

establece criterios o parámetros que debe utilizar la Administración, para determinar la gravedad de la falta, por lo que la determinación del plazo de inhabilitación, queda al arbitrio y subjetividad del funcionario a cargo. Así se informa para que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. Este aviso sólo afecta los procesos judiciales pendientes en los cuales se discuta la aplicación de lo impugnado y se advierte que lo único que no puede hacerse en dichos procesos, es dictar sentencia o bien, el acto en que haya de aplicarse lo cuestionado en el sentido en que lo ha sido. Igualmente, lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar esa vía, que son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo, claro está, que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente. Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese. Se hace saber además, que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y conforme lo ha resuelto en forma reiterada la Sala (resoluciones 0536-91, 0537-91, 0554-91 y 0881-91) esta publicación no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas.

San José, 5 de junio del 2008

Gerardo Madriz Piedra
Secretario

(54482)

PRIMERA PUBLICACIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que por resolución de las once horas treinta minutos del cinco de junio del dos mil ocho, se dio curso a la acción de inconstitucionalidad número 08-7881-0007-CO interpuesta por Didier Hernández Serrano y otros, para que se declaren inconstitucionales los artículos 3 inciso c), 10, 11, 15 a 30 y los transitorios primero y segundo del Decreto Ejecutivo número 33872-S del 17 de julio del 2007, por estimarlo contrario a lo dispuesto en los artículos 22, 20, 75, 33, 25, 50, 51 y 11 de la Constitución Política. Las normas se impugnan en cuanto, en criterio de los accionantes, vulneran los Convenios y Tratados Internacionales, y la Ley 7600 y su Reglamento, por no disponer la accesibilidad para las personas discapacitadas en todos sus ámbitos, y por contradecir los términos de la Ley 7600, con el agravante de que constituye además un precedente negativo en el cumplimiento de las normas relacionadas con la discapacidad que informan e integran el ordenamiento jurídico costarricense. El Reglamento impugnado otorga un plazo de hasta cuatro años para aquellos casos en que se presenten planes remediales, mismos que constituyen una burla a lo dispuesto en la Ley 7600 que otorgó un plazo de 10 años a las obras de infraestructura ya constituidas y en todo caso, también le dio un plazo de 7 años para que las instituciones en general, públicas o privadas, cumplieran las demás obligaciones impuestas. Refieren que las personas con discapacidad tienen necesidades de índole espiritual que al igual que el resto de la población, requieren solventar para también lograr una paz interior y un bienestar espiritual. Así se informa para que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. Este aviso sólo afecta los procesos judiciales pendientes en los cuales se discuta la aplicación de lo impugnado y se advierte que lo único que no puede hacerse en dichos procesos, es dictar sentencia o bien, el acto en que haya de aplicarse lo cuestionado en el sentido en que lo ha sido. Igualmente, lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar esa vía, que son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo, claro está, que se trate de normas que deben aplicarse durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente. Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese. Se hace saber además, que de conformidad con los artículos 81 y 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional y conforme lo ha resuelto en forma reiterada la Sala (resoluciones 0536-91, 0537-91, 0554-91 y 0881-91) esta publicación no suspende la vigencia de la norma en general, sino únicamente su aplicación en los casos y condiciones señaladas.

San José, 6 de junio del 2008

Gerardo Madriz Piedra
Secretario

(54714)

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que por resolución de las quince horas treinta minutos del seis de junio del dos mil ocho, se dio curso a la acción de inconstitucionalidad número 08-005263-0007-CO interpuesta por la

Defensoría de los Habitantes de la República, y el Patronato Nacional de la Infancia, para que se declare inconstitucional la Jurisprudencia del Tribunal de Familia de San José en materia de Adopciones Internacionales, por estimarla contraria a la Convención Sobre los Derechos del Niño, y el Convenio de La Haya de 1993 Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. La jurisprudencia se impugna en cuanto, en criterio del accionante, desde 1999 el Tribunal de Familia de San José de la Corte Suprema de Justicia, ha emitido reiteradas y constantes resoluciones judiciales dentro de procesos de adopción internacional de personas menores de edad, ventilados en la vía jurisdiccional, en los que ha aprobado adopciones internacionales al margen de los principios y procedimientos establecidos en el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, bajo el argumento de que la normativa del citado Convenio sólo se aplica a los procedimientos de adopción internacional de niños, niñas y adolescentes "institucionalizados", esto es, aquellos sujetos a la protección especial del Estado, no resultando vinculante su contenido en los casos de adopciones internacionales tramitados por la vía directa, a saber cuando media o interviene el consentimiento expreso de los padres que ejercen sobre el niño los atributos de la autoridad parental. Alega que según la jurisprudencia del Tribunal de Familia, tratándose de adopciones internacionales, el Convenio de La Haya en materia de adopciones internacionales, sólo se aplica a los casos de aquellas personas menores de edad que se encuentran bajo la custodia, guarda o cuidado directo del Patronato Nacional de la Infancia, toda vez que en los demás casos en donde media el consentimiento de los progenitores según el artículo 109 inciso c) del Código de Familia prevalece, en criterio de dicha autoridad judicial, el denominado Principio de la Autonomía de la Voluntad de los progenitores. Señala que al no hacer exigibles las condiciones de dichos instrumentos internacionales, en la práctica se omite verificar si existen en Costa Rica recursos familiares o comunales idóneos de ubicación para el niño, la niña o el adolescente que se pretende adoptar; y lo más grave, se le resta importancia a las condiciones que la persona menor de edad afrontará en el Estado Receptor, pues se omite verificar lo atinente a: 1). Condición legal de la agencia de adopción que brindará el seguimiento; 2). Respaldo estatal en caso de incumplimiento de las agencias; 3). Competencias atribuidas en el Estado Receptor a los organismos privados de adopción; 4). Realización del seguimiento post adoptivo por parte de autoridades estatales públicas y no por personas interdependientes a título personal; y, 5). Condición de idoneidad para adoptar, extendida por autoridad estatal competente en el país receptor, entre otros. Alega que dicha línea jurisprudencial es contraria a la Constitución Política, y al referido Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional. Así se informa para que en los procesos o procedimientos en que se discuta la aplicación de lo cuestionado, no se dicte resolución final mientras la Sala no haya hecho el pronunciamiento del caso. Este aviso sólo afecta los procesos judiciales pendientes en los cuales se discuta la aplicación de lo impugnado y se advierte que lo único que no puede hacerse en dichos procesos, es dictar sentencia o bien el acto en que haya de aplicarse lo cuestionado en el sentido en que lo ha sido. Igualmente, lo único que la acción suspende en vía administrativa es el dictado de la resolución final en los procedimientos tendentes a agotar esa vía, que son los que se inician con y a partir del recurso de alzada o de reposición interpuestos contra el acto final, salvo -claro está- que se trate de normas que se deba aplicar durante la tramitación, en cuyo caso la suspensión opera inmediatamente. Dentro de los quince días posteriores a la primera publicación del citado aviso, podrán apersonarse quienes figuren como partes en asuntos pendientes a la fecha de interposición de esta acción, en los que se discuta la aplicación de lo impugnado o aquellos con interés legítimo, a fin de coadyuvar en cuanto a su procedencia o improcedencia, o para ampliar, en su caso, los motivos de inconstitucionalidad en relación con el asunto que les interese.

San José, 9 de junio del 2008

Gerardo Madriz Piedra
Secretario

(54715)

UNA PUBLICACIÓN

Resolución N° 2008-001573.—San José, a las catorce horas y cincuenta y cinco minutos del treinta de enero del dos mil ocho. Expediente N° 06-011456-0007-CO. Acción de inconstitucionalidad promovida por Dunia Matarrita Castillo, mayor, casada, vecina de Nicoya, Guanacaste, funcionaria del Ministerio de Educación Pública, portadora de la cédula de identidad número 5-195-736, contra el artículo 36 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil. Intervino también en el proceso Farid Beirute Brenes en representación de la Procuraduría General de la República.

Resultando:

1°—Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 16:20 horas del 19 de setiembre del 2006, la accionante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 36 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil. La norma permite separar a los servidores de sus puestos cuando permanezcan más de tres meses incapacitados. Alega que la norma lesiona el derecho a un debido proceso, ya que el despido se dispone sin mayor trámite; el derecho a la salud, a la vida y la estabilidad en el trabajo, todos derechos protegidos por la Constitución Política.

2°—A efecto de fundamentar la legitimación que ostenta para promover esta acción de inconstitucionalidad, señala que proviene del párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en cuanto existe un recurso de amparo que se tramita en el expediente

N° 06-08992-0007-CO, en el cual mediante resolución de las 11:40 horas del 17 de agosto del 2006 se le dio plazo para interponer acción de inconstitucionalidad contra la norma.

3°—Por resolución de las 13:50 horas del 21 de setiembre de 2006 (folio 16), se le dio curso a la acción, confiéndole audiencia a la Procuraduría General de la República.

4°—La Procuraduría General de la República rindió su informe (folio 20). En relación con la legitimación, estima que la accionante cumple los presupuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. En cuanto al fondo, señala que en relación con el artículo 36 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, se han planteado, desde años anteriores, varias acciones de inconstitucionalidad, y todas han sido declaradas sin lugar, al haber considerado la Sala que esa norma reglamentaria es conforme con el ordenamiento constitucional y legal costarricense (sentencias N° 4499-94 de las 15:45 horas del 23 de agosto de 1994 y N° 1099-96 de las 15:09 horas del 5 de marzo de 1996). El artículo 36 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, en plena concordancia con lo dispuesto en los artículos 79 y 80 del Código de Trabajo (como normas supletorias del Estatuto de Servicio Civil, según el artículo 51 del Estatuto) y 192 de la Constitución Política, es una norma que autoriza a la Administración Pública para despedir con responsabilidad patronal al funcionario público que ha permanecido incapacitado por enfermedad durante un período mayor a tres meses. Circunstancia que por sus características especiales, no hace necesario otorgar a la persona el derecho al debido proceso y a la defensa, pues ciertamente, por la forma de constatación de la enfermedad que la incapacita para trabajar, se cumple el presupuesto esencial para que el Estado pueda ejercer su potestad de dar por terminada su relación de servicio con responsabilidad, luego de transcurrido el tiempo señalado arriba. Similar tesis ha seguido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias N° 95-377 de las 10:40 horas del 10 de noviembre de 1995 y N° 49 de las 11:20 horas de 13 de febrero de 1998. La certificación médica, expedida por los órganos aseguradores del Estado, constituye, per se, plena prueba de la existencia de la causal que posibilita a la Administración Pública para proceder al despido con responsabilidad patronal. De ahí que sería innecesario conferir al funcionario el derecho al debido proceso, cuando la incapacidad extendida por la Caja Costarricense del Seguro Social o el Instituto Nacional de Seguros, es contundente e incuestionable sobre la enfermedad que padece, y el tiempo de la incapacidad. En cuanto a la alegada infracción del principio constitucional de la estabilidad en el cargo, la Sala Constitucional ha expresado en varias sentencias que el artículo 36 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil no lesiona dicho principio en virtud de que la causa que podría originar el despido con responsabilidad patronal deriva de lo dispuesto en el artículo 192 de la Constitución Política. En palabras de ese Tribunal el despido con responsabilidad patronal que autoriza el artículo 36 reglamentario, en plena consonancia con el artículo 80 del Código de Trabajo, no infringe el principio de la estabilidad del cargo, sino que es uno de los supuestos permitidos por el legislador constituyente a través del numeral 192 constitucional, cuando al puntualizar dicha garantía, exceptúa que sólo podrán ser removidos los funcionarios públicos cuando sobrevenga alguna causal de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos. Tampoco lleva razón la accionante cuando arguye que el texto impugnado en esta acción, infringe lo dispuesto en el artículo 56 de la Constitución Política. Lo anterior, porque en virtud de lo recién señalado, y las características de la enfermedad que sufre el funcionario que lo incapacita por más de tres meses, esta causa se encuentra dentro de los supuestos legales a los que hace referencia el artículo 192 de la Constitución Política, a fin de que la Administración pueda proceder a su despido con el pago de las prestaciones legales correspondientes, sin que con ello se viole el derecho al trabajo.

5°—Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 189, 190 y 191 del *Boletín Judicial*, de los días 3, 4 y 5 de octubre de 2006 (folio 19).

6°—Se prescinde de la vista señalada en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con base en la potestad que otorga a la Sala el numeral 9 *ibidem*, al estimar suficientemente fundada esta resolución en principios y normas evidentes, así como en la jurisprudencia de este Tribunal.

7°—En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley. Redacta el Magistrado Armijo Sancho; y,

Considerando:

I.—**Sobre la admisibilidad.** De conformidad con lo señalado en el resultando segundo de esta sentencia, por resolución de las 13:50 horas del 21 de setiembre de 2006, en el recurso de amparo que se tramita en el expediente N° 06-08992-0007-CO, se dio plazo a la recurrente para interponer acción de inconstitucionalidad contra el artículo 36 del Reglamento al Estatuto del Servicio Civil. En ese proceso se ataca el oficio N° URH-4552-06 del 18 de julio de 2006 de la Directora de la Unidad de Recursos Humanos del Ministerio de Salud, según el cual a la actora se le separó de su puesto de Técnico de Salud I, con fundamento en la disposición cuya inconstitucionalidad se requiere. La acción es, por ende, admisible y procede el análisis por el fondo de la norma cuestionada.

II.—**Objeto de la impugnación.** El artículo 36 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil estipula lo siguiente:

“Artículo 36.—No obstante lo indicado en los artículos anteriores el servidor que permaneciere enfermo por un período de tres meses o más, podrá a juicio del máximo jerarca de la institución respectiva, ser separado de su puesto, mediante el pago del importe del preaviso y del auxilio de cesantía correspondientes.”

III.—**Antecedentes relacionados con la constitucionalidad de la normativa impugnada.** Este Tribunal ha conocido anteriores cuestionamientos acerca de la conformidad con la Constitución del artículo 36 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil o de disposiciones con contenido parcialmente análogo principalmente los artículos 9° y 10° del Reglamento de Incapacidades de la Caja Costarricense de Seguro Social, estatuyendo que no encontraba ningún roce de constitucionalidad entre tales normas y el derecho a la seguridad social y al trabajo (v. sentencias N° 4499-94 de las 15:45 horas del 23 de agosto de 1994, N° 1099-96 de las 15:09 horas del 5 de marzo de 1996 y N° 2364-99 de las 14:54 horas del 26 de marzo de 1999). Asimismo, a partir de tales pronunciamientos, de armonía de las disposiciones dichas con el ordenamiento constitucional, se han desestimado numerosos recursos de amparo, en los que se aducía la infracción de derechos fundamentales por aplicación de un plazo máximo de incapacidad como causa de despido o de finalización del pago del subsidio correspondiente (v., entre otras, las decisiones N° 2000-8406 de las 10:02 horas del 22 de setiembre de 2000, N° 2001-2492 de las 16:24 horas del 27 de marzo del 2001, N° 2002-232 de las 15:46 horas del 22 de enero de 2002, N° 2004-1798 de las 14:36 horas del 24 de febrero, N° 2004-831 de las 15:00 horas del 18 de agosto, N° 2004-12354 de las 15:35 horas del 2 de noviembre, todas de 2004, N° 2005-8742 de las 15:18 horas del 5 de julio de 2005 y N° 2006-7096 de las 14:21 horas del 19 de mayo de 2006). Tanto en las resoluciones sobre la constitucionalidad de la base normativa aquí cuestionada como en las de amparo, argumentó la Sala que no se quebrantaba el Derecho de la Constitución al estipular plazos máximos por los cuales un trabajador podía permanecer incapacitado. A título de ejemplo, en la sentencia N° 2001-9734 de las 14:23 horas del 26 de setiembre de 2001 que examinó la constitucionalidad de los artículos ya mencionados del Reglamento de Incapacidades de la Caja Costarricense de Seguro Social se justificó este tipo de medidas en la necesidad de “mantener la sostenibilidad y viabilidad económica del sistema para poder brindar una mayor cobertura a toda la población asegurada, con lo cual, se evitan los abusos del mismo”. Al referirse las normas dichas al pago del subsidio por incapacidad explicó que “una situación de subsidio indefinido, atentaría contra la sostenibilidad financiera del sistema, en perjuicio de la población asegurada y por asegurar en el futuro”. Se concluye en la resolución que las normas impugnadas no provocan una desprotección de las garantías sociales previstas en los artículos 73 y 74 de la Constitución Política “toda vez que vencido el plazo establecido de un año y medio como máximo- sin que el asegurado recupere su salud, éste puede optar por una de las prestaciones previstas en el ordenamiento jurídico, sea que puede solicitar que le otorguen la pensión por invalidez, o en su caso, se acoja a las prescripciones del art. 80 del Código de Trabajo (despido con responsabilidad patronal)”. Para el caso del artículo 36 aquí examinado sucede algo parecido, en la medida en que, transcurridos tres meses sin que cese la incapacidad, el Estado queda facultado a despedir al funcionario.

IV.—**Sobre el fondo.** Es en este último sentido que este Tribunal, bajo una mejor ponderación, rectifica expresamente lo estimado en las sentencias citadas y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, considera que debe replantearse del tema de los límites a los plazos de incapacidad por enfermedad para efectos de despido en el régimen de servicio civil, bajo las consideraciones que de seguido se exponen. La circunscripción del examen de constitucionalidad a esa categoría específica de trabajadores se hace en razón de las particularidades que revisten los diferentes regímenes de empleo en nuestro ordenamiento y ateniéndose estrictamente al asunto base que legitimó la formulación de la acción de inconstitucionalidad.

V.—En varios pronunciamientos ya se han perfilado como pilares del ordenamiento constitucional costarricense el principio cristiano de justicia social y el de solidaridad, incluidos en la reforma de 1943 a la Constitución de 1871 y conservados en el texto vigente de 1949, artículo 74, y que han permitido, junto con otros elementos, caracterizar nuestro sistema político y jurídico como un Estado Social de Derecho (v., por ejemplo, las sentencias N° 1225-91 de las 11 horas del 28 de junio de 1991, N° 3878-93 de las 8:27 horas del 12 de agosto de 1993, N° 4033-93 de las 9:45 horas del 20 de agosto de 1993, N° 5125-93 de las 11:48 horas del 15 de octubre de 1993, N° 4463-96 de las 9:45 horas del 30 de agosto de 1996, N° 7999-97 de las 19:21 horas del 26 de noviembre de 1997, N° 859-98 de las 15:21 horas del 11 de febrero de 1998, N° 882-99 de las 16:12 horas del 10 de febrero de 1999 y N° 2001-1186 de las 10:06 horas del 9 de febrero del 2001). Dentro de la amplitud que caracteriza ambos principios, el de justicia social, puede entenderse, para efectos del tema que se discute en esta acción, como aquel que permite la irrupción del derecho en este caso, el de la Constitución en las relaciones sociales con el fin de corregir y compensar las desigualdades entre las personas, que lastiman su dignidad, asegurándoles las condiciones materiales mínimas que requiere un ser humano para vivir. El principio de solidaridad, de su parte, agrega el deber de colectividades, más o menos amplias desde la sociedad nacional entendida integralmente hasta agrupaciones menores con un común denominador basado en criterios profesionales, económicos, espaciales, etc., de asistir a los miembros del grupo frente a contingencias que los colocan en una posición más vulnerable, como son, entre otras, la vejez o la enfermedad. Asimismo, son ejemplo de manifestaciones concretas de tales principios el régimen de seguridad

social (v. sentencia N° 5934-97 de las 18:39 horas del 23 de setiembre de 1997) y los derechos de los trabajadores (v. sentencia N° 2002-04881 de las 14:56 horas del 22 de mayo del 2002), consagrados en el mismo capítulo de la Carta Fundamental. Sobre estos últimos debe tenerse presente que, según la resolución N° 2002-4881, recién citada, no puede considerarse a los empleados como simple mercancía u objeto, como lógica consecuencia de su dignidad. Agrega esa decisión:

“La regulación constitucional de las instituciones de seguridad social permite a esta Sala reconocer el derecho fundamental de los trabajadores, a que sus instituciones estén en capacidad de prevenir y enfrentar cierto tipo de infortunios relacionados con la condición del trabajo, de la familia y de la propia naturaleza humana (enfermedad, vejez y muerte). Una seguridad social que responda a la filosofía propia de un Estado Social de Derecho, debe tener como base una justicia social para todos, y no para una clase o para determinada función del trabajo, en tanto ello se enfrentaría al principio de igualdad. La innegable disparidad entre las situaciones del empleador y empleado, da paso a un orden público laboral asentado en los siguientes principios constitucionales: de irrenunciabilidad (art.74), de condiciones dignas y equitativas de labor (68,66,71), de jornada limitada (58), de descanso y vacaciones pagadas (59), de retribución justa (57), de salario mínimo, vital y actualizable que permita al empleado su subsistencia y la de su familia incluyendo, alimentación, salud, vestido, educación y esparcimiento (50,51,57,65); de remuneración igual por tarea (57), de protección contra el despido arbitrario (63), de estabilidad en el empleo público (192) y de pago de cesantías (63). Como ha quedado expresado líneas atrás, la expresión seguridad social es más amplia que el concepto de seguro social establecido en el artículo 73, que es tan solo una de las instituciones de aquella. Esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que la asociación de particulares a entidades de la seguridad social puede ser compulsiva, en tanto tiene fines de bien común compatibles con el sistema social de derecho en que vivimos. En este sentido -ha dicho este Tribunal - el sacrificio de la afiliación obligatoria tiene como contrapartida la prestación necesaria por parte del organismo en cuestión, una vez producido el evento que está llamado a proteger. El constituyente diseñó el seguro social sobre la base de filiación y contribuciones obligatorias y esta compulsión tiene como contrapartida el derecho del trabajador a recibir como contraprestación del sistema, protección en los eventos de “enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que determine la ley” (párrafo primero del artículo 73 constitucional). Corresponde al legislador el desarrollo de los seguros sociales y el establecimiento de bases esenciales sobre las cuales, de manera técnica, la Caja Costarricense de Seguro Social en el ejercicio de la potestad normativa que esta Sala le ha reconocido en materia de su competencia, pueda concretar el contenido de las contraprestaciones, en caso de que se produzcan los eventos sujetos a protección.” (el énfasis no es del original)

Por otra parte, la sentencia N° 2000-2571 de las 14:38 horas del 22 de marzo del 2000 desarrolla ampliamente la evolución histórica, base constitucional y vínculo con los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales, de la seguridad social costarricense, por cuya pertinencia con el objeto de la acción se transcribe en su mayor parte:

“III.—Resulta útil hacer una breve referencia a la evolución de los seguros sociales, especialmente en cuanto a los sujetos protegidos por tales beneficios y su implementación y desarrollo en Costa Rica, previo a analizar la constitucionalidad de la norma impugnada. Inicialmente, los sujetos protegidos por los seguros sociales fueron los obreros, quienes a partir de la Revolución Industrial, conformaban el mayor grupo de trabajadores asalariados. La introducción de la máquina en el engranaje industrial significó para el trabajador un sinnúmero de desventajas, pues, además de las extenuantes jornadas y difíciles condiciones de trabajo que enfrentaban, los convirtió en un elemento más del engranaje industrial, cuyos movimientos requerían mayor cuidado y concentración, pues un descuido los exponía a lesiones físicas. Posteriormente, los trabajadores asalariados fueron incluidos en el sistema de protección por categorías, en forma paulatina. Por ejemplo en Alemania, país precursor de los seguros sociales, se instauró la primera legislación de seguro obligatorio en 1883 para el seguro de enfermedad, en beneficio de los trabajadores de la industria; posteriormente, en 1885 se amplió para los trabajadores del comercio y en 1886 a los de la agricultura. Luego, se incluyó como beneficiarios de los seguros sociales a personas económicamente débiles indigentes por ejemplo-, y a otros grupos de la sociedad, aunque no vivieran del sueldo (artesanos, cooperativistas, campesinos). Finalmente, atendiendo a lo que la doctrina llama el “criterio universal”, los beneficiarios del sistema de seguridad social término que supera al anterior de seguros sociales- toda la población nacional debe ser cubierta por el sistema de seguridad social. La definición de la Oficina Internacional del Trabajo, establece que el seguro social, como sistema de seguridad social, consiste en un conjunto de disposiciones legislativas, que crean un derecho o determinadas prestaciones, para determinadas categorías de personas, en contingencias especificadas. La seguridad social consiste en los sistemas previsionales y económicos que cubren los riesgos a que se encuentran sometidas ciertas personas, principalmente los trabajadores, a fin de mitigar al menos, o de reparar siendo factible los daños, perjuicios y desgracias de que puedan ser víctimas involuntarias o sin mala fe. En Costa Rica, en el siglo XIX, se adoptaron medidas provisionales para la protección de la salud, como la instalación de un Lazareto en 1833 y la creación del Hospital San Juan de Dios, por

Decreto Legislativo del 23 de julio de 1845, disposición que estableció además una Junta de Caridad que se encargaría de su administración. El Hospital San Juan de Dios abrió sus puertas en 1852, fue cerrado en 1861 debido a problemas económicos y reabierto en 1863, para prestar desde entonces, ininterrumpidamente sus servicios de asistencia médica. Posteriormente, se crearon Juntas de Caridad y Hospitales en otros lugares del país. En cuanto a la atención de los enfermos mentales, el “Asilo Chapul” se instaló entre los años 1886 y 1887. En el siglo XX, los esfuerzos continuaron, impulsados por personas como el Dr. Carlos Durán, quien auspició la creación de la Escuela de Enfermería en 1916, propuso la creación del Sanatorio para Tuberculosos y logró la introducción al país del primer aparato de Rayos X. Posteriormente, gracias al empeño de otro destacado profesional en medicina, el Dr. Solón Núñez, se dictaron numerosas e importantes leyes y decretos mediante los cuales se institucionalizó la Asistencia Pública, creando colonias veraniegas, clínicas infantiles y servicios prenatales, Clínica antivenérea, la Subsecretaría de Higiene y Salud Pública, y se promulgaron la Ley de Asistencia Pública, el Decreto para prevenir la contaminación de aguas potables, entre otras. En 1934 se emitió una ley por la que se retenía el 1 % del producto de la renta del banano, para destinarlo al financiamiento de la hospitalización de los trabajadores bananeros, normativa que constituye el primer intento de resolver los problemas de la salud en enfermedades no producidas por accidentes de trabajo, mediante una contribución específica de quienes “se beneficiarían con el esfuerzo de los trabajadores”. Luego, en 1935, se dictó la Ley General de Pensiones. Aunque los medios previsionales citados surgieron conforme a las necesidades del momento, y fueron establecidos en normativas específicas sin integración, es en este contexto que germinan las primeras ideas que abrirían paso a la implantación de los seguros sociales en Costa Rica. En su proceso de evolución, tuvo participación importante Jorge Volio, quien propuso a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley sobre accidentes. Asimismo, en 1928 Carlos María Jiménez Ortiz propuso la creación de la Secretaría de Trabajo y Seguridad Social, que comprendería lo relativo a previsión y seguros, ley que fue promulgada el 2 de julio de ese año, pero sin incluir muchos aspectos inicialmente proyectados. Los acontecimientos que sacudieron al mundo a principios del siglo veinte, especialmente los conflictos bélicos y sus consecuencias devastadoras en las economías de la mayoría de los pueblos, motivaron la adopción de medidas por parte de la comunidad internacional, que por ejemplo, en la parte XIII del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, relacionada con la Organización Internacional del Trabajo, consignó: “Considerando que la Sociedad de las Naciones tiene por objeto establecer la paz universal, y que esta paz no puede fundarse sino sobre la base de la justicia social...” y en su artículo 427 enunció nueve principios relacionados con las condiciones laborales, partiendo de la premisa de que el trabajo no puede ser considerado como una mercancía o un artículo de comercio. Influencia trascendental tuvieron también las encíclicas “Rerum Novarum”, publicada en 1891 y referida a las condiciones de trabajo de los obreros y, posteriormente “Quadragesimo Anno”, dada por el Papa Pío XI en el cuarenta aniversario de la primera. Pío XI se refiere en su encíclica de una forma más amplia a la “cuestión social”, y escribe sobre la “formación de una nueva legislación, desconocida por completo en los tiempos precedentes, que asegura los derechos sagrados de los obreros, nacidos de su dignidad de hombres y de cristianos; estas leyes han tomado a su cargo la protección de los obreros, principalmente de las mujeres y de los niños; su alma, salud, fuerzas, familia, casa, oficinas, salarios, accidentes del trabajo, en fin, todo lo que pertenece a la vida y familia de los asalariados”. La toma de conciencia sobre la “cuestión social”, implicó en nuestro país que existiera la voluntad política suficiente para crear los seguros sociales de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte, que se manifestó claramente con la promulgación, el 1 de noviembre de 1941, de la primera Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social. De inmediato se inició la reglamentación de la Ley, mediante la cual se puso en vigencia el seguro de enfermedad, maternidad y cuota mortuoria en las ciudades de San José y Alajuela. El paso siguiente y fundamental en este proceso, fue la incorporación a la Constitución Política vigente de 1871- mediante la Ley N° 24 de 2 de julio de 1943, del capítulo de las “Garantías Sociales”, que incluyó en su artículo 63 los seguros sociales de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, y demás contingencias que la ley determine. El 23 de agosto de 1943, se promulgó el actual Código de Trabajo, y con él, la segunda regulación sobre accidentes de trabajo, que sería reformada posteriormente por Ley N° 6727 de 9 de marzo de 1982.

IV.—La Constitución Política vigente, de 7 de noviembre de 1949, mantuvo el título de las Garantías Sociales de la Carta Política de 1871, y su artículo 73 dispone:

“Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, muerte y demás contingencias que la Ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales”

Es destacable que el Constituyente, en atención a la especial naturaleza de los derechos de contenido social, entre los cuales está el derecho a la seguridad social, dispuso que éstos no se agotan en la enumeración contenida en el Capítulo V de la Constitución Política, sino que el catálogo puede ser ampliado por aquellos que sean derivables del principio cristiano de justicia social -artículo 74 de la Constitución Política. La justicia social es un valor constitucional de primer orden, como se desprende de la norma constitucional recién comentada y en general del Título V de la Constitución Política. El concepto de justicia social alude a los problemas sociales, con la especial referencia a la necesidad de proteger a las clases más menesterosas, con el fin de mejorar su condición económica y lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común, de manera tal que la igualdad real sea un principio cotidianamente vigente dentro de la sociedad. De esa forma tanto el legislador, como la jurisprudencia constitucional pueden derivar y construir nuevos derechos fundamentales en materia social, con la condición de que sean aplicables a todos los factores de la producción (patronos y trabajadores) a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

V.—Por otra parte, Instrumentos Internacionales relativos a Derechos Humanos, consagran también el derecho a la Seguridad Social. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus artículos 22 y 25 apartado primero, señala:

Artículo 22:

“Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”

Artículo 25:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, independientes de su voluntad (...)

Por otra parte, los artículos 11 y 16 de la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre dicen textualmente:

Artículo 11:

“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Artículo 16:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

Asimismo, el “Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social” (número 102) adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo, en la Trigésimo Quinta reunión celebrada en Ginebra en 1952 y aprobado sin reservas por Costa Rica mediante Ley N° 4736 del 29 de marzo de 1971, estipula normas mínimas en materia de seguridad social. Este Convenio, que de conformidad con el artículo 7° de la Constitución Política, ocupa una posición preponderante con respecto a la ley común, como fuente normativa de nuestro ordenamiento, fue analizado por la Sala en una sentencia reciente N° 2091-00 de las ocho horas treinta minutos del 8 de marzo del dos mil. En esa oportunidad se resaltó que se trata de un instrumento internacional aplicable a muchos países, con realidades económicas y sociales diferentes, por lo que evita recurrir a concepciones estrictamente jurídicas para definir su campo de aplicación. El Convenio ofrece a los gobiernos la posibilidad de elegir entre las categorías que establece trabajadores asalariados, población económicamente activa, residentes de manera que las obligaciones que asume sean acordes con su realidad social.

VI.—Es claro que para dar cumplimiento a los preceptos constitucionales y la normativa internacional citada supra, la Caja Costarricense de Seguro Social, debió trazar planes de implementación y extensión de los seguros sociales, que en una primera etapa se vieron frustrados porque el Estado, principal empleador, no pagaba las cuotas que adeudaba oportunamente. Quince años después de que se elevara a rango constitucional el principio de universalidad de los seguros sociales a favor de los “trabajadores manuales e intelectuales” de Costa Rica, no se habían extendido más que a una minoría de costarricenses. La situación anterior motivó la reforma del artículo 177 de la Constitución Política aprobada por Ley N° 2738 de 12 de mayo de 1961- para lograr la definitiva consolidación económica de los Seguros Sociales en Costa Rica, mediante el establecimiento de una norma que garantice el pago de las cuotas que en forma obligatoria debe pagar el Estado para financiar y desarrollar el sistema de seguridad social. La exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional señala que al 31 de diciembre de 1959 se estimaba la deuda del Estado, acumulada a favor de la Caja Costarricense de Seguro Social, en veintidós millones novecientos sesenta y cinco mil setecientos treinta y nueve colones con seis céntimos. La comisión especial nombrada por la Asamblea Legislativa para estudiar el proyecto de reforma al artículo 177 de la Constitución citó en su dictamen un informe de la Caja según el

cual, con base en un estudio realizado en 1958 con datos de 1957, faltaba por asegurar un 66 % de los trabajadores posibles en toda la nación y un 89 % de los familiares de estos trabajadores que podría cubrir el seguro social en todo el país. La reforma al artículo 177 de la Constitución Política constituyó una forma de asegurar a la Caja que el Estado honraría sus obligaciones. De esa forma se incluyó el párrafo tercero, que dispone:

“Para lograr la universalización de los seguros y garantizar cumplidamente el pago de la contribución del Estado como tal y como patrono, se crearán a favor de la Caja Costarricense de Seguro Social rentas suficientes y calculadas en tal forma que cubran las necesidades actuales y futuras de la Institución. Si se produjere un déficit por insuficiencia de esas rentas, el Estado lo asumirá para lo cual el Poder Ejecutivo deberá incluir en su próximo proyecto de presupuesto la partida respectiva que le determine como necesaria la citada institución para cubrir la totalidad de las cuotas del Estado”

Asimismo, el Constituyente incluyó un artículo transitorio al párrafo tercero del artículo 177, que indica:

“La Caja Costarricense de Seguro Social deberá realizar la universalización de los diversos seguros puestos a su cargo, incluyendo la protección familiar en el régimen de enfermedad y maternidad, en un plazo no mayor de diez años, contados a partir de la promulgación de esta reforma constitucional”.

El constituyente fijó un plazo a la institución encargada de la administración y gobierno de los seguros sociales para lograr su universalización, en resguardo de los derechos de sus beneficiarios, y consideró que diez años era un lapso razonable para que los trabajadores y sus familias fueran protegidos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, muerte, “y las demás contingencias que la Ley determine.” Lo cierto es que la Caja Costarricense de Seguro Social dirige desde entonces su esfuerzo a lograr la cobertura total de los trabajadores sujetos a relaciones laborales y sus familias y éste ha rendido frutos, dado que los porcentajes de cobertura son muy elevados, y el sistema de seguridad social costarricense está entre los mejores de América Latina. En el momento histórico en que se incluyeron las garantías sociales a la Constitución Política, el grupo de población que se pretendió proteger fue el de los trabajadores manuales e intelectuales regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, y el propio constituyente consideró que este grupo debía estar cubierto en la década de los años setenta. Una etapa posterior en la evolución de los seguros sociales, constituye su expansión gradual a otros grupos de la sociedad, como los trabajadores independientes o por cuenta propia que no están sujetos a una relación laboral y los asegurados por cuenta del Estado quienes no pueden acceder a la seguridad social por su precaria situación económica. Así, los esfuerzos actuales deben dirigirse a que toda la población nacional debe ser cubierta por el sistema de seguridad social, pues si se eleva su calidad de vida se producirá un mejoramiento de la economía en general. (...)

A juicio de la Sala excluirlos de la posibilidad de recibir el seguro voluntario, por el sólo hecho de no estar sujetos a una relación laboral, constituye una discriminación que lesiona el artículo 33 de la Constitución Política y el derecho a la seguridad social. La Sala es consciente de que el hecho de que no exista parte patronal torna necesaria la implementación de nuevos instrumentos de supervisión y control, o el refuerzo de los existentes, con el fin de que el beneficio se utilice de acuerdo con los objetivos de la seguridad social.

IX.—Por otra parte, es claro que tal y como afirma la Caja Costarricense de Seguro Social, en el caso de los asegurados voluntarios no hay aporte patronal a la financiación del seguro en estudio. En consecuencia, aunque en la actualidad los asegurados voluntarios cotizan al menos un 5.5 % (hasta un 8 % dependiendo del ingreso reportado) porcentaje que es igual al porcentaje fijo de 5.5 % que aportan los asegurados obligatorios asalariados, es al Estado al que le corresponde completar la diferencia requerida para completar la prima global actuarialmente definida en 14 % de referencia. Este aspecto es de relevancia, pues en las condiciones actuales, en que la composición de la contribución según el Reglamento de Seguro de Salud es tan divergente entre los asegurados voluntarios y los asegurados obligatorios asalariados, si se concedieran iguales beneficios a ambos grupos, se pondría en peligro la estabilidad económica del régimen, en perjuicio de todos. Es por ello que debe concederse un plazo de un año a la Caja Costarricense de Seguro Social, para que efectúe los estudios actuariales respectivos y promulgue la normativa que regulará las condiciones en que se concederá el subsidio en dinero a los asegurados voluntarios que califiquen en la categoría de “población económicamente activa”. (...)

XI.—Conclusión. La frase “salvo los subsidios en dinero que otorga el seguro de enfermedad y maternidad” del artículo 10 del Reglamento de Seguro Voluntario de la Caja Costarricense de Seguro Social, emitido por la Junta Directiva de esa institución en el artículo 7°, Acuerdo primero de la sesión 6979, celebrada el 28 de noviembre de 1995, publicado en La Gaceta N° 10 del 15 de enero de 1996 resultaría inconstitucional por violar los artículos 7°, 33, 73,74 y 177 de la Constitución Política.” (v. en el mismo sentido la sentencia N° 2002-08429 de las 9:40 horas del 30 de agosto del 2002, se aclara que el énfasis no es del original)

Decisión de la que pueden extraerse como consecuencias de interés para este asunto, primero, que la jurisprudencia constitucional está facultada para construir nuevos derechos fundamentales, entre otros campos, en materia social. Esto, sobre todo si no se pierde de vista que los derechos sociales históricamente han nacido como mínimos que progresivamente se han extendido a una mayor cantidad de personas o circunstancias, tendencia

que no excluye el desarrollo del tipo de coberturas propias de la seguridad social, igualmente expansivo y siempre conexas al objetivo de proteger, sobre todo a los empleados, de las desgracias de que puedan ser víctimas involuntarias. De hecho, en el caso concreto que resolvió la sentencia que se comenta, se partió de esa evolución para obligar a conferir mejores condiciones a los asegurados voluntarios (recibir prestaciones dinerarias), eso sí, sin olvidar los correspondientes estudios actuariales, como más adelante se acotará.

VI.—En segundo término, la transcripción del artículo 16 de la Declaración Americana de Derechos Humanos permite recordar que esa norma propugna por un verdadero derecho fundamental del trabajador a ser protegido por la seguridad social contra las consecuencias de la incapacidad proveniente de causas ajenas a su voluntad, que le imposibiliten obtener medios de subsistencia. De igual forma y no empece que en la resolución N° 2001-9734 se asevera que en la normativa internacional de trabajo se fijan límites temporales de protección al empleado enfermo inferiores a los previstos en nuestro derecho interno, lo cierto es que a partir de esas mismas disposiciones jurídicas puede interpretarse el deber de cubrir la contingencia que origina la interposición de la presente cuestión de constitucionalidad. Así, en el primer párrafo del artículo 12 del Convenio 102 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a la norma mínima de la seguridad social, se establece que:

“Las prestaciones mencionadas en el artículo 10 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia cubierta, si bien, en caso de estado mórbido, la duración de las prestaciones podrá limitarse a veintiséis semanas en cada caso; ahora bien, las prestaciones no podrán suspenderse mientras continúe pagándose una prestación monetaria de enfermedad, y deberán adoptarse disposiciones que permitan la extensión del límite antes mencionado, cuando se trate de enfermedades determinadas por la legislación nacional para las que se reconozca la necesidad de una asistencia prolongada.” (el énfasis es agregado)

Mientras que en el Convenio 130 de la misma Organización, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad de 1969, se explica que tal asistencia debe concederse con el objeto de conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida y su aptitud para trabajar y para hacer frente a sus necesidades personales (artículo 9°) y que aún si procediera suspender el beneficio por el transcurso de un período superior a las veintiséis semanas se asegura la extensión del plazo de la asistencia médica en caso de enfermedades prescritas reconocidas como que requieren de un tratamiento prolongado (artículo 16). Ciertamente no se dice de manera categórica que es un derecho del trabajador el no ser despedido en virtud de una enfermedad prolongada, sin embargo, se colige su derecho a no ser despedido en esas circunstancias y procurar mantenerlo o, en último caso, reinsertarlo como trabajador activo. A nuestro juicio, el estado actual del ordenamiento jurídico satisface solamente de forma parcial tal derecho por medio de las prestaciones regulares de incapacidad por enfermedad y de protección del empleado que se ve aquejado por un padecimiento o accidente que lo deja inhabilitado permanentemente para retomar sus labores. Estos últimos supuestos aparecen definidos, por ejemplo, en el artículo 223 de la Ley sobre riesgos del trabajo en el que incapacidad total permanente es aquella que causa una disminución de facultades o aptitudes para el trabajo, consistente en una pérdida de capacidad general, orgánica o funcional, igual o superior al 67%. La Ley del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional, por su parte, regula en su artículo 47 que tendrán derecho a las prestaciones por invalidez las personas cubiertas por el Régimen que, por alteración o debilitamiento de su estado físico o mental, hayan perdido dos terceras partes o más de su capacidad para desempeñar sus funciones y, por tal razón, no puedan ser reubicadas en otra función dentro de la Administración Pública y, por ese motivo, no puedan obtener una remuneración suficiente para su subsistencia y la de su familia; sentido que asigna también el Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, artículo 8°, a la noción inválido, aunque añadiendo ciertos casos de personas declaradas en estado de incurables o con pronóstico fatal. Repasadas las prestaciones que se indicaron, es claro que la norma cuestionada brinda una respuesta inadecuada frente a una hipótesis de tutela también relevante, tal y como lo plantea la actora: el caso del trabajador que padece una enfermedad que lo incapacite a laborar más allá de tres meses, pero que no configura un caso de incapacidad o invalidez permanente. En pronunciamientos anteriores de la Sala, especialmente el N° 2001-9734, se consideró que era protección suficiente para las personas en el supuesto mencionado el despido con el pago de todos los extremos propios de la terminación del contrato con responsabilidad patronal. Sin embargo, en esta sentencia ex profeso se replantea esa conclusión, considerando el pago mencionado insuficiente, a la luz de los artículos 16 de la Declaración Americana; 12 del Convenio 102 de la Organización Internacional de Trabajo; 9 y 16 del Convenio 130 de la misma Organización. Si un funcionario está verdaderamente impedido para laborar en virtud de una enfermedad por un espacio de tiempo prolongado, aunque no permanente, las prestaciones que reciba producto del despido injustificado, le permitirán solventar sus necesidades y las de su familia por un lapso, pero no necesariamente durante todo el período en que el padecimiento le impida trabajar. Posteriormente podría caer en un verdadero estado de abandono, desde la perspectiva del auxilio que la seguridad social está compeliada a brindarle.

VII.—A lo dicho hasta aquí debe abonarse que del artículo 72 de la Constitución es posible derivar específicamente del deber del Estado de proteger al desempleado involuntario una restricción constitucional a los

poderes públicos de poner ellos mismos a los trabajadores en esa difícil situación, sea mediante sus conductas concretas y, desde luego, a través de su actividad normativa. En el caso que se examina, como se dijo, se crea una zona de desprotección frente a una verdadera contingencia, resultando inaceptable que la respuesta del ordenamiento jurídico a ella sea el despido con responsabilidad patronal. En reiterados pronunciamientos de la Sala se ha dicho también que está vedado al Estado colocar a sus servidores en una situación salarial tal que les impida solventar las necesidades básicas y las de su familia (v., entre muchas otras, las decisiones N° 2004-7381 del 13 de julio de 2004, N° 2005-14135 de las 12:03 horas del 14 de octubre y N° 2005-16721 de las 15:58 horas del 30 de noviembre, últimas dos de 2005).

VIII.—Por otra parte, el problema que aquí se trata está relacionado, además, con el derecho fundamental a la salud, en el sentido de que tanto hacer trabajar a una persona que física o mentalmente no está en aptitud de laborar, como condenar al enfermo a prescindir de su sustento, lesionan el derecho a la salud. Sobre este derecho, se afirmó en el pronunciamiento N° 2003-03440 de las 14:46 horas del 30 de abril del 2003 lo siguiente:

“¿De qué sirven todos los demás derechos y garantías, las instituciones y sus programas, las ventajas y beneficios de nuestro sistema de libertades, si una sola persona no puede contar con que tiene asegurado el derecho a la vida y a la salud? De todos modos, si lo que precisa es poner el problema en la fría dimensión financiera, estima la Sala que no sería menos atinado preguntarse por los muchos millones de colones que se pierden por el hecho de que los enfermos no puedan tener la posibilidad de reincorporarse a la fuerza laboral y producir su parte, por pequeña que sea, de la riqueza nacional. Si se contabiliza este extremo, y todos aquellos que se le asocian, resulta razonable afirmar que pierde más el país por los costos directos e indirectos del estado de incapacidad de quien yace postrado por una enfermedad, que lo que de otro modo se invertiría dándole el tratamiento que le permitiría regresar a la vida productiva. Desde luego, los beneficios intangibles, sociales y morales, son incuestionablemente de mucho mayor cuantía.”

Ya a propósito del mismo problema, pero abordado desde la perspectiva de la pensión por invalidez, se estableció en la decisión N° 1997-5095 de las 12:00 horas del 29 de agosto de 1997:

“Las prestaciones de la seguridad social, tienen la finalidad de garantizar al asegurado y sus familiares, una protección básica de carácter general que permita una existencia digna, cuando acaezca una circunstancia que afecte el desempeño del trabajo, -invalidez o vejez-. (...) El Estado debe velar por el bien común y proporcionar los medios, que inspirados en la solidaridad social provenientes de los regímenes de invalidez-, permitan brindar el medio de subsistencia de una persona, que ha sufrido una disminución de su capacidad, luego de haber formado parte del cuerpo laboralmente activo. (...) Esto obedece a la materialización de la solidaridad humana, la seguridad social y la justicia social consagradas en los artículos 73 y 74 de la Constitución Política (en este sentido ver sentencias números 3878-93 de las ocho horas veintisiete minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y tres, 4033-93 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres, 5125-93 de las once horas cuarenta y ocho minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres, y 1225-91 de las once horas del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y uno).”

Importa también recordar que la jurisprudencia constitucional ha vedado, aún en el campo de las relaciones laborales entre sujetos de derecho privado, que la enfermedad se convierta en un factor de discriminación en contra del empleado, que le haga derivar consecuencias perjudiciales a su situación (sentencias N° 2005-13205 de las 15:13 horas del 27 de septiembre del 2005 y N° 2007-3168 de las 10:30 horas del 9 de marzo de 2007). En síntesis, el despido aún mediando el pago de prestaciones completas no es una solución que derive ni comulgue con los principios de justicia social ni de solidaridad. Debe existir una respuesta intermedia entre la incapacidad por enfermedad inferior a los tres meses y la incapacidad o invalidez permanente.

IX.—Ahora bien, en varias de las sentencias citadas se invocan como fines constitucionales que respaldan, tanto la separación del funcionario por enfermedad prolongada, como las limitaciones temporales al subsidio por enfermedad, los de mantener la sostenibilidad y viabilidad económica del sistema, brindando mayor cobertura a la población asegurada, así como evitar los eventuales abusos. No debe malinterpretarse esta decisión en el sentido de descalificar tales propósitos (cuya relevancia constitucional, por el contrario, ha sostenido la Sala, p. ej. en las decisiones N° 1925-91 de las 12:00 horas del 27 de setiembre de 1991, N° 5261-95 de las 15:27 horas del 26 de setiembre de 1995 y N° 4808-99 de las 14:30 horas del 22 de junio de 1999, y que mantiene ahora), pues es evidente que la seguridad social requiere de un contenido económico suficiente y equilibrado para hacer realidad sus objetivos, de tal modo que su eventual desfinanciación llevaría al traste no solo el derecho que se pretende proteger en este caso concreto, sino los de todos los que actualmente se benefician de la seguridad social en distintas hipótesis. En cuanto a las conductas abusivas de los asegurados, uno de los principios generales del derecho consiste en negarse a tutelar los comportamientos desmedidos, de suerte que si el interés de una persona es el de fingir una enfermedad para no trabajar y percibir el subsidio por incapacidad, estafando la seguridad social, lo razonable es que el ordenamiento esté dotado de instrumentos y recursos para perseguir esta clase de anomalías, no que niegue las incapacidades prolongadas, presumiendo que son per se fraudulentas.

X.—Por demás, tampoco pierde de vista la Sala que para el empleador y eventualmente para la persona que sustituya al trabajador con una enfermedad prolongada se crean dificultades de orden económico y de estabilidad laboral, intereses que deben equilibrarse con el del funcionario incapacitado, por ejemplo, mediante la exigencia de evaluación del estado de salud del trabajador por un órgano distinto del que ha venido extendiendo las incapacidades y con el fin concreto de establecer el lapso probable de duración del estado mórbido, como se hace para la incapacidad permanente. En todo caso, en lo que quiere insistirse es en que la protección de esos fines, también constitucionalmente valiosos, no es necesariamente excluyente de la tutela del trabajador que sufre una larga enfermedad incapacitante, de tal modo que deba sacrificarse el derecho fundamental del funcionario a ser cubierto por el régimen de seguridad social frente a una contingencia seria.

XI.—Conclusión. Con base en los argumentos que se han expuesto hasta aquí, corresponde declarar inconstitucional la disposición impugnada, por infracción de los principios de justicia social, solidaridad y el derecho del trabajador a ser protegido en caso de enfermedad, anulando el artículo 36 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, con los efectos que con ese fin señala el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Debe entenderse que la presente declaratoria de inconstitucionalidad no afecta aquellos despidos que se hubieran consolidado por acto administrativo firme antes de la fecha de publicación del primer aviso acerca de la interposición de este proceso (*Boletín Judicial* N° 189 del 3 de octubre de 2006). Asimismo, que la Administración Pública deberá mantener la relación laboral con el servidor y, por ende, la incapacidad mientras, según criterio médico, subsista el motivo de ésta.

XII.—Se advierte, por último, que no escapa a la Sala la evidente necesidad de precisar las pautas para la protección de los trabajadores en esta hipótesis especial, en aras de armonizar los diversos intereses que a propósito de una larga enfermedad suya podrían resultar afectados (por ejemplo, la realización de estudios actuariales, eventuales modificaciones de las contribuciones, la asignación de un órgano especializado para la calificación de la enfermedad, etc.). Sin embargo, se es igualmente conciente de que tales vacíos no pueden ser suplidos mediante la sentencia de una acción de inconstitucionalidad, sino que deben ser el legislador, el Poder Ejecutivo y la Caja Costarricense de Seguro Social, quienes deban ponderar los aspectos de oportunidad y conveniencia que permitan dar contenido a los ajustes que se estimen necesarios. **Por tanto:**

Se declara con lugar la acción. En consecuencia, se declara inconstitucional y, por ende, nulo el artículo 36 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil por considerarlo contrario al derecho a la seguridad social, a la solidaridad, al derecho a la salud y al trabajo. Por los efectos de esta declaratoria, se dispone que la Administración Pública deberá mantener la incapacidad mientras según criterio médico subsista el motivo de ésta. Esta sentencia tiene efecto declarativo a partir de la anulación de las normas impugnadas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial *La Gaceta* y publíquese íntegramente en el *Boletín Judicial*. Notifíquese. /Luis Fernando Solano C. /Presidente / Luis Paulino Mora M. /Ana Virginia Calzada M. /Gilbert Armijo S. /Ernesto Jinesta L. /Fernando Cruz C. /Rosa María Abdelnour G.

San José, 11 de junio del 2008

Gerardo Madriz Piedra
Secretario