Ante dicha solicitud se emitió el Estudio CNS-DSM-ES-2-2023, Salarios mínimos de los estibadores portuarios en Costa Rica, sesión N°5758 del 26 de junio 2023, Secretaria Técnica del Consejo Nacional de Salarios y el Departamento de Salarios Mínimos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), estudio que podría afirmarse, es de los más completos que sobre este tema se ha emitido en mucho tiempo en el país y que pone en contexto todas las particularidades que en la realidad de los estibadores se viven diariamente, y que precisamente después de una extensa labor concluye, en lo que más interesa, entre otras cosas:

Eliminar del Decreto de Salarios Mínimos la modalidad de salario mínimo a destajo fijada para los estibadores/as (Kilo de frutas y vegetales, Movimiento y Tonelada), los portaloneros y los wincheros, contenida en el inciso c) del Artículo 1. / Clasificar a los trabajadores de la estiba, según el tipo de funciones, responsabilidades, requisitos y complejidad de las tareas desempeñadas, en las categorías ocupacionales existentes en el Decreto de Salarios Mínimos contenidas en el inciso a) del Artículo 1.

Recomendación a considerar posteriormente y que a la fecha no ha sido aprobada, precisamente porque no es clara la línea de política interna respecto a la estiba, por todo lo que se indica en el presente trabajo.

Por otra parte, pero no menos importante, debe indicarse que existen algunas figuras que fueron utilizadas en el siglo pasado en argot de los estibadores que aún se mantienen como el “llamado” que consiste en la forma en que se distribuyen las asignaciones de los buques a cargar o descargar para los estibadores, claro está, que ya no se realiza con una convocatoria a un solar, sino que se realiza por medios como redes sociales. Sin embargo, también existen funciones que, pese a no ser exclusivas de los estibadores, con los nuevos roles

de los puertos, se les han asignado, pero que en algunas ocasiones no se les remunera como corresponde, tal es el caso de los “amarres y desamarres”, otro de los aspectos por los cuales reclaman algunos estibadores es que, pese a existir determinado un salario mínimo para la estiba según sea la modalidad, en ocasiones no se les reconoce ese mínimo legal dispuesto.

Debe resaltarse además que, para los estibadores existen roles asignados (cuadrillas), con subordinación, horarios establecidos, donde a partir del contrato realidad, se ha logrado establecer, no solo en el seno del Ministerio de Trabajo sino también a nivel de estrados judiciales, el reconocimiento medular de salario mínimo de ley y horas extras y de ahí derivan el resto de derechos laborales que les corresponden como trabajadores.

- **Modalidades y jornadas en la estiba**

Tal y como se indicó anteriormente, el Decreto de Salarios Mínimos establece las siguientes modalidades para la estiba, por kilo de frutas y vegetales, por movimiento y a granel³⁴.

Las jornadas varían dependiendo del tipo de estiba, de los buques y necesidades particulares del puerto, tenemos entonces jornadas de 8 horas (6 am a 2 pm, de 7 am a 3 pm, de 2 pm a 10 pm, de 3 pm a 11 pm y de 10 pm a 6 am dependiendo la empresa cuadrillas pueden reingresar el mismo día y de 11 pm a 7 am). También encontramos jornadas de 12 horas (de 6 am a 6 pm o de 6 pm a 6 am).

A manera de referencia tenemos que el salario mínimo mensual en Costa Rica para el primer semestre de 2023 era de ₡ 352.164,91 (trabajadores en ocupación no calificada), es así como dependiendo de la empresa y número de cuadrillas el salario puede variar para los estibadores.

Se aclara que no todas las empresas de servicio de estiba reconocen rubros adicionales que no forman parte de la estiba, pero que son asumidas por la estibadora, tal es el caso de amarres y desamarres, limpieza de pantalla y el fondeo.

34 Se aclara que los cálculos y referencias que se plantean en este apartado corresponden a la metodología aplicada en el Puerto de Caldera por una de las empresas estibadoras, información brindada por un excolaborador que ejerció un alto puesto en la organización, pero que prefiere mantenerse en el anonimato.

Pero, entonces ¿cómo les pagan a los estibadores?

Tal y como se indicó anteriormente van a influir diversos aspectos y diversas fórmulas para el cálculo del pago, según sea el puesto y el caso, por ejemplo en el caso de los chequeadores, que de acuerdo con el decreto citado, corresponden a la categoría TOE (trabajador de Ocupación Especializada), se da el PAGO POR HORAS, por lo que de acuerdo al Decreto de Salarios mínimos el valor del día equivale a ¢15.333,31, es así que dependiendo la jornada, se divide entre 8 para sacar el valor de la hora ordinaria y dependiendo la jornada (mixta o nocturna) deberá multiplicarse por 1,5 cuando deba reconocerse horas extraordinarias.

En cuanto al cálculo de pago por movimiento: conforme dispone el Decreto para el primer semestre de 2023 se definió en ¢ 425,29.

Ahora bien, para tener una noción un poco más cercana podemos partir del pago cuando se trate de cuadrillas: generalmente compuestas por 9 trabajadores, que en el caso de un contenedor: requiere lado A y lado B, sea 1 cuadrilla por lado, si un buque requiere 6 cuadrillas, supongamos que el buque trae 1000 contenedores eso implica 1000 movimientos, entonces:

$$1000 \div 6 = 166 \text{ movimientos c/u}$$

$$166 \times 425,29 = \text{¢ } 70\,598,14 - 10,67\% \text{ (cargas soc.)} = \text{¢ } 63\,065,31$$

* Esto bajo una estructura de justa distribución, se debe aclarar que cada estibadora posee diferentes estructuras de distribución.

Cálculo de pago estructura por roles: conforme dispone el Decreto se define en ¢ 425,29.

Suponiendo que existan cuadrillas por roles (1 lugar, 2 lugar, etc.), las cuales no necesariamente les corresponderá la misma cantidad de movimientos, si a una le corresponden 400 movimientos, entonces:

$$400 \text{ mov} \times \text{¢ } 425,29 = \text{¢ } 170\,116 \text{ x descarga total.}$$

Cálculo de pago A Granel (tonelada): Conforme al Decreto el pago por tonelada es de ¢ 99,73.

Si tenemos 4 Cuadrillas: de 18 trabajadores cada una y el Buque es de 50 000 toneladas, entonces:

$$50\ 000 \div 4 = 12\ 500 \text{ c/grupo}$$

$$¢\ 99,73 \div 18 = ¢\ 5,5 \text{ por tonelada}$$

$$12\ 500 \times 5,5 = ¢\ 68\ 750 - 10,67\% \text{ (cargas soc.)} = ¢\ 61\ 414,37$$

Debe acotarse que una de las frecuentes quejas que refieren los estibadores cuando se apersonan a reclamar sus derechos a estrados judiciales, es el no reconocimiento de horas extras y jornadas más allá de las permitidas, adicionando en algunas ocasiones el no pago de los días feriados laborados.

Para poder ejemplificar un poco todo lo expuesto en el presente ensayo, de seguido se expondrá un caso sometido a conocimiento de los Tribunales de Justicia, donde precisamente se abordan algunos de los aspectos que hemos expuesto.

- **Jurisprudencia: Casos de reconocimiento de horas extras y feriados a los estibadores**

Tal y como se ha dejado entrever a lo largo del presente artículo, el trabajo portuario y en específico el desarrollado en el campo de la estiba, resulta muy particular no solo en cuanto a su regulación, sino también en cuanto al reconocimiento de derechos que, desde la perspectiva del derecho laboral, se ha dado la lucha por encontrar paridad con el resto de trabajadores que no necesariamente laboran en un puerto. Uno de éstos derechos es precisamente la determinación de la jornada y por ende aparejada a ella, el reconocimiento de las horas extras.

Como se mencionó supra, uno de los puntos álgidos donde existe divergencia para su reconocimiento por parte de los patronos a los estibadores es el rubro de horas extras.

Tal ha sido la divergencia de criterios que algunos de los casos han tenido que llegar para ser dilucidados en el seno de la Sala Segunda, por ejemplo, en el año 2016, respecto al reclamo de pago de diferencias salariales por el no pago de horas extraordinarias, donde adicionalmente se cuestionaba si debía reconocerse pago de horas extras cuando se realizaban funciones de estiba, la Sala dispuso:

Debe tenerse presente que la normativa tutelar de las personas trabajadoras para evitar que sean sometidas a jornadas extenuantes de trabajo está vinculada directamente al respeto de su dignidad. **En ese orden de ideas, la forma de pago acordada por sus labores en nada incide con sus alcances y, consecuentemente, la forma de remuneración a destajo no impide el reconocimiento de tiempo extraordinario** (sobre el tema se pueden consultar los votos de esta Sala números 865 de las 11:10 horas del 14 de noviembre de 2007; 258 de las 10:05 horas del 13 de marzo y 1454 de las 9:55 horas del 18 de diciembre, ambas del año 2013) (...)” (Resolución 2016-001239, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de noviembre del dos mil dieciséis)(el resaltado es propio).

Llama la atención por el tipo de funciones que se realizaban (trabajo a destajo por movimientos), la forma en que la persona operadora del derecho tendría que calcular el pago de las horas extraordinarias en esa misma sentencia se procedió a realizar los cálculos, lo que nos permite poder entender cómo poner en blanco y negro un asunto tan complejo:

[S]i en una semana se trabajaron dos días trasladando 40627 unidades de fruta, habiéndose laborado cada uno de esos días doce horas, arroja como resultado que en cada día se movilizó un promedio de 20313.5 unidades, las que divididas entre 12 horas nos da como resultado un promedio de 1692,79 unidades por hora. Si la jornada fue nocturna ello significa que 10156,74 debieron cancelarse en forma ordinaria y las otras 10156,74 en forma extraordinaria, a saber, con un cincuenta por ciento más. Así las cosas, partiendo de que por los dos días se pagaron ¢40378,80, a saber, ¢20189,40 por cada uno, la deuda diaria por jornada extraordinaria ascendería a ¢5046 ($¢40378,80 \div 2 \text{ días} = ¢20189,40 \text{ por día} \div 12 \text{ horas} = ¢1682,45 \text{ por hora} \times 6 \text{ horas} = ¢10092 \div 2 (50\%) = ¢5046$ (deuda por día por horas extra). (Resolución 2016-001239, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de noviembre del dos mil dieciséis).

Debe tenerse claro que tal y como la misma Sala lo ha dispuesto, el cómputo de horas extra es diario, no acumulativo semanal. (voto N° 2004-000597 de las 9:20 hrs. del 21 de julio de 2004).

Ahora bien, me permitiré referirme a un caso que en la práctica me llamó mucho la atención, no solo por ser relativo a la materia que nos ocupa en el presente artículo, sino por las particularidades en la tramitación y la suerte que al final corrió para poder llegar a término, hablo del expediente número 13-300378-1024-LA, tramitado en el Juzgado de Trabajo de Puntarenas.

Como antecedentes tenemos que se trata de un caso donde un estibador, que pertenecía a una cuadrilla de estibadores, donde precisamente la relación laboral se caracterizaba por ser de trabajo a destajo, con las particularidades del trabajador de estiba, quien presentó el reclamo para el reconocimiento de vacaciones, aguinaldo, horas extras, pago de días feriados laborados, etc.

Es así como mediante Sentencia de primera instancia número 844-2014 de las 13:00 horas del 24 de noviembre de 2014, se dispuso lo siguiente:

[S]e declara parcialmente con lugar, la presente demanda ordinaria laboral establecida por **D.A.C.** contra la **C.A.T.S.P.M.A.** representada por su Gerente,(...), condenándose a éste último a cancelar al primero los siguientes extremos laborales: por 4.14 días por un monto de cuarenta y seis mil seiscientos ocho colones doce céntimos y por aguinaldo proporcional 4.14 dozavos en la suma de ciento dieciséis mil quinientos veinte colones treinta céntimos.- Todo lo anterior para un gran total de **CIENTO SESENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTIOCHO COLONES CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS.** (El resaltado no es del original)

El asunto es recurrido y el Tribunal de Juicio de Puntarenas, mediante voto número 240-L-2015 de las 10:00 horas del 12 de noviembre de 2015:

[S]e declara **parcialmente con lugar** el recurso de apelación interpuesto por la parte actora. Se **revoca** la sentencia venida en alzada parcialmente en cuanto no reconoció el pago de horas extra y

días feriados, así como intereses sobre estos extremos concedidos y los de vacaciones y aguinaldo. Y se dispone (...) **reconocer y pagar las horas extras laboradas por el actor en los horarios rotativos de jornada mixta y nocturna.**(...) La determinación de la cantidad de horas extra por jornada mixta y nocturna **se reserva para ejecución de sentencia.** Agrega además que: Deberá la parte demanda aportar en dicha ejecución toda la documentación referente a los turnos laborados por el actor y sus jornadas, bajo el entendido que si así no se hiciese se tendrá que el actor laboró todos los días feriados durante su relación laboral y no pudiendo concederse más de dos mil novecientos treinta y seis horas extra. (El resaltado no es del original).

En fecha 03 de octubre de 2017, el representante de la parte actora presentó ejecución de sentencia. El Juzgado de Trabajo de Puntarenas mediante resolución de las 16:23 horas del 10 de noviembre de 2017, concede audiencia a la parte demandada, por lo que el 22 de noviembre de 2017, la accionada se apersona y contesta que los montos ya fueron debidamente cancelados y que respecto a las horas extra, en casos como este, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) había emitido criterio y que conforme ellos consideraban no correspondía al pago de jornada extraordinaria por sistema de pago que se regía por tonelada movilizada.

Es así como el Juzgado de Trabajo de Puntarenas, entra a resolver y es por medio de la sentencia de ejecución número 2018000740 de las 19:08 horas del 11 de septiembre de 2018, siendo que resuelve en lo que interesa que: “Conforme lo antes expuesto y citas legales indicadas, **SE IMPRUEBA LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA,**(...)” (el resaltado no es del original).

Finalmente, ante el panorama expuesto, la parte actora recurre la resolución indicada y es mediante el voto número 150-L-2020, que el Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Puntarenas, luego de un ejercicio de análisis, resalta la necesidad de entender que se estaba en la etapa de ejecución de un fallo con autoridad de cosa juzgada y que ante esa premisa, el dispositivo de la resolución dictada en ese proceso es el que se erige como la ley del caso concreto (doctrina del artículo 146 del Código Procesal Civil). En otros términos, resalta la resolución que, constituye la *res iudicata*, sea, el límite infranqueable de lo que haya de ser concedido a la parte que asume la condición de acreedor, en tanto vencedor en el proceso. Sin duda, uno de los caracteres de la cosa juzgada material es la inmodificabilidad de lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional.

A raíz de lo anterior se revoca la sentencia que improbió la ejecución y por lo tanto declara con lugar en todos sus extremos el recurso, por lo que al final se logró conceder a la parte actora los 4.14 días por un monto de cuarenta y seis mil seiscientos ocho colones doce céntimos y por aguinaldo proporcional 4.14 dozavos en la suma de ciento dieciséis mil quinientos veinte colones treinta céntimos.- Todo lo anterior para un gran total de **CIENTO SESENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTIOCHO COLONES CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS**, más las horas extras laboradas por el actor en los horarios rotativos de jornada mixta y nocturna³⁵, lo mismo que el pago de los días feriados laborados, en forma sencilla, así como intereses sobre estos extremos concedidos y los de vacaciones y aguinaldo.

III. Conclusiones

El presente trabajo ha pretendido poner en blanco y negro particularidades del trabajo portuario y su regulación, tema que pareciera encerrar un mundo desconocido para muchos, no solo por la dinámica que implica su actividad sino también por la naturaleza de las relaciones laborales que en su interior se desarrolla.

Dentro de ese ecosistema laboral del trabajo portuario, encontramos un eslabón fundamental en la cadena de producción “el estibador”, gremio que se ha mantenido en el tiempo pese al desarrollo tecnológico en los muelles y puertos, pero que ha enfrentado luchas en cuanto a la estandarización de las normas que los regulan sobre aspectos tan básicos como el salario mínimo, determinación de jornadas y reconocimiento del pago de horas extraordinarias.

Del repaso realizado sobre los principales instrumentos internacionales que regulan el trabajo portuario, se puede afirmar que, no solo hay algunos de los instrumentos emitidos por la OIT que están en desuso, sino que, el camino para la aprobación e implementación por los países que los han ratificado, ha sido complicado al punto que su regulación resulte abierta, pero que finalmente son un parámetro importante en el tanto definen algunas líneas generales que han posibilitado al menos su consideración en cuanto a derechos básicos de los trabajadores portuarios.

Sin demérito de lo dispuesto por los instrumentos internacionales en el ramo, específicamente el Convenio de la OIT sobre Trabajo Portuario, su laxitud deja en manos del derecho interno la definición de particularidades que, al final, dependiendo de la política interna, podrían no ser tan beneficiosas respecto de las

³⁵ Al no contar con la prueba que debía aportar la accionada, se tiene por demostrado que el actor laboró un total de 1468 horas extra en horario mixto y 1468 horas extra en horario nocturno, lo anterior promediando ambos horarios. (Voto número 150-L-2020 del Tribunal de Apelaciones Civil y de Trabajo de Puntarenas).

garantías y obligaciones laborales que son objeto los trabajadores portuarios, lo cual se pone en evidencia con la revisión que se encuentra atendiendo el Consejo Nacional de Salarios.

Pese a los grandes esfuerzos que se han realizado desde el Consejo Nacional de Salarios del Ministerio de Trabajo, no se logra visualizar, desde la normativa vigente en la materia, que se hayan realizado gestiones para ajustar la regulación del trabajo portuario y en especial la de los estibadores, pues muchos aspectos se han venido a resolver desde el ámbito jurisprudencial y otros se han supeditado al ámbito administrativo, donde precisamente por la complejidad que deriva de la realidad del tema, lamentablemente la respuesta se ha extendido por años.

Si bien la estiba, se regula por el trabajo a destajo, pareciera necesaria una regulación específica para la actividad que defina de forma clara los diversos conceptos y aspectos, tornándose más inclusiva en temas tan básicos como el mínimo salarial y los ajustes al mismo.

Resulta de trascendental importancia que los operadores del derecho que les corresponda resolver o conocer algún tema relacionado con las prestaciones laborales de un estibador, puedan conocer tanto el contexto histórico, formal y popular que entraña esa labor en el país.

Del caso práctico que se expuso, podemos resaltar que al menos en estrados judiciales se ha logrado el reconocimiento de aspectos fundamentales para los trabajadores portuarios, pero que, a no ser por la consulta jurisprudencial, no existe un texto formal o regulatorio que aborde la labor de la estiba como tal.

Es un buen momento para que se pueda realizar el ejercicio desde la perspectiva del derecho comparado y se observen tanto las buenas prácticas como las regulaciones que en países desarrollados se han implementado en la materia, para poder generar una regulación más ajustada a las necesidades de la actividad en nuestro país.

IV. Bibliografía

- Asamblea Legislativa (2006). *Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico*. No. 8461. Recuperado de https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=56998&nValor3=103643&strTipM=TC
- Cabanellas de Torres, G. (2006). Trabajo a destajo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta. Recuperado de https://biblioteca.corteidh.or.cr/engine/download/blob/cidh/168/2021/11/74898_2.pdf?app=cidh&class=2&id=36379&field=168
- Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) (2003). *Reglamento de Operaciones Portuarias*. Recuperado de https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=50159&nValor3=53809&strTipM=TC
- Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica (JAPDEVA) (9 de abril de 2010). *Manual De Procedimientos, Proceso De Operaciones Portuarias, Limón*. Recuperado de: https://www.japdeva.go.cr/administracion_portuaria/reglamentos/manual_de_servicios_portuarios.pdf
- Juzgado de Trabajo de Puntarenas, Resolución No. 2018-000740 de las 19:08 horas del 11 de septiembre de 2018.
- Juzgado de Trabajo de Puntarenas. Resolución No. 844-2014 de las 13:00 horas del 24 de noviembre de 2014.
- Krotoschin, E. (1965). *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*. Tomo I. Editorial Depalma, Buenos Aires: Argentina.
- Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica (setiembre 2011). *Plan Nacional de Transportes de Costa Rica 2011-2035*. Volumen 2. Puertos y Navegación Marítima. Recuperado de <https://repositorio-snp.mideplan.go.cr/handle/123456789/90>
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) (2023). *Estudio CNS-DSM-ES-2-2023, Salarios mínimos de los estibadores portuarios en Costa Rica*. Sesión no. 5758. Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Salarios y el Departamento de Salarios Mínimos, San José: Costa Rica.
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (17 de diciembre de 2024). *Consejo Nacional de Salarios*. Recuperado de <https://www.mtss.go.cr/elministerio/consejostripartitosydialogosocial/consejo-nacional-de-salarios/consejo-nacional-de-salarios.html>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1979). *Convenio sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios)*. No. 152. Recuperado de <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100>

ILO_CODE:C15

- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2002). *Informe III (Parte 1B). Primera edición 2002. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 137) y a la Recomendación (núm. 145) sobre el trabajo portuario, 1973 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*. Conferencia Internacional del Trabajo. 90.^a reunión. 2002. Recuperado de <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-iii-1b.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2017). *Capítulo 1: ¿Qué es un salario mínimo? 1.7. El pago a destajo 1.7 El pago a destajo*. Recuperado de https://www.ilo.org/global/topics/wages/minimum-wages/definition/WCMS_541707/lang--es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (2024). *Lista de los instrumentos por tema y estatus. [Trabajadores Portuarios]*. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12030:0::NO:::#Trabajadores_portuarios
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) (s.f.). *Trabajadores Portuarios*. Recuperado de <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/dock-workers/lang--es/index.htm>
- Rodríguez Ramos, P. (2018). El Régimen Jurídico de la relación laboral de los estibadores. En *Temas Laborales*, 142, pp. 79-108. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX4vf_nvnmKAXz8MkDHXxFHrkQFnoECBYQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialecto.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6551477.pdf&usq=AOvVaw23XBikA-goq-2mjli-7csB6&opi=89978449
- Sala Segunda. Resolución 2004-000597, de las 9:20 hrs. del 21 de julio de 2004.
- Sala Segunda. Resolución 2016-001239, de las 10:45 horas, del 16 de noviembre de 2016.
- Salazar Carvajal, P. (2020). *Diccionario usual del Poder Judicial*. Poder Judicial, San José: Costa Rica. Recuperado el 16 de marzo de 2024. <https://dictionariusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario>
- Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Puntarenas. Voto No. 150-L-2020, de las 8:20 horas del 13 de noviembre de 2020.
- Tribunal de Juicio, Sección Laboral y Civil de Puntarenas. Voto No. 240-L-2015 de las 10:0 horas del 12 de noviembre de 2015.
- Vargas Chavarría, E. y Vargas Rodríguez, D. (2016). *Código de Trabajo de Costa Rica. Incluye Reforma Procesal Laboral del año 2016*. Editorial Juritexto, San José: Costa Rica.

Análisis de los principales sistemas de pensiones en Costa Rica

Flora Cerda Montero³⁶

Resumen. El presente artículo expone los sistemas de pensiones de Costa Rica. Nuestro país cuenta con diferentes regímenes, que han variado en los últimos años. Las personas trabajadoras pueden pertenecer a estos al cumplir con los requisitos establecidos a través de la normativa nacional que regula cada uno de ellos. Asimismo, se exponen los supuestos en que personas que no hayan cumplido con las contribuciones de los regímenes existentes tienen la posibilidad de adquirir una pensión. El artículo también explica la diferencia entre el derecho de pertenencia y el derecho concreto a disfrutar de la pensión.

Palabras clave. Regímenes de pensiones, Seguridad Social, jubilación, pensión por invalidez, pensión por muerte.

Abstract. This article sets forth the pension systems in place in Costa Rica. This country has various pension schemes, which have undergone changes in recent years. Working individuals may become members of these schemes upon fulfilling the requirements established by the national regulations governing each. Furthermore, the circumstances under which individuals who have not met the contribution requirements of existing schemes may still be eligible for a pension are outlined. The article also elucidates the distinction between the right to membership in a pension scheme and the concrete right to receive a pension.

Keywords. Pension schemes, Social Security, Retirement, Disability pension, Death benefit.

1. Introducción

Costa Rica ha sufrido cambios en los diferentes regímenes de pensiones en los últimos años, lo cual tiende a confundir a la población sobre las expectativas y derechos a los que son acreedores.

Es importante recalcar que estos cambios se han debido, especialmente, como ya lo mencionaba Robles (2019) años atrás, a los problemas de solvencia de los diferentes regímenes en virtud de que Costa Rica ha

36 Defensora Pública Laboral.

vivido un proceso de envejecimiento acelerado debido al incremento en la edad de la población y a una disminución en los nacimientos. Lo anterior, sumado, como lo menciona el mismo autor, a que dichos regímenes se encuentran desfinanciados.

También es importante tomar en cuenta lo mencionado por la Dra Rojas (2023) en el sentido de que, aunque se puedan calcular anticipadamente los montos de las pensiones, estas son variables, ya que constantemente hay ajustes y se pueden modificar, además de lograr el cumplimiento de la totalidad de los requisitos.

A partir de lo dicho, se hace necesario actualizar la doctrina que existe en nuestro país, al menos a esta fecha, agosto del 2024, presentando un resumen de los principales tipos de pensiones vigentes en Costa Rica.

2. Sistema costarricense de pensiones

En nuestro país se considera que el sistema de pensiones se compone de varios pilares (Robles, 2019), que, a grosso modo, abarca los siguientes:

1. No contributivas: para personas en condición de pobreza o que le corresponda por sus méritos, como lo son las de extrabajadores del Instituto Costarricense del Pacífico que administraban Puerto Caldera antes de la concesión, el de Expresidentes de la República, el de Exdiputados (cerrado con la Ley Marco de 1992). Sin embargo, el más importante es el Régimen No Contributivo de la CCSS, creado por la Ley de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares, N° 5662 del 23 de diciembre de 1974.
2. Contributivo básico: Es obligatorio, de reparto (o parcialmente de reparto como lo indica Robles, 2019) y garantizan una pensión mínima y una máxima, otorgada de forma solidaria. Han existido decenas de regímenes de este tipo, pero en su mayoría fueron cerrados por la Ley Marco de Pensiones de 1992. Actualmente encontramos los siguientes regímenes:
 - a. Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS.
 - b. Pensiones y Jubilaciones del Poder Judicial.
 - c. Capitalización colectiva del Magisterio Nacional
 - d. Hacienda, junto con todos los cerrados por la Ley Marco de 1992. (los que permanecen “vivos”).

3. Actualmente los trabajadores costarricenses cotizan para los 3 primeros.
4. Complementario, obligatorio basado en cuentas individuales: la Ley de Protección al Trabajador creó el Régimen Obligatorio de Pensiones (ROP), mediante el cual los trabajadores asalariados cotizan a través de las Operadoras de Pensiones, quienes las gestionan. También existen especiales o gremiales para instituciones específicas, como son el Banco Nacional, Banco de Costa Rica, CCSS e Instituto Costarricense de Electricidad, que son empresas públicas con sus propias pensiones.
5. Voluntario: fue creado por la Ley 7523 en 1975. Las Operadoras de Pensiones gestionan cuentas individuales, que se ven beneficiadas por incentivos fiscales.

A continuación se expondrán estos regímenes de forma más detallada.

2.1. Pensiones no contributivas

En mi opinión personal el término “pensión” no aplica cien por ciento a esta clasificación. Según la definición que se encuentra en internet dada por la Real Academia Española, este vocablo significa: “*Cantidad de dinero que alguien cobra periódicamente, de forma temporal o vitalicia, por razón de su situación y no como pago de un trabajo... la que paga la Seguridad Social por jubilación, viudedad, orfandad o incapacidad.*” Es por esta razón que considero que más que una “pensión” es una “ayuda económica” que otorga el Estado para personas con condiciones y requisitos específicos, especialmente de pobreza, sin haber aportado necesariamente a un régimen de pensiones o jubilaciones específico.

La principal de estas “pensiones” es la del Régimen No Contributivo (RNC) administrado por la Caja Costarricense del Seguro Social y los recursos provienen del Presupuesto Nacional. Sin embargo, también existen varios regímenes no contributivos administrados por la Dirección Nacional de Pensiones.

Según la página de internet del Ministerio de Trabajo, dentro de estos últimos, que se basan en méritos específicos, actividades o grupos particulares, se encuentran los siguientes:

- Benemérito Cuerpo de Bomberos (Ley No. 3825 de 1966)
- De Derecho Guardia Civil (Ley No. 1988 de 1955).

- Pensiones de Gracia, Ley General de Pensiones (Ley No. 14 de 1935)
- Premios Magón (Ley No. 6984 de 1985)
- Expresidentes (Ley No. 313 de 1939)
- Guerra Excombatientes (Ley No. 1922 de 1955)
- Prejubilados INCOP (Ley No. 8461 de 2008)
- Prejubilados INCOFER (Ley No. 8950 de 2011)
- Exdiputados (clausurado por la Ley marco de pensiones de 1992)

Por ser la más extensa e importante, nos centraremos para efectos de este artículo, en la del RNC administrada por la Caja Costarricense de Seguro Social, creado a través de la Ley 5662 (“Ley de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares” del 23 de diciembre de 1974), como un programa adicional al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. Se regula actualmente a través del Reglamento del Programa Régimen no Contributivo de Pensiones, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 14 de la sesión 8278, celebrada el 28 de agosto de 2008.

Mediante reforma de setiembre del 2012, el artículo dos de dicho Reglamento estipula que dicho “régimen tiene por objeto proteger a todos los costarricenses y extranjeros residentes legales del país, así como a las personas menores de edad, quienes, a pesar de carecer de una condición migratoria regular en el territorio nacional, se encuentren en situación de pobreza o pobreza extrema (necesidad de amparo económico inmediato) y que no califican en alguno de los regímenes contributivos o no contributivos existentes, según las condiciones que se establecen en este Reglamento.”

El artículo sexto prevé la siguiente clasificación de beneficiarios:

- a. Personas adultas mayores de 65 años.
- b. Personas inválidas con pérdida de dos terceras partes o más de su capacidad general, determinado por la Dirección de Calificación del Estado de Invalidez de la Gerencia de Pensiones.
- c. Personas viudas en desamparo económico, que no estén en unión de hecho de hecho posterior a la defunción del cónyuge o compañero del que dependían y que se encuentren entre los 55 y 65 años o que, siendo menores de 55 años tengan hijos menores de 18 años (o entre 18 y 21 si no laboran, están estudiando en educación formal o técnica y forman parte del grupo familiar con la persona viuda)
- d. Huérfanos menores de edad cuyos padres fallecieron o entre 18 y 21 años si no laboran y están estudiando en educación formal o técnica.
- e. Indigentes (“aquellas personas que por razones culturales y sociales, se les imposibilite incorporarse a un trabajo remunerado y quienes no cuentan con redes de apoyo familiares, soporte económico de otras Instituciones, ni medios económicos para satisfacer sus necesidades básicas de subsistencia.” (Reformado por sesión del 27 de setiembre del 2012).

A su vez, en cumplimiento con la Ley de Pensión Vitalicia para Personas que padecen Parálisis Cerebral Profunda, número 7125 del 24 de enero de 1989, reformada por la Ley N° 8769 del 1° de setiembre del año 2009, el artículo quinto del Reglamento prevé el trámite para “*casos por parálisis cerebral profunda, autismo, mielomeningocele o cualquier otra enfermedad ocurrida en la primera infancia con manifestaciones neurológicas equiparables en severidad*”, lo cual será dictaminado por la Comisión Calificadora del Estado de la Invalidez. Lo anterior para personas que se encuentren en estado de abandono o en condición de pobreza o pobreza extrema.

El reglamento citado regula también la vigencia y fecha de pago de estas pensiones, así como las variaciones de sus montos, el trámite de otorgamiento y de su revisión, suspensión, cancelación y anulación. También prevé los casos de pensionados que vivan en alguna institución pública o privada reconocida por el estado y los casos de pensionados cuyo endosatario no utilice la pensión para la satisfacción de las necesidades básicas de estos.

2.2. Pilar contributivo básico

2.2.1. RÉGIMEN DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE:

Es el más amplio, con mayor cobertura, creado por la Constitución Política y regulado a través del Reglamento del Seguro de Invalidez Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social y es administrado por esta institución. Los aportes son tripartitos, provienen del Estado, el patrono y el trabajador, según porcentajes establecidos en el Transitorio XI del mismo Reglamento.

Según el artículo 2 de dicha normativa: “... *es obligatorio para los trabajadores asalariados de los sectores público y privado, así como para los trabajadores independientes, con las excepciones hechas en los artículos 4° y 65° de la Ley Constitutiva de la Caja y voluntario para todos los demás habitantes del país no considerados en las condiciones antes indicadas, de acuerdo con el reglamento respectivo...*” y otorga pensiones por invalidez, vejez y para los sobrevivientes del asegurado fallecido, según el artículo 3 del Reglamento.

Según el artículo 5 de dicho cuerpo normativo, para ser acreedor de la pensión por vejez, se debe estar en una de estas condiciones:

- a) Ordinaria: contar con 65 años y haber contribuido con 300 cuotas a este régimen.
- b) Proporcional: contar con 65 años y haber acumulado al menos 180 cuotas.
- c) Anticipada para mujeres: a partir de los 63 años y con 405 cuotas al menos. Dependiendo de la edad entre los 63 y los 65 años, la cantidad de cuotas disminuirá hasta las 300 de la ordinaria.
- d) Anticipada según el artículo 26 de la Ley N° 7983, Ley de Protección al Trabajador: utilizando los dineros que posea en el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias.
- e) Personas con Síndrome de Down: al menos con 40 años y 180 cuotas.

Para las pensiones por invalidez, de forma general, la persona asegurada debe haber sido declarado inválido por la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez y haber aportado al menos 180 cuotas en ese momento, independientemente de la edad o haber aportado 12 cuotas en los últimos 24 meses antes de la declaratoria si tiene menos de 48 años y mínimo 24 cotizaciones en los últimos 48 meses si tiene más de 48 años. Sin embargo, el mismo artículo 6 del Reglamento, que regula dichas condiciones, establece mayores detalles y excepciones a las mismas cuando la misma condición de la persona inválida le haya impedido trabajar. Por su parte, el artículo 8 del Reglamento establece los requisitos para pensionarse por invalidez.

Para que se otorgue una pensión por sobrevivencia, el fallecido debía encontrarse pensionado por vejez o invalidez, o haber aportado 180 cuotas mensuales o haber cotizado mínimo 12 cuotas en los últimos 24 meses previos a la muerte, según lo estipula el artículo 18 del Reglamento. El artículo 4 da la posibilidad y las condiciones de otorgar una pensión para los sobrevivientes de un asegurado con menos de doce cotizaciones.

Para ser acreedor de una pensión por viudez, el artículo 9 del Reglamento establece los requisitos para optar por la pensión en calidad de pareja supérstite, pudiendo reconocerse más de un derecho en calidad de pareja supérstite según el artículo 10, siendo el monto la proporción del porcentaje que se le hubiera otorgado a uno solo.

Por su parte, la pensión por orfandad se otorga a los hijos que dependieran económicamente de la persona asegurada fallecida, conforme los lineamientos del artículo 12 del Reglamento. Actualmente se establece para los hijos solteros menores de 18 años, los solteros estudiantes menores de 25 años, para los inválidos, en ausencia de cónyuge del fallecido, los mayores de 55 años (solteros, que vivieran con el fallecido, que no sean asalariados ni tengan pensión alimentaria y que no tengan otros medios de subsistencia por sus limitaciones, según determinación de la institución), así como los hijos no reconocidos ni declarados judicialmente

luego de la investigación respectiva, así como hijos extramatrimoniales póstumos.

Si no existen beneficiarios por viudez u orfandad, el artículo 14 concede ese derecho a los padres del causante si dependían de él por sus limitaciones y el 15 a los que lo hubieran cuidado si no existen los padres y con las mismas condiciones de éstos.

Como última opción, de acuerdo al artículo 16, la pensión correspondería a hermanos que dependieran del fallecido, si no existen los parientes indicados con anterioridad.

En cuanto al monto de la pensión por vejez o invalidez, según el artículo 23 del Reglamento, este resulta del promedio de los mejores 300 salarios por los cuales se contribuyó, indexados por la inflación y la cuantía adicional rige a partir de estas 300 cuotas (que equivalen a 25 años). Para otorgar la pensión por invalidez o muerte, si el asegurado no cuenta con las 300 cuotas, se toma en cuenta el promedio de la totalidad de ingresos que fueron reportados, actualizados según la inflación. El porcentaje que se otorgue para la pensión de invalidez, vejez o muerte de un trabajador activo se encuentra regulado en el artículo 24 y en el 27 el de pensión por sobrevivencia del pensionado por invalidez o vejez.

La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social establece, según el artículo 29, los montos de pensión mínima y máxima (con y sin postergación) que se actualizan semestralmente y el porcentaje de postergación lo regula el artículo 25 del Reglamento, siendo actualmente el 0,1333% por mes sobre el salario promedio que se calcula de acuerdo al artículo 23 indicado.

Es importante recalcar que los derechos de la pensión rigen desde las fechas que se establecen en el artículo 19 del Reglamento y que el artículo 20 del mismo cuerpo normativo establece causales de suspensión y cancelación de la pensión, así como el 21 dispone reglas especiales para el trabajo de pensionados por invalidez y el 22 las condiciones para que un pensionado por vejez pueda laborar. Por razones de espacio no se detallan las mismas.

2.2.2. Pensiones y jubilaciones del Poder Judicial

Se encuentra regulado en el Título IX (Régimen de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por ley 9544 del 24 de abril del 2018 y rige para todos los empleados del Poder Judicial, por lo que se encuentra dentro de los de adscripción obligatoria. Actualmente es administrado por una Junta Administradora que pertenece al Poder Judicial (JUNAFO), regulada en el capítulo IV de dicho Título.

La normativa establece varios tipos de pensión por vejez, según las condiciones siguientes:

- a) Ordinaria: según el artículo 224, la persona servidora judicial debe contar al menos con 65 años de edad, haber laborado al menos 35 años, con al menos 20 años para el Poder Judicial. La pensión será un 82% del promedio de los últimos 20 años de salarios mensuales ordinarios.
- b) Anticipada: prevista por el artículo 224 bis, para servidores judiciales que ya hayan laborado al menos 20 o más años para el Poder Judicial. Establece básicamente dos situaciones. La primera, que la mujer tenga al menos 60 años de edad y el hombre 62 años y que haya laborado ya 35 años. Y la segunda, que la persona, independientemente del sexo, tenga 65 años de edad, pero no haya laborado todavía 35 años.

Según el artículo 226, solo se reconocerá el tiempo servido en instituciones públicas estatales y estas están obligadas a girar al Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial las cotizaciones, debiendo el interesado reintegrar diferencias con los rendimientos, si se presentan.

Ahora bien, la pensión por sobrevivencia y la de orfandad se regulan en el artículo 228 de la ley correspondiente. En cuanto a la primera, se establece que adquieren este derecho el cónyuge sobreviviente o la persona compañera con 3 años de convivencia y con aptitud legal para casarse, ambos que dependan económicamente del servidor fallecido. Asimismo, el cónyuge divorciado o separado judicialmente o de hecho o excompañero que cuente con pensión alimentaria declarada por sentencia o que demuestre que recibía apoyo económico del fallecido.

La pensión por orfandad, por su parte, le corresponde a los dependientes económicos que sean solteros menores de edad, mayores de edad menores de veinticinco que estudien según el inciso 1.2. y los mayores de edad inválidos e incapaces para ejercer labores remuneradas.

Por su parte, los padres del causante, si dependían de este, podrían obtener el derecho a la pensión si no existen los beneficiarios anteriores nombrados en el mismo artículo 228.

La normativa también prevé la jubilación por invalidez. De acuerdo con el artículo 227, si una persona trabajadora de este régimen se incapacita permanentemente según criterio de la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez de la Caja Costarricense de Seguro Social y cuenta con más de 5 años de labores para el Poder Judicial, se le otorgará una jubilación cuya forma de cálculo se estipula en el mismo artículo.

La misma ley establece los montos de pensión mínima y máxima, así como causales de suspensión y cancelación de la pensión.

Es importante recalcar que el artículo 234 prevé el traslado de cotizaciones al régimen de pensiones de la Caja Costarricense de Seguro Social o al régimen básico en que la persona vaya a solicitar la pensión. Si el monto cotizado para el Fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial es mayor que lo que solicite la entidad respectiva, la diferencia de la cuota obrera se trasladará al Régimen Obligatorio de Pensiones.

2.2.3. Régimen de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional

Este sistema fue creado inicialmente por la Ley No. 2248 del 5 de setiembre de 1958 y sufrió diversas modificaciones a lo largo del tiempo. Dicha ley creó la Junta de Pensiones y Jubilaciones de Magisterio Nacional (JUPEMA), encargada de administrar el sistema de pensiones y jubilaciones del Magisterio Nacional.

En 1992, con la promulgación de la Ley No. 7302, el 15 de julio, se desarrollan dos regímenes para los trabajadores del Magisterio Nacional, conocidos como el de Capitalización Colectiva y el Transitorio de Reparto,

los cuales explicaremos brevemente en este artículo. Y es a partir de la Ley No. 7531 de 5 de julio de 1995 cuando se logran consolidar los cambios de la Ley Marco, así como a través de la Ley No. 7946 de diciembre de 1999 que se consolida la obligatoriedad de la adscripción al régimen de Capitalización Colectiva.

i) Transitorio de Reparto:

Este sistema lo regulan las leyes 2248, 7268, 7531, 7946 y 8536 y aplica para los trabajadores de la educación que fueron nombrados por primera vez antes del 15 de julio de 1992.

La Dirección Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es la encargada de la dirección y vigilancia, mientras que la custodia le corresponde al Ministerio de Hacienda.

Se trata de un sistema de reparto, donde el dinero recaudado de los aportes se utiliza para pagar las pensiones del año. Resultó ser un régimen de “reparto puro” (Robles, 2019) ya que el Estado no aportó contribuciones, solamente los trabajadores, por lo que no se formó el fondo de ahorro deseado.

Cuando un trabajador de la educación haya aportado a otros regímenes, puede solicitar el reconocimiento en este sistema, siempre que haya aportado al menos 240 cuotas en este y un máximo de 120 para el Transitorio de Reparto. Si se presentan diferencias en los aportes, las debe cancelar.

Los trabajadores que tienen derecho a esta jubilación, pueden adquirir el derecho a la pensión ordinaria de las siguientes formas:

- a) La Ley 2248 prevé el derecho jubilatorio para los trabajadores de la educación que al 18 de mayo de 1993 cumplieron 19 años y 6 meses de servicio según la ley 8536 y que completaron 30 años de servicio (o 25 con las bonificaciones), otorgando un monto igual al 100 por ciento del salario más alto de los últimos 5 años.
- b) La Ley 7268 establece la jubilación para los trabajadores de la educación que cumplieron los 19 años y 6 meses de servicio según la ley 8536 para el 13 de enero de 1997 y que completaron 30 años de servicio (o 25 con las bonificaciones), pero promediando los mejores 12 salarios de los últimos 24 salarios y otorgando el 100 por ciento de este monto.

- c) La Ley 7531, vigente a partir del 15 de julio de 1995, por su parte, aplica para los trabajadores de la educación que no cumplen con los lineamientos anteriores y prevé el otorgamiento con 400 cotizaciones (240 en el Magisterio) o 60 años y 240 cuotas en el Magisterio, otorgando un monto de pensión igual al 80 por ciento del promedio de los mejores 32 salarios de los últimos 60 meses.

ii) Capitalización Colectiva:

Fue creado por la Ley Marco 7302 y se rige por las leyes 7531, 7946, 8721 y el Reglamento del Régimen de Capitalización Colectiva y es administrado por la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (JUPEMA).

Se trata de un sistema de financiamiento donde las aportaciones de los trabajadores crean un fondo para pagar las pensiones de los afiliados y se capitalizan.

Los trabajadores del sector educativo, el personal administrativo del Ministerio de Educación Pública (MEP), así como los que laboren en los centros docentes establecidos en el inciso a) del artículo 5 del Reglamento General del RCC y los trabajadores del Instituto Nacional de Aprendizaje (INA), que fueron nombrados luego del 15 de julio de 1992 son los que, de forma obligatoria, pertenecen a este régimen. Sin embargo, debido a la vigencia de las leyes que lo regulan, los trabajadores que ingresaron a laborar entre el 13 de julio de 1995 y el 2 de diciembre de 1999, pueden solicitar el traslado voluntario al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS. Estos quedarían excluidos entonces de este sistema, así como las personas trabajadoras que se hayan desempeñado en puestos administrativos, secretarias, cocineras, misceláneas, oficiales de seguridad, etc, que ingresaron al Magisterio Nacional entre el 13 de julio de 1995 y el 23 de abril del 2009, ya que después de esta fecha los cobija la reforma a la ley, donde se exige que coticen para el régimen de pensiones del Magisterio Nacional.

Este régimen otorga prestaciones económicas mensuales para situaciones de vejez, invalidez y supervivencia de los trabajadores con los requisitos previstos en la Ley N° 7531 del 10 de julio de 1995 y su reglamento.

Para adquirir esta jubilación por vejez, tanto hombres como mujeres deben tener 55 años y 1 mes y haber aportado 396 cuotas y el monto se determina con el 60 por ciento del promedio de todos los salarios, además de un 0.1% por cuota adicional luego de las primeras 240 cotizaciones. El artículo 11 del Reglamento del

Régimen de Capitalización Colectiva establece una tabla de retiro según la edad y el número de cotizaciones mínimas, estipulando menor cantidad de cotizaciones según la edad de retiro sea mayor.

Si un trabajador de la educación aportó a otros regímenes puede solicitar el reconocimiento en este sistema, siempre que haya aportado al menos 240 cuotas y se reconocen hasta un máximo de 156. Si hay diferencias en los aportes se deben cancelar.

El Reglamento General del Régimen de Capitalización Colectiva del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional prevé la pensión por invalidez en su artículo 12, así como por sobrevivencia, orfandad y familiares en sus artículo 13, 15, 16 y 17.

A su vez, también dicho Reglamento, en su artículo 36 establece las reglas de caducidad de las jubilaciones.

Cada una de estas leyes prevén situaciones de invalidez para otorgar una pensión extraordinaria y de viudez, orfandad o para familiares. Los requisitos para acceder a estos beneficios se encuentran en cada una de ellas, las cuales no podrán ser abarcadas en este artículo por razones de espacio, pero se ubican fácilmente en la normativa citada.

2.2.4. Hacienda, junto con todos los cerrados por la Ley Marco de 1992.

Especialmente importante es considerar que la Ley No. 148 del 23 de agosto de 1943 fue creada para los funcionarios de Hacienda, aunque según el artículo 13 aplica también para *“los empleados y funcionarios de la Asamblea Legislativa y de la Contraloría General de la República, y los que presten sus servicios en dependencias e instituciones del Estado... Los ex miembros de los Supremos Poderes, incluidos los vicepresidentes y viceministros podrán acogerse a los derechos establecidos en este artículo, si no están protegidos por otros regímenes de jubilación, siempre que hayan servido a la Administración Pública por un mínimo de diez años y*

tengan más de cincuenta años de edad, ... Se interpreta auténticamente que los ex ministros y los ex viceministros también son aquellos que ocuparon cargos de Secretario y Subsecretario de Estado...

Esta ley sufrió muchas reformas, que por razones de espacio no se podrán analizar en este artículo. Importante es mencionar que esta ley, junto con otros regímenes de pensiones con cargo al presupuesto nacional, fueron cerrados el 15 de julio de 1992, a través de la Ley 7302, Régimen General de Pensiones con Cargo al Presupuesto Nacional, conocida como la Ley Marco, mediante la cual todos los trabajadores que ingresaran a laborar al sector público luego de su entrada en vigencia, se acogen al sistema de pensiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, administrado por la Dirección Nacional de Pensiones.

Esto implica que, a partir de la Ley Marco, los regímenes citados se encuentran cerrados para nuevos trabajadores, por lo que los beneficiarios irán desapareciendo conforme pasen los años. El artículo 2 de la Ley 7302 establece que no se aplica para los regímenes del IVM, Poder Judicial ni Magisterio Nacional, que fueron analizados anteriormente.

La Ley 7302 modifica requisitos de la Ley 148, debiendo la persona cumplir con el artículo 4 y el Transitorio III. Por esa razón el artículo 1º establece:

Créase el Régimen General de Pensiones con cargo al Presupuesto Nacional, al cual se ajustará, el otorgamiento de todas las jubilaciones y pensiones de los regímenes contributivos que tengan como base la prestación de servicio al estado, originada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley y cuyo pago esté a cargo del Presupuesto Nacional. // Para los funcionarios que ingresen a servir al Estado con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, se aplicará lo que dispone el artículo 38.

El artículo 2º del Decreto Ejecutivo N° 21.996 –MP-MTSS-H-MEP-MIDEPLAN, de 2 de febrero de 1993, publicado en La Gaceta N° 46, del 8 de marzo de 1.993, por el cual se dictó el Reglamento a Ley N° 7302, establece que los regímenes que abarca el artículo 1º, son los siguientes: Comunicaciones (Ley N° 4 de 29 de setiembre de 1940 y sus reformas), Obras Públicas y otros empleados (Ley N° 19 de 4 de noviembre de 1944 y sus reformas), Empleados del Instituto Costarricense de Ferrocarriles INCOFER (Ley N° 264 de 23

de agosto de 1939), Registro Nacional (Ley N° 5 de 16 de setiembre de 1939), Músicos de Bandas Militares (Ley N° 15 de 15 de diciembre de 1935 y sus reformas) y Hacienda 148 y otros empleados (Ley N° 148 de 23 de agosto de 1943) (Dictamen 136-2004).

El artículo 41 de la Ley N.º 7302 deroga la Ley de Pensiones de los Beneméritos de la Patria, Autores de Símbolos Nacionales y otros, además de la Ley No. 6984 del 17 de abril de 1985 y sus reformas, la Ley de Pensiones de los Galardonados con el Premio Magón. Las demás leyes que regulan los diferentes regímenes especiales de pensiones entre ellas, la N.º 148 de 23 de agosto de 1943 se derogan parcialmente, pues se dejan sin efecto solo las disposiciones de esos cuerpos normativos que se opongan a la nueva ley. Si bien la Ley Marco no derogó expresamente los regímenes citados, el Dictamen N° 305-2000 de la Procuraduría General de la República aclara que la ley 148 fue derogada tácita y parcialmente, en lo que contraría la Ley N° 7302.

Las leyes que cerró la Ley Marco, básicamente tenían beneficios con los que no contaba el IVM, como la edad de pensión, ya que se adquiría el derecho a jubilación a los 30 años de labores, por lo que muchas personas lo hacían a los 50 años de edad, además de que otorgaban el cien por ciento del salario promedio de los últimos 12 meses sin un tope máximo.

Es importante aclarar que los trabajadores que ingresaron a la administración pública previo a la promulgación de la Ley Marco mantienen los privilegios del régimen al cual pertenecen, pero con topes máximos según la ley 7858 del 22 de diciembre de 1998 y si superan los límites se gravan con contribuciones especiales. Además, para los trabajadores que se van pensionando por estos regímenes, se deben aplicar los requisitos de la Ley Marco conforme el momento del otorgamiento, debiendo la persona cumplir con las exigencias que establece el artículo 4 y el Transitorio III. Es decir, deben cumplir los requisitos legales de cada momento histórico. Por ejemplo, si al 15 de enero de 1994 no contaba con 30 años de servicio y 50 de edad, debe contar con 55 años y estar vigente la relación laboral para obtener la pensión de Hacienda. (Dictamen C-056-2006).

El Dictamen C-304-2002 de la Procuraduría General de la República, citando CONSIDERANDO I del voto de la Sala Segunda, número 2002-00205 de las 9:40 horas del 3 de mayo del 2002, al respecto expone:

Pero además, esa Sala definió en forma expresa lo que entiende como “derecho de pertenencia” y la posibilidad legal para que el régimen al cual se pertenece, pueda ser objeto de reformas. En ese sen-

tido en el Voto N° 6491-98 de 9:45 horas del 10 de setiembre de 1998, expresamente aclaró:

IX.- A) SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA EDAD Y EL TIEMPO DE SERVICIO PARA JUBILARSE: Al tratar el tema de los derechos adquiridos en materia de pensiones, la Sala ha insistido en anteriores pronunciamientos en una diferencia medular entre el derecho de pertenencia al régimen y el derecho concreto a disfrutar de la pensión. Sobre esos dos matices del derecho adquirido a la jubilación señaló la Sala:

X.- En este sentido, es preciso observar que ese derecho deja de ser una simple expectativa y se adquiere desde que se ingresa al régimen jubilatorio, al menos como derecho general de pertenencia al mismo, y desde el instante en que el beneficiario se encuentra en las condiciones de hecho previstas para recibir el beneficio, como derecho a la prestación actual, sin que sea necesario que la haya reclamado, ni mucho menos declarado el reconocimiento o comenzado a percibirla...” (Sentencia N 1147-90 de las 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990).

XI.- En el primero de los casos, el derecho de pertenencia a un régimen jubilatorio guarda un grado de abstracción y consiste, en esencia, en el derecho a que permanezca el régimen de pensiones propio de la institución en que se labora, así como sus elementos o condiciones definitorias. (...). Por sus características, este derecho se adquiere por el solo ingreso a él, sin embargo, como ya se dijo, sus consecuencias son mucho más restringidas que las que se expondrán para el caso del derecho concreto a la pensión.

XII.- (...)

XIII.- El derecho concreto a gozar de la jubilación es aquel que tradicionalmente se ha utilizado como ejemplo para explicar el concepto de derecho adquirido. En esos mismos términos siempre se consideró que nacía en el momento en que el trabajador cumplía los requisitos exigidos por la ley vigente en ese momento para acceder al beneficio jubilatorio. Consecuencia de este razonamiento y de la diferencia de grado que se ha hecho es la indicada en la resolución número 6124-93 de las 14:30 horas del 23 de noviembre de 1993:

XIV.- En cuanto al goce efectivo del mismo, es un derecho que no puede limitarse, condicionarse o suprimirse en forma irracional en modo alguno, cuando se ha adquirido el derecho como tal, constituyéndose así en un derecho de disfrute. Sin embargo, no sucede del mismo modo con la expectativa de los trabajadores que cotizan para un régimen determinado, de manera que es hasta que se cumple con los presupuestos de ley –edad, años de pagar las cuotas, monto, etc.- que se obtiene dicho derecho. **Así la pertenencia a un régimen determinado de pensiones o jubilaciones se adquiere desde el momento en que se comienza a cotizar en dicho régimen, pero el derecho concreto a la jubilación se adquiere cuando el interesado cumple con todos los presupuestos establecidos por ley,**

y no antes, como lo reclaman los accionantes, al considerar que la modificación de las condiciones para obtener ese derecho es inconstitucional. (el resaltado es nuestro)”.

Es decir, el derecho de pertenencia a un régimen se adquiere al iniciar las cotizaciones para el mismo, pero el derecho a la jubilación cuando se cumple con todos los presupuestos normativos.

Por su parte, la Sala Constitucional había ya resuelto de la siguiente forma:

[L]a pertenencia a un régimen determinado de pensiones o jubilaciones se adquiere desde el momento en que se comienza a cotizar en dicho régimen, pero el derecho concreto a la jubilación se adquiere cuando el interesado cumple con todos los presupuestos establecidos por ley, y no antes, como lo reclaman los accionantes, al considerar que la modificación de las condiciones para obtener este derecho es inconstitucional. Los mismos ostentan un derecho a la pertenencia de un régimen de pensiones, que en este caso es el régimen de Hacienda, ya que lo que la normativa impugnada Ley Marco de Pensiones, número N.º 7302 lo que hizo fue unificar los diferentes regímenes existentes y crear un “marco común”, sin alterar en lo más mínimo el régimen de pertenencia de pensión de los empleados públicos. En efecto, es reconocido que tales regímenes están regulados mediante ley, la cual puede ser modificada o derogada en virtud de otra ley, y pretender que los presupuestos no pueden ser modificados nunca implicaría crear una limitación a cada régimen de pensiones y jubilaciones ya existente, que tiene rango constitucional en cuanto a su creación en general, pero no en cuanto a las especificaciones en particular” (Voto 6124-1993)

De forma resumida, los 3 tipos de pensiones que aplicarían para los funcionarios cubiertos por la Ley 7302, son las siguientes:

- a) Pensión por vejez: con 60 años de edad y 30 años de cotización al régimen que pertenece, ó con 65 años de edad y 20 años de cotización al régimen que pertenece, aplicándose un monto del cien por ciento del promedio de los 12 mejores salarios de los últimos 24 percibidos
- b) Pensión por invalidez: según las disposiciones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte explicado anteriormente.
- c) Pensión por sobrevivencia: los requisitos, monto y condiciones se rigen por las disposiciones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Los beneficiarios podrán ser: el cónyuge sobreviviente que haya convivido en forma continua y bajo el mismo techo; la(el) compañera (o) económicamente dependiente que haya

convivido 3 años; las hijas mientras permanezcan solteras; los hijos solteros menores de 18 años; los menores de 25 años, estudiantes y los inválidos, independientemente de su estado civil; los hijos mayores de 55 años, que vivían con el fallecido, que no gocen de pensión alimenticia, no asalariados, en razón de limitaciones físicas, mentales o sociales; los hijos no reconocidos; los padres dependientes económicamente en razón de limitaciones mentales, físicas o sociales; los hermanos en dependencia económica.

2.3. Pensiones complementarias

2.3.1. Régimen Obligatorio de Pensiones

Como se mencionó anteriormente, existen pensiones especiales o gremiales, que no abarcaremos en este estudio y la llamada comúnmente el “ROP” (Régimen Obligatorio de Pensiones), creado a través de la Ley de Protección al Trabajador número 7983 del 16 de febrero del 2000.

Según el artículo 2 de dicha ley, por Régimen Obligatorio de Pensiones Complementarias debemos comprender el “*Sistema de capitalización individual, cuyos aportes serán registrados y controlados por medio del Sistema Centralizado de Recaudación de la CCSS y administrado por medio de las operadoras elegidas por los trabajadores*” y según el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, su objetivo es “*complementar los beneficios establecidos en el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS o sus sustitutos, para todos los trabajadores dependientes o asalariados*”, lo cual implica que no le aplica a los trabajadores independientes.

Este régimen es administrado por operadoras de pensiones complementarias (OPC), debidamente autorizadas por la SUPEN. El trabajador puede elegir a cuál suscribirse, según el artículo 25 de la ley y si no lo hace, automáticamente es afiliado a Popular Pensiones OPC, o a Vida Plena OPC (Magisterio)

Es un régimen de capitalización individual y se financia con un 3% mensual cubierto por los patronos sobre los salarios pagados, un 1% de ahorro obligatorio de los trabajadores al Banco Popular y un 50% del aporte que los patronos deben realizar al Banco Popular, los 2 últimos transferidos cada 18 meses. Los aportes son registrados y controlados por medio del Sistema Centralizado de Recaudación (SICERE) de la CCSS.

El afiliado puede solicitar el retiro de los recursos al presentar una certificación que indique que cumplió los requisitos para jubilarse por un régimen de pensión contributivo básico o al cumplir los 65 años si no se ha pensionado. Además, el artículo 22 de la ley establece que “...los *afiliados y pensionados que enfrenten una enfermedad terminal, debidamente calificada por la CCSS, podrán optar por el retiro total de los recursos...*”

Según el artículo 20 de la ley, por la muerte del afiliado o pensionado, el primer rango de beneficiario será el establecido en el régimen contributivo básico y si no los hay, el segundo lo componen los designados ante la operadora. Si no concurren ninguno de los dos anteriores, se establecen mediante el proceso de Distribución de Prestaciones de Trabajador Fallecido ante un Juzgado de Trabajo.

Si la pensión del afiliado es menor al 20 por ciento de la mínima del Régimen del IVM, la pensión del ROP será ese monto (Transitorio XX).

Hay dos tipos de modalidades transitorias de este tipo de pensión:

- a) Según el Transitorio XIX, los afiliados al ROP que tuvieran el derecho a la pensión antes del 1 de enero del 2021, pueden solicitar 30 mensualidades (hasta agotar el saldo acumulado) o un retiro acelerado según reglas específicas del mismo articulado.
- b) Según el Transitorio XX, los afiliados al ROP que se pensionen entre el 1 de enero del 2021 y el 18 de febrero del 2030 pueden retirar su acumulado en cuotas por un periodo equivalente a la cantidad de cotizaciones efectuadas al régimen.

2.3.2. Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias

Este sistema está regulado por la Ley de Protección al Trabajador número 7983 del 16 de febrero del 2000 y según el artículo 2 de dicha ley el Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias se define como “*Sistema voluntario de capitalización individual, cuyos aportes serán registrados y controlados por medio del Sistema Centralizado de Recaudación de la CCSS o directamente por la operadora de pensiones.*”

A través de este, la persona trabajadora, aun cuando sea trabajador independiente (a diferencia del ROP) puede aportar, voluntariamente, parte de su salario para complementar su pensión, a través de la suscripción de un contrato de afiliación.

Para este régimen, el artículo 71 establece incentivos fiscales (exonera un porcentaje del impuesto sobre la renta y también de cargas sociales).

Por otra parte, según el artículo 14, los patronos pueden realizar aportes periódicos o extraordinarios a las cuentas de sus trabajadores. Se encuentra excluido “*el Estado, las instituciones autónomas, las instituciones semiautónomas y los demás entes descentralizados del sector público, así como a las sociedades establecidas con base en el Código de Comercio, en las que el Estado tenga mayoría accionaria*” según el artículo 19.

Los montos ahorrados por la persona trabajadora pueden ser retirado de forma anticipada, en las siguientes situaciones:

- a) haber cotizado al sistema de pensión voluntario durante 66 meses y tener menos de 57 años de edad. En este caso, debe devolver los beneficios fiscales que recibió, en proporción inversa a su edad.
- b) haber cumplido 57 años y contar con más de 66 meses de permanencia. En este caso, no debe devolver las exoneraciones.
- c) si con posterioridad a la firma del contrato, el afiliado se encuentra en estado de invalidez o enfermedad terminal calificado por la CCSS, o la comisión médica que corresponda al régimen básico al que pertenece. (artículo 21 de la ley citada supra).

Además, según el artículo 26, el afiliado puede utilizar los aportes que tenga acumulados en este régimen para anticipar su edad de retiro del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte.

3. Síntesis

En este artículo se ha hecho mención, asimismo, de las leyes y reglamentos que regulan los diferentes sistemas de pensiones en Costa Rica, a la fecha de agosto del 2024.

Se hace la aclaración que en nuestro país la persona que cumple con ciertos requisitos de necesidad económica, debidamente previstos normativamente, pueden ser acreedores de la llamada pensión del régimen no contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social.

En cuanto a los sistemas de jubilaciones, a grosso modo, las personas trabajadoras cotizan para diferentes sistemas de pensiones que han evolucionado con el paso de los años, para cumplir con los requerimientos presupuestarios de cada uno de los regímenes.

Dichas pensiones se basan en cotizaciones o cuotas cubiertas por la persona trabajadora y en promedios de los salarios cotizados, regulados en el régimen de pensiones correspondiente. Asimismo, cada uno de ellos prevé la posibilidad de pensiones ordinarias, por invalidez y por sobrevivencia, así como los requisitos y lineamientos en cuanto a la posibilidad de traslado de cuotas.

De forma resumida, este artículo ha buscado exponer requisitos y presupuestos para que una persona pueda ser acreedora de una pensión en nuestro país.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Dictamen C-056-2006 de la Procuraduría General de la República del 16 de febrero de 2006. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?Param1=PRD¶m2=1&Param6=&nDictamen=13671&lResultado=2&strSelect=sel&strTipM=T
- Dictamen C-304-2002 de la Procuraduría General de la República del 11 de diciembre del 2000. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=11589&strTipM=T
- Dictamen N° 305-2000 de la Procuraduría General de la República del 11 de diciembre del 2000. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?Param1=PRD¶m2=1&Param6=&nDictamen=10205&lResultado=2&strSelect=sel&strTipM=T
- Dirección Nacional de Pensiones. Recuperado de: <https://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-nacional-de-pensiones/direccion-nacional-pensiones.html>
- JUPEMA Junta de Pensiones Magisterio Nacional. Charla Regímenes de Pensiones del Magisterio Nacional. 1

de noviembre del 2022. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=834E11rVLg&t=1488s>

- Ley 5662. Ley de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares del 23 de diciembre de 1974. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=71510&nValor3=86836¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=1&strSim=simp
- Ley 7125. Ley de Pensión Vitalicia para las personas que padecen parálisis cerebral profunda del 24 de enero de 1989. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=6062&nValor3=78212&strTipM=TC
- Ley 7523. Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias del 7 de julio de 1995. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=58939&nValor3=118142¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp
- Ley 7531. Reforma Integral de Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio de 10 de julio de 1995. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=22078&nValor3=90781
- Ley 7858. Reforma ley N° 7352 de 21/07/1993, “Ley de Remuneración de los Diputados de la Asamblea Legislativa”, y ley N° 7605 del 02/05/1996 “Derogación del Régimen de Pensiones de los Diputados, ley N° 7302 y Reforma Ley Orgánica del Poder Judicial” del 22 de diciembre de 1998. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=30717&nValor3=116501&strTipM=TC
- Ley 7983. Ley de Protección al Trabajador de febrero del 2000. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=43957
- Ley 8536. Reforma del artículo 2° de la Ley N° 7531 “Reforma Integral de Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio” del 11 de agosto del 2006. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=57783&nValor3=78496¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=2&strSim=simp
- Ley 8721. Reforma del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional del 18 de marzo del 2009. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=65291&nValor3=76234&strTipM=TC
- Ley 9383. Ley Marco de Contribución Especial de los Regímenes de Pensiones del 29 de julio del 2016. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.as

px?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=82231&nValor3=131565&strTipM=TC

- Ley de creación del régimen general de pensiones con cargo al presupuesto nacional, de otros regímenes especiales y reforma a la ley no. 7092 del 21 de abril de 1988 y sus reformas, ley del impuesto sobre la renta de 8 de julio de 1992. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=23804&strTipM=TC
- Ley No. 14. Ley General de Pensiones del 2 de diciembre de 1935. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35336&nValor3=82750¶m2=4&strTipM=TC&lResultado=36&strSim=simp
- Ley No. 148. Ley de Pensiones de Hacienda de 23 de agosto de 1943. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=32652&nValor3=87728&strTipM=TC&lResultado=4&nValor4=4&strSelect=sel
- Ley No. 1922. Ley de Pensiones e Indemnizaciones de Guerra de 05 de agosto de 1955. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2455&nValor3=96087¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=3&strSim=simp
- Ley No. 1988. Ley de Pensiones Viudas e Hijos Guardas Fiscales, Civiles y otros muertos en desempeño de sus funciones del 15 de diciembre de 1955. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=36982&nValor3=38993&strTipM=TC
- Ley No. 2248. Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional del 5 de setiembre de 1958. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=11692&nValor3=127912&strTipM=TC
- Ley No. 313. Ley de Pensiones para Expresidentes de 23 de agosto de 1939. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=9662&nValor3=136171¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=4&strSim=simp
- Ley No. 3825. Ley de Pensiones a Viudas de Beneméritos de la Patria del 7 de diciembre de 1966. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_norma.aspx?param1=NRM&nValor1=1&nValor2=7882&nValor3=8458&strTipM=FN
- Ley No. 6984. Ley Otorga Pensión a Ganadores del Premio Magón del 17 de abril de 1985. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=8372&nValor3=8986&strTipM=TC

- Ley No. 7946. Reforma Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional del 18 de noviembre de 1999. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=43786&nValor3=76240&strTipM=TC
- Ley No. 8. Ley Orgánica del Poder Judicial de 29 de noviembre de 1937. Recuperado de: https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=33635
- Ley No. 8461. Adición del transitorio VII a la Ley Reguladora de la Actividad Portuaria de la Costa del Pacífico de 16 de octubre del 2008. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=64362&nValor3=74603¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=1&strSim=simp
- Ley No. 8950. Derechos Prejubilatorios a los Extrabajadores del Instituto Costarricense de Ferrocarriles del 12 de mayo del 2011. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=70533&nValor3=110965¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=3&strSim=simp
- Ley No. 9381. Caducidad de Derechos de Pensión de hijos e hijas y reformas del Régimen de Pensión Hacienda del 29 de julio del 2016. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=82230&nValor3=105169&strTipM=TC
- Reglamento a la Ley Pensión Vitalicia Personas Parálisis Cerebral, número 18936-S del 12 de abril de 1989. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=9257
- Reglamento del Fondo de Garantías y Jubilaciones del Personal del Instituto Costarricense de Turismo de 10 de enero de 1997. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=27174&nValor3=28739&strTipM=TC
- Reglamento del Fondo de Jubilaciones de los Empleados del Banco de Costa Rica de 24 de julio del 2007. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=50152&nValor3=53799&strTipM=TC
- Reglamento del fondo de pensiones y jubilaciones para los miembros del Benemérito Cuerpo de Bomberos de 19 de julio del 2013. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=75286

- Reglamento del Programa Régimen no Contributivo de Pensiones del 28 de agosto de 2008. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=64032&nValor3=121837¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=5&strSim=simp
- Reglamento del Seguro de Invalidez Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social del 07 de febrero de 1995. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=26485&nValor3=141400¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=1&strSim=simp
- Reglamento Fondo de Garantías y Jubilaciones del Banco Nacional de Costa Rica de 19 de octubre del 2016. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=59444
- Reglamento General del Régimen de Capitalización del 15 de abril de 1997. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=56158&nValor3=105832&strTipM=TC
- Reglamento Ley Creación Régimen General de Pensiones de 2 de febrero de 1993. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=11529&nValor3=12369¶m2=1&strTipM=TC&lResultado=4&strSim=simp
- Reglamento Régimen de Pensión Complementaria del Instituto Costarricense de Electricidad Fondo de Pensión Complementaria Empleados del Ice del 18 de noviembre del 2013. Recuperado de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=51797
- Robles, Edgar (setiembre 2019) El sistema de pensiones en Costa Rica y sus Desafíos. Academia de Centroamérica. Recuperado de: <https://www.academiaca.or.cr/wp-content/uploads/2020/>
- Rojas, Ana Matilde y Vargas, Nelly. Regímenes básicos de pensiones en Costa Rica. 9 de mayo del 2023. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=zRRsgootQ&t=1835s>
- Rojas, Ana Matilde y Vargas, Nelly. Regímenes complementarios de pensiones en Costa Rica. 9 de mayo del 2023. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=fGX7FCWo64M>
- Sala Constitucional, Resolución 6124 de las 14:30 horas del 23 de noviembre de 1993. Recuperado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-80824>
- Sala Segunda, Resolución 00205 de las 9:40 horas del 3 de mayo del 2002. Recuperado de: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-190061>

Invitación

Se invita a escribir en la Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública, sobre las siguientes metodologías:

1. Análisis de doctrina extranjera y/o nacional.
2. Monografías académicas.
3. Estudio de caso o casos
4. Análisis jurisprudencial.
5. Recensiones.

Requisitos mínimos para las contribuciones:

Las contribuciones deberán ser transmitidas con la siguiente información mínima esencial, por medio de correo electrónico a sjodef-capacitacion@poder-judicial.go.cr:

1. Identificación de la persona candidata (grado académico, nombre y apellidos). Se admitirán contribuciones de cualquier persona siempre y cuando lleve el aval del Consejo Editorial. Salvo que por razones de conveniencia u oportunidad dicho órgano considere necesario dispensar de tal requisito.
2. Detalles de la trayectoria de la persona candidata en el campo del Derecho de Trabajo y Seguridad Social. Solamente en casos excepcionales, se admitirán personas autoras que no posean grado académico, pero para ello deberá fundamentarse la conveniencia y necesidad de realizar tal excepción, especialmente para incentivar las contribuciones del personal de apoyo de la Unidad Laboral. En tal caso, se deberá indicar la Universidad en la cual se encuentra matriculada, el nivel que está cursando y los motivos de su interés en la materia de Derecho de Trabajo y de Seguridad Social.
3. Una descripción de entre 100 y 300 palabras del trabajo investigativo que se pone a consideración del Comité Editorial.

La contribución deberá considerar en su redacción las siguientes reglas:

1. La redacción debe ser en formato WORD (".docx") y debe ser enviado en tipo de archivo electrónico al correo electrónico sjodef-capacitacion@poder-judicial.go.cr
2. El título de la contribución deberá estar centrado. Podrá ponerse un subtítulo.
3. De forma seguida y al margen derecho, deberá escribirse las siglas del grado académico de la persona autora o personas autoras, con el nombre y apellidos.
4. Un resumen en español (titulado "Resumen") y otro en inglés (titulado "Abstract"), con una extensión máxima de doscientas palabras.
5. De seguido, máximo cinco palabras o conceptos compuestos en español (titulado "Palabras clave") y otro en inglés (titulado "Key words").
6. El contenido de la contribución no podrá superar 7,000 (siete mil) palabras, tomando en consideración las notas al pie de página. Solo en casos excepcionales, el Comité Editorial podrá dispensar de dicho requisito.
7. Deberá utilizarse un único formato de citación, sin excepción, sea el aprobado por la Academia Americana de Psicología (conocido como método "APA") o el sistema de citación de notas al pie "Chicago".
8. Al final de la contribución deberá incluirse un acápite de "Bibliografía", la cual sin excepción será únicamente de las fuentes que fueron citadas en el texto de la contribución. Ello no implica que las personas autoras no puedan incluir apartados de referencias recomendadas para profundizar en los temas abordados por la contribución.

Aclaraciones varias en cuanto a las contribuciones:

1. Los contenidos y opiniones que se vierten en cada contribución será responsabilidad exclusiva de cada una de las personas autoras y no comprometerá, de forma alguna, al Consejo Editorial, Consejo Científico o a la Unidad Laboral de la Defensa Pública del Poder Judicial. Se procurará rechazar *ad portas* contenidos difamatorios, injuriosos, soeces o de mal gusto, sin atentar en contra de la libertad de opinión, pensamiento y cátedra, de aplicar.
2. El contenido de la contribución deberá ser original y de primera publicación en Costa Rica. Serán admisibles las reediciones de contribuciones anteriores, así como exposiciones resumidas de trabajos finales de graduación para algún grado académico universitario. Lo anterior bajo escrutinio exclusivo del Comité Editorial que decidirá en razón de la utilidad y conveniencia del contenido de la contribución.
3. Las personas autoras ceden los derechos de publicación o copia de sus contribuciones. Si la persona autora desea con posterioridad publicar su contribución en otro medio, deberá contar con el aval explícito del Consejo Editorial de la Revista e incluir de forma manifiesta que dicha contribución ya ha sido publicada en la Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social de la Defensa Pública, con indicación del año, número o volumen, según corresponda
4. El Consejo Editorial se reserva la publicación de contribuciones que ya hayan sido publicadas o divulgadas por otros medios, físicos o electrónicos, en razón de su trascendencia e importancia para la materia de Derecho de

Trabajo y de Seguridad Social. En tal caso, siempre se hará respetando los derechos de autor y la indicación expresa de la publicación previa.

Parámetros de evaluación

El Consejo Editorial de la Defensa Pública propone como instrumento para evaluar los productos académicos y ensayos que se recibe la presente guía de dictamen³⁷. Dichas contribuciones se distribuyen a una persona validadora de contenido (árbitro), conservando bajo anonimato la identidad de las personas autoras.

GUÍA DE DICTAMEN:

1. Rigurosidad de la metodología empleada: precisión del objeto de estudio, definición de objetivos, exposición de la metodología utilizada.

Muy Bien.

Bien.

Regular.

Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

2. Dominio del tema presentado y solvencia del marco teórico del estudio.

Muy Bien.

Bien.

Regular.

Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

3. Aportación académica y solidez argumentativa de los contenidos.

³⁷ Se utilizó como fuente los parámetros de evaluación de la Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Asimismo, se consultaron las políticas de evaluación de artículos de la Revista Jurídica IUS Doctrina del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

Muy Bien.

Bien.

Regular.

Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

4. Rigurosidad y actualidad de las fuentes que emplea.

Muy Bien.

Bien.

Regular.

Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

5. Redacción, ortografía y calidad expositiva. Debe tomarse en considerar si se utilizó de forma adecuada el método de citación de fuentes escogido.

Muy Bien.

Bien.

Regular.

Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

6. Correspondencia entre las conclusiones presentadas y los objetivos planteados. Se aconseja valorar la innovación en el campo del tema propuesto.

Muy Bien.

Bien.

Regular.

Mal.

Justifique su respuesta (valoración cualitativa):

Dictamen Final

De acuerdo con lo revisado en el producto académico o ensayo sometido a su consideración, evalúa que debe ser:

- Admitido sin reserva (no puede tener ningún rubro evaluado de malo ni regular).
- Admitido previa revisión de señalamientos (tiene varios rubros evaluados de regular o alguno de malo).
- No admitido.

Observaciones finales (justifique la decisión para ser considerada por el Consejo Editorial):