

San José, 29 de junio de 2020
Criterio DJ-C-389-2020

Licda. Silvia Navarro Romanini
Secretaria General de la
Corte Suprema de Justicia
S. D.

Estimada Señora:

Me refiero a la atenta solicitud de criterio del Consejo Superior en donde se solicita el criterio de esta unidad asesora respecto de la procedencia de disponer que los usuarios de los servicios institucionales que impliquen contacto con personas servidoras, se encuentran obligadas al uso de mascarillas.

Al respecto, esta unidad asesora se permite expresar lo siguiente:

I.- Sobre el acto administrativo:

El acto administrativo es la conducta formal de la administración, mediante la cual se genera efectos jurídicos definitivos sobre la administrados en donde la administración expresa algo que le consta, un juicio o una decisión.

En razón de la aptitud que posee el acto administrativo para generar efectos jurídicos hacia los administrados, debe entenderse que el mismo responde a una situación fáctica (motivo) debe ser producto de un procedimiento previo en donde se determine que su contenido (decisión), resulta acorde con el ordenamiento jurídico y posee una adecuada motivación (fundamentación), a efecto de satisfacer debidamente el interés público.

En orden a lo anterior, podemos determinar la existencia de actos administrativos reglados – en donde los elementos del mismo se encuentran normados- y actos

discrecionales, en donde uno o varios elementos, excepto el fin, tienen posibilidades de escogencia, dentro de ciertos límites a efecto de evitar caer en arbitrariedad.

En este sentido, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone lo siguiente: *“Artículo 16.- 1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia”*.

Conforme lo anterior, toda decisión administrativa debe ser acorde con estos límites y como tal debe encuadrarse en una motivación adecuada, necesaria y suficiente que fundamente los alcances de sus efectos.

Por otra parte, es menester destacar que la decisión que adopta la administración debe ser acorde con el principio de legalidad y, ante todo, en los principios constitucionales de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, el voto 08858-98, de las dieciséis horas con treinta y tres minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho de la Sala Constitucional, es claro al indicar:

“Así, un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: es necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La inidoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad, marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los objetos analizados...” (El énfasis es nuestro)

Conforme a lo anterior, toda decisión administrativa debe ser conforme a una valoración previa en donde se pondere si los efectos jurídicos de la misma son necesarios y si la medida adoptada es la más adecuada para atender la necesidad detectada, todo conforme a criterios técnicos y científicos que la fundamenten.

II.- Sobre la medida objeto del presente criterio:

Con el fin de determinar si la medida a que se refiere el presente criterio posee alguna fundamentación que torne legítima, la decisión administrativa, es menester previamente analizar si la misma es acorde con las reglas de la ciencia y la técnica.

En este sentido, el documento denominado *LS-PG-016. Lineamientos General sobre el uso de mascarilla y caretas a nivel comunitario en el marco de la alerta por (COVID-19)*”, emanado del Ministerio de Salud, dispone lo siguiente:

“5.1 Disposiciones generales

- *El uso de mascarillas es una de las medidas de prevención y control de la propagación del COVID-19. Por esta razón se debe adaptar su uso cuando sale de su casa de habitación o lugares compartidos solo por la “burbuja social”.*
- *Existe una población en el país que, por su condición o limitación funcional, no podrá ser obligatorio el uso de mascarilla como son:*
 - o Personas con discapacidad: que presenten limitaciones funcionales físicas o motoras que no puedan por sí mismas quitarse y ponerse la mascarilla, personas con discapacidad intelectual o cognitivas, así como aquellas con discapacidad psicosocial o mental que tengan dificultad para comprender y acatar los protocolos acerca del uso de mascarillas.*
 - o Niños menores de 3 años.*
 - o Por recomendación médica que conste en dictamen.**Para estos casos no se debe de negar los servicios públicos esenciales como transporte público, compra de alimentos y abastecimiento de productos básicos.*
- *La evidencia indica el uso de mascarillas adecuadas puede ayudar en la prevención de la transmisión de virus respiratorios y además reducir la contaminación de superficies por las gotitas de saliva.*
- *En cuanto a las caretas no se permiten las que cubren solo la boca, deben cubrir la cara en su totalidad.*
- *El cumplimiento del lavado de manos, la técnica del estornudo o la tos, evitar tocarse la cara y el distanciamiento físico junto con otras medidas de*

higiene, son indispensables para prevenir la transmisión del COVID-19, por lo que el utilizar una mascarilla y/o careta como única medida no es suficiente para obtener un nivel adecuado de protección..” (el destacado es nuestro)

Es menester indicar que esos lineamientos contempla disposiciones adicionales a los “Lineamientos generales para oficinas con atención al público (Bancos, correos, instituciones del Estado, Poder Judicial, empresas privadas de servicios) debido a la alerta sanitaria por Coronavirus (COVID-19)” y los “Lineamientos generales para propietarios y administradores de Centros de Trabajo por Coronavirus (COVID-19)”, así como las “Medidas administrativas temporales para la atención de actividades de concentración masiva debido a la alerta sanitaria por COVID-19”, en tanto que hasta su adopción, técnicamente no se consideró necesario imponer el uso de mascarillas como medida de protección ante la emergencia existente.

Consecuentemente, esta unidad asesora advierte un cambio de criterio técnico con respecto al tema de la idoneidad del uso de la mascarilla por parte del Ministerio de Salud, como instancia rectora en la materia, según la Ley General de Salud N° 5395, lo cual no ha sido desaplicado ni cuestionado técnicamente de manera oficial al momento de adopción del presente criterio.

Con respecto a las personas que el indicado documento contempla para el uso de mascarilla o medios análogos de protección, acorde con la doctrina existente en la materia ¹, se evidencia la existencia de un propósito de impedir la expansión de la epidemia, siendo la misma un medio para tal fin, a efecto de evitar el contagio en los supuestos usuario-usuario, usuario-servidor prestador del servicio, servidor prestador del servicio- otros servidores del órgano o ente.

En este sentido, el documento indica lo siguiente:

¹ Al respecto, se puede ver [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)31142-9/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31142-9/fulltext)

“5.3 Obligatoriedad en el uso de la mascarilla comunitario:

• Es obligatorio el uso de mascarilla o careta para:

✓ Toda persona que atienda público, en el caso de restaurantes siempre debe ser mascarilla por la posición elevada de quien toma el pedido. El personal de atención al público que cuente con barreras físicas (vidrios, acrílicos, polietilenos), no está obligado a utilizar careta o mascarilla. Si una evaluación de riesgos realizada por la propia empresa lo considera oportuno, éstas pueden ser utilizadas como parte del Equipo de Protección Personal.

✓ Clientes y choferes de transporte público remunerado de personas dentro de los vehículos, y recomendado en estaciones y paradas. La empresa autobusera tendrá la rotulación respectiva sobre el uso correcto de la mascarilla.

✓ Asistentes y quienes ofician actos religiosos.

✓ Asistentes a teatros y cines.

✓ Las personas que visitan centros de salud, cárceles, centros de atención de personas que consumen sustancias psicoactivas o centros de atención de población que posea factores de riesgo¹

✓ Las personas cuidadoras de personas adultas mayores y de personas con discapacidad, especialmente quienes prestan este servicio en asilos, hogares de ancianos y otras alternativas residenciales.

✓ Personas que laboran en call centers (centros de llamadas) que comparten cubículos de trabajo.

✓ Clientes de bancos, previendo las medidas de seguridad implementadas por las entidades y minimizando la manipulación de la mascarilla o la careta...”

Como se advierte el documento se encuentra orientado, en cuanto a personas usuarias, fundamentalmente en una relación con sujetos de derecho privado cliente- expendedor de un bien o servicio, mas como se evidencia, la razón de determinar el uso de mascarillas en dichos casos atiende a una razón de relación presencial, en uno de sus supuestos fundamentales, de cliente/usuario con unidades administradoras o personas prestadoras de servicios.

Es evidente de la lectura integral del documento de referencia, que el propósito es que la mascarilla sea un medio para evitar transmisión y contaminación provocada por la visita de personas usuarias/clientes con otras en similar condición o con las personas trabajadoras encargadas de la atención al público.

En este orden de ideas, bajo criterios de lógica y experiencia, debe partirse que los riesgos que se pretenden afrontar en el ámbito privado por parte de los lineamientos dichos,

son de plena aplicación en el Poder Judicial, en tanto que es prestador por excelencia de servicios que usualmente tienen una modalidad presencial por su naturaleza jurídica y en orden a la tutela de los derechos de las partes en los procesos y otros sujetos pasivos de la acción institucional, como son denunciantes ante el Organismo de Investigación Judicial y el Ministerio Público, entre otros.

Por consiguiente, si técnicamente se determina una medida como necesaria y procedente para la situación de emergencias que afrontamos, resulta evidente que cualquier decisión administrativa conforme a dichos criterios, sería conforme lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública supracitado.

III.- Sobre la medida adoptada como inherente a la salud de las personas servidoras judiciales:

Con relación a la posibilidad de que el contagio con el COVID-19 pueda ser considerado como, un riesgo de trabajo, esta unidad asesora ha manifestado lo siguiente:

“Según la Organización Internacional del Trabajo, la infección por COVID-19 se puede considerar como una enfermedad profesional o accidente de trabajo “Si se contrae por exposición en el trabajo”. Esa organización sugiere que:

“De conformidad con el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121) y el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), esos accidentes y enfermedades incluyen los accidentes industriales y las enfermedades profesionales. Los trabajadores que se infectan con la COVID-19 debido a su trabajo deberían tener derecho a atención de salud y, en la medida en que estén incapacitados para trabajar, a prestaciones monetarias o una indemnización, según lo establecido en el Convenio núm. 121. Los familiares a cargo (cónyuge e hijos) de la persona que muere por la enfermedad de la COVID-19 contraída en el marco de actividades relacionadas con el trabajo deberían tener derecho a recibir prestaciones monetarias o una indemnización, así como una asignación o prestación funeraria...” .

Por otra parte, esa organización internacional, al tomar nota de las disposiciones del Convenio y la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, y del Convenio y la Recomendación sobre los

servicios de salud en el trabajo, 1985; así como de la lista de enfermedades profesionales anexa al Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964, en su versión modificada en 1980; teniendo presente además la necesidad de mejorar los procedimientos de identificación, registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, con el fin de determinar sus causas, establecer medidas preventivas, promover la armonización de los sistemas de registro y notificación y mejorar el proceso de indemnización en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; la necesidad de contar con un procedimiento simple para mantener actualizada la lista de enfermedades profesionales; y, después de haber decidido adoptar algunas proposiciones relativas al registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, y al examen y actualización periódicos de una lista de enfermedades profesionales, adoptó, la Recomendación sobre la de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194).

Esa recomendación contiene un anexo en el cual en su punto 1.3. señala que la Brucelosis, Virus de la hepatitis, Virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), Tétanos, Tuberculosis, Síndromes tóxicos o inflamatorios asociados con contaminantes bacterianos o fúngicos, Ántrax, Leptospirosis son enfermedades profesionales y sugiere en su punto 1.3.9 que también lo son aquellas “causadas por otros agentes biológicos en el trabajo no mencionados en los puntos anteriores cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a dichos agentes biológicos que resulte de las actividades laborales y la(s) enfermedad(es) contraída(s) por el trabajador”.

Particularmente en Costa Rica, el INS y la Caja Costarricense de Seguro Social firmaron un protocolo denominado “PROTOCOLO DE ATENCIÓN PARA PACIENTES SOSPECHOSOS DE COVID-19 ENTRE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL Y EL INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS”, en el cual se vislumbra la posibilidad de que los patronos puedan hacer uso de la póliza por riesgo laboral, cuando exista sospechas razonables y constatables de que la persona trabajadora contrajo el virus COVID-19 en el trabajo o con ocasión de este. Lo anterior implica que se haya demostrado el nexo causal entre el contagio por COVID-19 y la labor que ejecutaban esas personas; o bien, que el nexo epidemiológico se dio específicamente en el sitio de trabajo, en cuyos casos deben cumplirse los protocolos de atención establecidos por el Ministerio de Salud (MINSA), como ente rector del sector salud.

Como puede verse, la enfermedad producida por el virus de referencia sí constituye un riesgo laboral per se, por lo que ahora es menester definir en qué supuestos puede desde el punto de vista de esta Dirección hacerse uso del seguro de riesgo que interesa.

Tal como se indicó antes, el seguro de riesgos laborales opera cuando el accidente o enfermedad laboral se da con ocasión o como consecuencia de las prestaciones personales realizadas bajo la subordinación de un patrono.

En tal sentido, podría ser que el contagio por COVID-19 suceda cuando las personas no se encuentran en la modalidad absoluta de teletrabajo, por lo que deben trasladarse a sus oficinas todos los días de su jornada o parte de ellos, lo que implica la posibilidad de contraer el virus en el centro de trabajo o inclusive durante el traslado a dicho lugar desde sus casas de habitación o viceversa ; o bien puede darse el caso de algunas personas que deban trasladarse por ejemplo a un centro penal o a lugares distintos a sus oficinas en virtud de la naturaleza de sus funciones, en cuyos casos de existir el nexo de causalidad, entonces, podría hacerse uso de la póliza por riesgo laboral . No puede negarse que es con ocasión de la prestación de servicios que las personas servidoras judiciales que, aunque por un solo día deben trasladarse de sus casas a las oficinas o a la inversa, se ven mayormente expuestos a la afectación por la COVID-19. Si bien, en sus labores, la previsión social tuvo una finalidad fundamentalmente existencialista, de protección contra las más crueles e inhumanas formas de trabajo que atentaban contra la vida; el desarrollo de los derechos humanos, entre los cuales también cuentan los derechos a la salud en el trabajo, exige una protección del trabajador acorde con ese desarrollo y con las transformaciones operadas en la vida actual. Es el mismo desarrollo que permitió que la doctrina de la responsabilidad civil, fundamentada en criterios puramente subjetivos, haya desembocado en la aceptación en esta materia de la responsabilidad objetiva propiciada por la generación del riesgo de la actividad empresarial, hasta llegar más tarde a la doctrina de la responsabilidad social, tutelada a través de los seguros sociales. La doctrina jurídica más autorizada habla de la necesaria vinculación que debe existir entre el trabajo y la lesión recibida, es decir, que el accidente o enfermedad sufridos debe ser propiciado por la prestación del trabajo subordinado, lo cual contempla el peligro que la actividad laboral hace correr a la persona servidora judicial. Es entonces con ocasión del trabajo que se expone a esos servidores a una situación de riesgo que no es justo para éstas soportar. Las condiciones actuales de la pandemia, la cual se exagera con la apertura comercial, aumentan para las personas servidoras públicas el riesgo de contagio. Es decir, en la situación actual en donde hay un incremento de casos positivos por COVID-19, el patrono no puede desentenderse y cargar en las personas servidoras judiciales el elevado riesgo que enfrentan al salir o ingresar al trabajo durante la pandemia. No advertir esa situación, sería contrariar el espíritu del Código de Trabajo que pretendió otorgar una amplia cobertura a los trabajadores y trabajadoras contra toda lesión propiciada por la prestación de sus servicios; es decir, los riesgos que enfrentan esas personas con ocasión de su trabajo, constituyen también un riesgo contra el cual debe ser tuteladas las personas servidoras. Sin embargo, respecto de aquellas personas que laboran en la modalidad de teletrabajo de forma absoluta, es decir, que del todo no deben trasladarse a las oficinas a pesar de encontrarse bajo subordinación, es complejo determinar un nexo causal entre un posible contagio del virus COVID-19 y las labores que se presten, porque más bien la medida del teletrabajo en la coyuntura en que se encuentra el país, reduce la posibilidad de infección.

Además, el origen del contagio como elemento primordial en la determinación de la causalidad en dicha modalidad sugiere que, la intensidad de la asociación con el factor de riesgo, la concordancia, la especificidad, el horizonte temporal, el gradiente y la plausibilidad biológica se reducen considerablemente. Considera esta Dirección que de darse un contagio en aquellas personas que laboran de manera absoluta en la modalidad de teletrabajo, lo lógico sería que se produzca por razones ajenas al trabajo que desarrollan, extinguiéndose con ello algún posible nexo causal. En todo caso, debe recordarse que la responsabilidad objetiva puede eximirse cuando media culpa de la víctima, que para las personas que se encuentran en modalidad de teletrabajo absoluta, todas aquellas acciones como actos voluntarios de parte de éstas, ajenos al trabajo mismo que desempeñan, es decir, en las que no media ninguna orden patronal en tal sentido, porque en el fondo y en razón de verdad no podría haberla en relación con sus labores podrían concretar causas eximentes de la responsabilidad patronal que se ha ventilado, por lo que no procedería el uso de la póliza de riesgos. Bajo esa perspectiva es que el legislador contempló en el numeral 199 ibidem que no constituyen riesgos del trabajo los provocados intencionalmente, previa la comprobación correspondiente.

III.- CONCLUSIONES. –

- a. Los accidentes o enfermedades labores hacen surgir responsabilidad patronal objetiva cuando suceden como consecuencia o en ocasión del trabajo.*
- b. La COVID-19, constituye una enfermedad laboral o profesional.*
- c. La responsabilidad patronal que surge de una enfermedad laboral exige la necesaria existencia de un nexo de causalidad, es decir que, en el caso concreto, la actividad laboral de la persona servidora judicial debe ser la generadora del riesgo o sea la que lo coloque en una circunstancia de tiempo, modo y lugar que generen el contagio, de tal modo que la primera causa sea el trabajo como generador y conector que lleve al origen del contagio.*
- d. Aquellas personas que deben movilizarse aunque sea por un solo día a sus oficinas o a otros lugares que por la naturaleza de funciones deban trasladarse, se ven expuestas al contagio como consecuencia del trabajo si el origen de este sucede en el centro de trabajo o en otros lugares en lo que desempeñen sus funciones; o, con ocasión del trabajo, si el origen de la enfermedad se da en el trayecto entre sus casas y oficinas o a lugares en los que se desempeñen o viceversa; y, siempre que no medie intención de la persona servidora judicial de modificar su trayecto usual por cuestiones atribuibles a su voluntad y no del patrono. Corolario, si alguna persona servidora judicial se contagia del SARS-CoV-2 tanto en el centro de trabajo o a otros lugares que por la naturaleza de funciones deban trasladarse o en el trayecto a estos, debería remitirse el respectivo aviso de accidente o enfermedad laboral correspondiente y de acuerdo con el protocolo firmado entre el INS y la CCSS se recomienda tomar todas aquellas medidas que exija el Ministerio de Salud al respecto.*

e. En cuanto a las personas que desarrollan sus labores en la modalidad de teletrabajo de manera absoluta, es decir, que del todo no deben trasladarse a sus oficinas es más complejo determinar que la causa de un posible contagio tenga origen como consecuencia del trabajo o con ocasión de este, ya que la condición del teletrabajo más bien reduce considerablemente las posibilidades de infección...”

En razón de la naturaleza jurídica del COVID-19 como una enfermedad del trabajo, si operan los supuestos indicados, estima esta unidad asesora que la administración está llamada a adoptar todas las medidas necesarias para la prevención del mismo en las personas servidoras del Poder Judicial.

En este orden de ideas, resulta de aplicación el Convenio 187 de la Organización Internacional del Trabajo que indica la obligación de los Estados miembros lo siguiente:

- “1. Todo Miembro deberá promover un ambiente de trabajo seguro y saludable mediante la elaboración de una política nacional.*
- 2. Todo Miembro deberá promover e impulsar, en todos los niveles pertinentes, el derecho de los trabajadores a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable.*

Por su parte, el Convenio 151 de la misma Organización indica:

- “1. Todo Miembro deberá, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas y habida cuenta de las condiciones y práctica nacionales, formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo.*
- 2. Esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.*

Artículo 5

La política a que se hace referencia en el artículo 4 del presente Convenio deberá tener en cuenta las grandes esferas de acción siguientes, en la medida en que afecten la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo:

- (a) diseño, ensayo, elección, reemplazo, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los componentes materiales del trabajo (lugares de trabajo, medio ambiente de trabajo, herramientas, maquinaria y equipo; sustancias y agentes químicos, biológicos y físicos; operaciones y procesos);*

(b) relaciones existentes entre los componentes materiales del trabajo y las personas que lo ejecutan o supervisan, y adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores;...”

En el anterior orden de ideas, el artículo 273 del Código de Trabajo dispone:

“ARTÍCULO 273.- Declárase de interés público todo lo referente a salud ocupacional, que tiene como finalidad promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social del trabajador en general; prevenir todo daño causado a la salud de éste por las condiciones del trabajo; protegerlo en su empleo contra los riesgos resultantes de la existencia de agentes nocivos a la salud; colocar y mantener al trabajador en un empleo con sus aptitudes fisiológicas y psicológicas y, en síntesis, adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su tarea.”

“ARTÍCULO 282.- Corre a cargo de todo patrono la obligación de adoptar, en los lugares de trabajo, las medidas para garantizar la salud ocupacional de los trabajadores, conforme a los términos de este Código, su reglamento, los reglamentos de salud ocupacional que se promulguen, y las recomendaciones que, en esta materia, formulen tanto el Consejo de Salud Ocupacional, como las autoridades de inspección del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Salud e Instituto Nacional de Seguros”.

En razón de lo anterior, al ser el COVID-19 una enfermedad que puede ser adquirida con motivo del trabajo, corresponde a la Administración adoptar las medidas de prevención que se estimen necesarias e idóneas para evitar la afectación de sus servidores.

En este orden de ideas, por la naturaleza propia de la pandemia misma, se advierte que el uso de implementos por parte de los usuarios, puede ser una parte de las medidas para la protección de las personas servidoras, si como en el caso, el mismo Ministerio de Salud ha determinado que el uso de mascarillas puede ser un complemento que conforme a las reglas de la ciencia y técnica, son susceptibles de impedir la propagación de la enfermedad.

Por lo anterior, debe entenderse que su exigencia a la población usuaria resulta procedente para el fin público buscado y la protección de la salud de la población externa e interna, que demanda y presta servicios en este Poder.

IV.- Sobre el análisis en particular

De una lectura del documento denominado LS-PG-016. Lineamientos General sobre el uso de mascarilla y caretas a nivel comunitario en el marco de la alerta por (COVID-19)”, emanado del Ministerio de Salud, se evidencia lo siguiente:

- La determinación del uso de mascarillas, como una medida razonable de prevención y control de la propagación del COVID-19, según criterios científicos.
- La determinación de la necesidad de uso de mascarillas por parte de personas usuarias en casos de prestación de determinados servicios.

Empero es de destacar que es criterio de esta unidad asesora que, aplicando criterios de lógica y conveniencia, no es de suponer que la lista de los lineamientos en mención pueda ser considerado números clausus, toda vez que la relación cliente- prestador del servicio no es exclusiva de bancos o transporte público y el riesgo se presenta en cualquier supuesto en que se atienda público o donde este deba interactuar con personas de atención al público.

Es evidente que los lineamientos dichos en sus expresiones generales están más orientados a la prestación de servicios en el ámbito privado y no tanto en supuestos más concretos como son las diferentes relaciones con personas usuarias en el sector público, no obstante, lo cual, como se ha indicado, la lógica indica que en la relación usuario- prestador del servicio presencial el riesgo se mantiene y la necesidad no desaparece por la naturaleza de la actividad.

Así las cosas, el Poder Judicial puede hacer una valoración aplicando criterios de ciencia y técnica, que se desprenden fehacientemente del documento “LS-PG-016. Lineamientos General sobre el uso de mascarilla y caretas a nivel comunitario en el marco de la alerta por (COVID-19)”, y determinar la necesidad de que las personas usuarias utilicen

mascarilla en las instalaciones institucionales para proteger la vida y salud de otras personas usuarias y los servidores judiciales.

En este orden de ideas, se estima que hay evidencia de que la medida a adoptar resulta idónea, razonable y proporcional para el fin público buscado, siendo así que es obligación del Poder Judicial implementar las medidas convenientes para velar por la salud ocupacional de sus servidores, toda vez que el COVID-19 puede ser una enfermedad laboral.

Consecuentemente, el Poder Judicial podría acoger las disposiciones de los lineamientos indicados para su aplicación en las relaciones con usuarios y otros supuestos similares, como parte de las competencias propias de organización de prestación del servicio y a efecto de asegurar el cumplimiento de los principios propios del servicio público en tanto que el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública dispone: *“Artículo 4º.-La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.”*

Es evidente que en tanto se mantenga asegurada la salud de los servidores institucionales y de los usuarios que acceden a pedir justicia, se cautelará la continuidad en la prestación de los servicios institucionales, en estricto cumplimiento de los principios indicados y los acuerdos de Sesión N° 15-2020, celebrada el 20 de marzo de 2020, artículo Único, publicado en Circular 52-2020, de sesión N° 18-2020 de 2 de abril de 2020 publicada en Circular 63-2020, de sesión extraordinaria N° 26-2020, publicada en Circular 100-2020, de Sesión N° 32-2020 publicada en Circular 118-2020 y 33-2020, del 15 de junio de 2020, artículo XVII, publicado en Circular 122-2020, todos de Corte Plena.

Es menester indicar que esta unidad asesora no advierte una restricción irrazonable de acceso a la justicia o a las dependencias públicas, siempre y cuando se adopten la integralidad de nuestras recomendaciones, toda vez que:

- La medida se encuentra fundada técnicamente y es conforme a las reglas de la ciencia y la técnica.
- La medida es la idónea para la tutela de los usuarios y encargados de tener contacto con ellos como servidores del Poder Judicial.
- La medida resulta necesaria, toda vez la existencia de diversas formas de contacto entre las personas servidoras del Poder Judicial (manifestación, notificaciones, audiencias, firma y entrega de documentos, atención inmediata y policial, etc).
- La medida resulta proporcional, por cuanto acudiendo a las reglas del correcto entendimiento humano y la experiencia, el costo de la mascarilla aceptada por el Ministerio de Salud no resulta excesivamente oneroso (consiguiéndose en el mercado a un precio que puede ser de aproximadamente dos mil colones). En este sentido, los lineamientos de análisis indican: *“La mascarilla higiénica de tela debe de contar con dos capas (algodón y antilíquido). Estas se pueden confeccionar con pocos materiales y pudiendo ser fabricada inclusive de manera artesanal o en casa (ver anexo a los lineamientos, instructivo de elaboración)*
- No hay evidencia científica que descalifique su uso como medio razonable, proporcional y técnicamente conveniente para cautelar el eventual contagio del COVID-19, acompañado de otras medidas.

Debe destacarse que los lineamientos de análisis, contemplan el uso de mascarillas tanto por el usuario o cliente como el prestador de servicio, por lo que el uso por parte de ambos sujetos, no resulta irrazonable ni excesivo, en tanto que se técnicamente se evidencia que es una forma idónea de asegurar la no afectación a terceros con motivo de la prestación del servicio público.

Es menester indicar finalmente que la Sala Constitucional ha estimado válido la posibilidad de establecer restricciones, en casos que inclusive no se vinculan con la tutela del derecho a la salud de personas usuarias y servidora por cuanto “... *no se había constatado alguna situación discriminatoria desplegada por los recurridos o contraria a la dignidad del recurrente en relación a otras personas, sino más bien el ejercicio de políticas administrativas cuya validez no se pueden controlar en abstracto...*”. (voto N° 2018020362 de las diez horas treinta minutos del siete de diciembre de dos mil dieciocho) Así las cosas, se estima aún más legítimo una disposición de carácter general que más que una restricción contemple un requisito de acceso a las instalaciones, no por razones inmotivadas, discriminatorias, sino fundadas en una situación objetivamente comprobada y en tutela de derechos de especial relevancia como es la vida y la salud, empleando criterios axiológicos en dicha ponderación.

No puede omitirse la consideración particular que estamos ante una situación de emergencia debidamente declarada por el Poder Ejecutivo, mediante decreto ejecutivo 42227-MP-S, conforme a la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo. En dicho cuerpo normativo se contempla la actual fase de respuesta de la siguiente manera:

“a) Fase de respuesta: incluye además de lo estipulado en la Ley número 8488 y su reglamento, las acciones de contención y control de los brotes, el reforzamiento de los servicios de salud, el aprovisionamiento de agua, la compra y distribución de suministros de limpieza y desinfección, las acciones de limpieza profunda en edificaciones, la protección del personal sanitario, personal de primera respuesta y de la Cruz Roja Costarricense, vigilancia epidemiológica, necesidades de diagnóstico y abordaje de la enfermedad en todas sus fases, y la asistencia humanitaria requerida para la adecuada

atención de la emergencia. En el marco de sus competencias las instituciones velarán por evitar el desabasto, acaparamiento, condicionamientos en la venta y la especulación en bienes y servicios”

Respecto de los alcances de la indicada declaratoria, el mismo decreto indica:

“Artículo 10.- De conformidad con lo establecido en la Ley número 8488, la declaratoria de emergencia será comprensiva de toda la actividad administrativa del Estado cuando sea estrictamente necesario para resolver las imperiosas necesidades de las personas y proteger los bienes y servicios cuando inequívocamente exista el nexo de causalidad entre el hecho provocador del estado de emergencia y los daños provocados en este efecto, entendidos estos como aquellas acciones que se realicen en el marco de la Ley General de Salud, Ley General de Policía y la aplicación del Régimen de Excepción aplicable a la declaratoria de emergencia nacional”.

En razón de lo anterior, y dado que la medida administrativa consultada estaría fundada en la referida declaratoria de emergencia, debe aplicarse los siguientes principios establecidos en la mencionada Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo:

“Estado de necesidad y urgencia: Situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico, con el menor daño posible para el segundo y a reserva de rendir luego las cuentas que demandan las leyes de control económico, jurídico y fiscal...”

Razonabilidad y proporcionalidad: Entre varias posibilidades o circunstancias deberá escogerse la mejor alternativa para atender un estado de urgencia y necesidad, de manera compatibles con los recursos existentes, procurando que las soluciones sean conformes con el fin superior que se persigue...

Protección de la vida: Quienes se encuentran en el territorio nacional deben ser protegidos en su vida, su integridad física, sus bienes y el ambiente, frente a los desastres o sucesos peligrosos que puedan ocurrir.

Prevención: Acción anticipada para procurar reducir la vulnerabilidad, así como las medidas tomadas para evitar o mitigar los impactos de eventos peligrosos o desastres; por su misma condición estas acciones o medidas son de interés público y de cumplimiento obligatorio.”

Corolario de lo anterior, son las siguientes disposiciones de la misma ley:

“Artículo 25.-Responsabilidad estatal. Es responsabilidad del Estado costarricense prevenir los desastres; por ello, todas las instituciones estarán obligadas a considerar en sus programas los conceptos de riesgo y desastre e incluir las medidas de gestión ordinaria que les sean propias y oportunas

para evitar su manifestación, promoviendo una cultura que tienda a reducirlos...”

Artículo 32.-Ámbito de aplicación del régimen de excepción. El régimen de excepción deberá entenderse como comprensivo de la actividad administrativa y disposición de fondos y bienes públicos, siempre y cuando sean estrictamente necesarios para resolver las imperiosas necesidades de las personas y proteger los bienes y servicios cuando, inequívocamente, exista el nexo exigido de causalidad entre el suceso provocador del estado de emergencia y los daños provocados en efecto.”

No puede obviarse que el anterior cuerpo normativo se funda en el propio derecho de la Constitución, en tanto que nuestra Carta Magna, establece en sus artículos 21 y 50, el derecho a la vida y a la salud de las personas como un derecho fundamental, por lo que el Estado tiene la obligación inexorable de velar por su tutela, siendo así que el voto 1992-3410 de las 14:45 horas del 10 de noviembre de 1992 de la Sala Constitucional definió la figura de estado de emergencia y explicó que se trata de:

“(...) conmoción interna, disturbios, agresión exterior, epidemias, hambre y otras calamidades públicas, como manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Público como estado de necesidad y urgencia, en virtud del principio "salus populi suprema /ex est", entendiendo que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite esperar a que se tramite y apruebe una ley)”.

En el mismo orden de ideas, la doctrina nacional ha indicado:

“La Administración, en un estado de urgencia, puede prescindir del orden previamente establecido de las competencias -invadiendo otras- o del procedimiento -omitiéndolo total o parcialmente, puede dictar actos carente, en cuanto a motivo y contenido, de base en el ordenamiento jurídico existente, aún lesionando ciertos derechos fundamentales; puede innovar el elenco de las potestades existentes o transformar el ya existente, ejerciéndolas para motivos y fines diversos de los legalmente impuestos. El estado de urgencia legitima lo que, normal y ordinariamente, constituye una vía de hecho.... Las circunstancias excepcionales, son un conjunto fáctico que impide la aplicación del derecho normal y pone en peligro bienes jurídicos fundamentales, imponiéndole a las administraciones públicas actuar para evitarles daños y volver a la normalidad las personas y las cosas..” Jinesta Lobo Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Folio 250.

En razón de lo anterior, es evidente que la declaratoria de emergencia habilita una serie de potestades excepcionales pero necesarias para lograr atender los peligros provocados por la situación de urgencia y necesidad, debiendo prolongarse únicamente el tiempo estrictamente necesario y debiendo ser conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

Conforme a lo anterior, esta unidad asesora estima que al ser fundada la disposición consultada en un estado de emergencia, y realizado el análisis de legalidad correspondiente y el test que la doctrina impone en tales supuestos, se advierte que estamos ante un estado de urgencia y necesidad en donde la afectación a la libertad de no usar mascarilla cedería temporalmente en las instalaciones institucionales, de manera razonable, proporcionada y necesaria, a efecto de tutelar la vida y salud de otros usuarios y los servidores judiciales, sin que se advierta que tal disposición, pueda implicar una carga excesiva en el administrado que de manera irrazonable se vea afectado en el núcleo duro de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, siempre y cuando se tome en cuenta en la respectiva decisión administrativa, las consideraciones adicionales que se indicarán a continuación.

V.- Consideración adicional:

Esta unidad asesora estima necesario indicar que resulta recomendable, en caso de acogerse el presente criterio, no olvidar la adopción de medidas complementarias en el supuesto de personas usuarias en situación de vulnerabilidad económica, física o social, que por su condición no tengan acceso a la posibilidad de adquirir una mascarilla.

Consecuentemente, en razón del derecho constitucional de acceso a la justicia, se recomienda adoptar las previsiones necesarias para que el Poder Judicial dote de mascarilla en forma gratuita, a aquellas personas que en condiciones objetivas no puedan tener posibilidad para su adquisición y requieran acceder a los servicios institucionales, toda vez que en un juicio de ponderación no podría obviarse la tutela de ambos derechos en juego.

Además, debe preverse tomar en consideración las excepciones que contempla el documento “LS-PG-016. Lineamientos General sobre el uso de mascarilla y caretas a nivel comunitario en el marco de la alerta por (COVID-19)”, respecto de los supuestos en que no resulta obligatorio el uso de la mascarilla, y que se describen de la siguiente forma:

- *No se recomienda el uso en menores de 3 años.*
- *Personas que presenten problemas respiratorios.*
- *Personas con problemas crónicos respiratorios.*
- *Personas que no sean capaces de quitársela por sí mismas la mascarilla.*
- *Personas con discapacidad intelectual o psicosocial en las cuales el uso de mascarilla no sea bien comprendido o puedan causarle ansiedad y crisis emocionales.*
- *Personas con discapacidad física que no puedan de manera autónoma ponerse o quitarse la mascarilla”.*

Recomendamos que todo lo establecido en el presente criterio forme parte de los protocolos institucionales relacionados con la atención de personas usuarias y prestación de servicios, toda vez que los mismos corresponden a competencias previstas por la Corte Suprema de Justicia para ser ejercida por el Consejo Superior, conforme al acuerdo de sesión extraordinaria N° 26-2020, publicado en la circular 100-2020. En este orden de ideas, debe recordarse que la directriz 082-MP-S dispuso la necesidad de elaboración de protocolos a fin de asegurar la continuidad de todos los sectores público y privado durante el estado de emergencia que se refiere el presente acuerdo.

Lo anterior, conforme a los artículos 16, 21,22, 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a las competencias de ese Consejo en materia de administración del servicio de este Poder.

Recomendamos que cualquier acuerdo sobre la materia posea la debida publicidad, a efecto de que se aseguren plenamente sus efectos hacia terceros.

VI.- Conclusiones:

De conformidad con las consideraciones hechas anteriormente, se puede concluir lo siguiente:

- El Poder Judicial puede hacer una valoración aplicando criterios de ciencia y técnica, que se desprenden fehacientemente del documento “LS-PG-016. Lineamientos General sobre el uso de mascarilla y caretas a nivel comunitario en el marco de la alerta por (COVID-19)”, y determinar la necesidad de que las personas usuarias utilicen mascarilla en las instalaciones institucionales para proteger la vida y salud de otras personas usuarias y los servidores judiciales.
- La adopción de la indicada medida no evidencia ser contraria a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.
- La adopción de la indicada medida también debe fundarse en las obligaciones que posee este Poder de tutelar la salud ocupacional de las personas trabajadoras.
- La continuidad en la prestación de los servicios públicos debe ser un criterio fundamental en la toma de decisiones, conforme a los principios del servicio público y los acuerdos adoptados en tal sentido por la Corte Plena, ponderando si la medida contribuye a asegurar dicho principio.
- No debe obviarse que estamos en presencia de uno de los supuestos jurídicos denominados coacción anómala, por el estado de emergencia que se enfrenta, siendo así que, de adoptarse la medida, no se evidencia una carga excesiva en el administrado que de manera irrazonable se vea afectado en el núcleo duro de sus derechos fundamentales.

- Se recomienda adoptar las previsiones para que el Poder Judicial dote de mascarilla en forma gratuita a aquellas personas que en condiciones objetivas no puedan tener posibilidad de su adquisición y requieran acceder a los servicios institucionales.
- Se recomienda prever la exclusión de la obligatoriedad de uso de mascarilla para los supuestos previstos en los lineamientos mencionados ut supra.
- Se recomienda que cualquier acuerdo que se adopte en el sentido indicado forme parte de los protocolos institucionales para la atención y prestación de servicios, dada la habilitación que al efecto realizó la Corte Plena en el acuerdo de sesión extraordinaria N° 26-2020, publicado en la circular 100-2020.

Dejamos así evacuada su solicitud de criterio al respecto.

Respetuosamente,

MSc. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Director Jurídico a.i.

Cc: MSc. Luis Guillermo Rivas Loáiciga
MBA. Ana Eugenia Romero Jenkins

Ref: 877-2020