

San José, 15 de octubre del 2021

Criterio N° DJ- 593 -2021

Licda. Silvia Navarro Romanini

Secretaria General de la

Corte Suprema de Justicia

S. D.

Estimada Señora:

Me refiero a su solicitud de criterio de Consejo Superior de sesión N° 87-2021 celebrada el 07 de octubre del 2021, en donde mediante acuerdo de artículo LIV, se dispuso lo siguiente:

“Se acordó: Acoger lo dispuesto por el señor Presidente, magistrado Fernando Cruz Castro, comunicado mediante oficio número 8801-2021 del 30 de setiembre de 2021, suscrito por la licenciada Silvia Navarro Romanini, Secretaria General de la Corte Suprema de Justicia, en consecuencia; solicitar en el plazo de 5 días contados a partir de la comunicación de este acuerdo, una ampliación del criterio a la Dirección jurídica en cuanto a la posibilidad de que el patrono pueda disponer la obligatoriedad de las vacunas contra el Covid-19 a todas las personas que laboran para el Poder Judicial, de conformidad con las disposiciones emitidas en los últimos días por la Comisión de Vacunación y Epidemiología del Ministerio de Salud (CNVE). Se declara acuerdo firme.”

Al respecto, esta unidad asesora se permite expresar las siguientes consideraciones:

I.- Prólogo:

Mediante criterio N° C- 263-2021, remitido en correo electrónico del 19 de mayo de 2021, esta unidad asesora se había referido al tema objeto de consulta en el siguiente sentido:

“Conclusiones:

De conformidad con las consideraciones realizadas anteriormente, esta unidad asesora estima procedente concluir de la siguiente manera:

Al día de hoy no sería procedente obligar a las personas servidoras del Poder Judicial a vacunarse contra el COVID- 19, toda vez que el órgano competente no ha determinado tal obligación y se ha decantado por la voluntariedad en su aplicación por parte de la población.

En caso de que la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología competente determine que sí sería procedente la obligatoriedad de la vacunación, sí sería procedente, como parte la relación de sujeción especial del Poder Judicial con sus servidores, obligarles a vacunarse como parte de sus deberes funcionariales, con eventuales consecuencias disciplinarias en caso de demostrarse, previo debido proceso, su negativa. Para tal efecto, deberá previamente emitirse un acto de aplicación general en donde se comunique tal obligación por parte de la población judicial, fundado en la futura e incierta decisión que pudiere llegar adoptar la referida Comisión.

El personal del área de salud sí se encuentra debidamente obligado a vacunarse como parte de sus deberes funcionariales, conforme lo dispuesto en el decreto ejecutivo N° 42889S.

El personal que se niegue a vacunarse tiene la carga de cumplir a cabalidad todas las medidas de protección de carácter general dispuestas por el Ministerio de Salud, así como cualesquiera otras medidas preventivas que se disponga, sin que pueda traducirse lo anterior en adopción de acciones discriminatorias o represivas ante dichas personas por el ejercicio de sus derechos.

La obligatoriedad de vacunarse debe ser valorada bajo criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad en cada caso en particular y tomar en cuenta si existe criterio técnico médico que llegare a determinar su improcedencia en un caso en particular...”

Como se advierte de la consulta planteada y lo dispuesto en el acuerdo de análisis que se citará posteriormente, al día de hoy se ha cumplido con el supuesto establecido en las conclusiones de cita, confirmando los razonamientos hechos por esta unidad asesora sobre la necesaria existencia de un acuerdo previo de la Comisión Nacional de Vacunación.

Conforme a lo anterior, se procederá a realizar el análisis y valoración de lo consultado, en el sentido de que el informe N° C- 263-2021, remitido en correo electrónico

del 19 de mayo de 2021, debe analizarse de manera complementaria y no excluyente del presente criterio, toda vez que los razonamientos del primero son plenamente aplicables a lo que se indicará a continuación en cuanto a la procedencia misma de la obligatoriedad de vacunación cuando dicha disposición es emitida por el órgano competente en la materia.

II.- Sobre la procedencia de establecer límites a los derechos fundamentales:

Con el fin de dar debida respuesta a la solicitud de criterio planteada, debe atenderse en primer término que los derechos fundamentales no son por sí mismos ilimitados sino que son limitados y limitables, en tanto que al ser la persona humana un ser social, están necesariamente llamados a ser restringidos en cuanto a su ejercicio.

En este sentido, los límites propios de los derechos pueden determinarse tanto en su contenido mismo, según lo establezca el legislador o conforme la coexistencia de los mismos con los derechos de otras personas que ostentan un haz de los mismos, igualmente válidos y dignos de tutela, más sujetos a presentar roces con los primeros.

Necesariamente se presenta un contexto social, económico e histórico en donde se ejercen los derechos y consecuentemente, si bien no estamos en la posibilidad de realizar una interpretación que vacíe el contenido mismo del derecho en función de la colectividad o en beneficio del poder Estatal, lo cierto es que la convivencia humana misma e inclusive la eventual prevalencia axiológica de otros derechos, torna necesario establecer delimitaciones propias, razonables y proporcionales a su ejercicio.

Es así como la necesaria socialización entre los seres humanos deviene en una contención del ejercicio de sus derechos frente a los demás y en donde en no pocas ocasiones debe entenderse relativizado, no en su esencia, más si en su periferia, en su alcance de unos frente a otros.

La concepción absolutista en cuanto al ejercicio de los derechos no sería entonces dable en una sociedad en donde se presentan diferentes relaciones jurídicas entre las personas y la Administración y en donde aquellas se manifiestan no solo de manera individual, sino

bajo colectivos en donde el ejercicio singular no puede ser realizado sin tomar en consideración las coordenadas de tiempo y espacio en donde se realiza.

Conforme a lo anterior el análisis de cualquier derecho debe realizarse como parte de una valoración debe buscar una armonía en cuanto a su ponderación respecto otros derechos, sin llegar a un relativismo tal que desnude de contenido la esencia misma protectora que posee en razón de su naturaleza.

Sobre el tema de la aplicación de proporcionalidad y la razonabilidad en las restricciones en derechos, así como la tutela del contenido esencial del derecho la Sala Constitucional reafirma las consideraciones realizadas en tanto dispuso en diferentes supuestos, lo siguiente:

“Ahora bien, en cuanto a las limitaciones, la jurisprudencia internacional ha establecido estándares que ejemplifican la ponderación que debe existir entre tales derechos, tendente a procurar un equilibrio a fin de que el contenido esencial de cada uno de ellos quede preservado. Así, en el Caso Kivenmaa c. Finlandia (decisión de 10 de junio de 1994), jóvenes agrupados frente al palacio presidencial se manifestaron críticamente contra un Jefe de Estado invitado por el presidente de Finlandia y alzaron pancartas en contra. Una persona se hizo responsable de una de las pancartas, y fue acusada por haber celebrado una reunión pública sin notificarlo previamente a las autoridades. El Comité de Derechos Humanos consideró que si bien el requisito de la notificación previa era compatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo cierto es que se había violentado el derecho a la libertad de expresión de la petente porque Finlandia no había invocado ninguna ley que permitiera restringir la libertad de expresión, ni tampoco había demostrado que tal restricción fuera necesaria para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás. En otro caso, Tae-Hoon Park c. República de Corea, el petente fue condenado en realidad por manifestaciones críticas en contra de la política oficial de Corea del Sur respecto de Corea del Norte, y su participación en manifestaciones pacíficas en EE.UU en contra de la intervención de ese país. El Comité de Derechos Humanos resolvió que se había violentado el derecho a la libertad de expresión del petente porque Corea del Sur no había especificado el carácter de la amenaza que supuestamente surgía de las manifestaciones del petente, ni tampoco había demostrado que la restricción fuera compatible con el artículo 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que las restricciones a la libertad de expresión tienen que ser necesarias, lo que implica una necesidad social imperiosa, para cuyo efecto las restricciones deben ser proporcionadas al interés legítimo perseguido (Barthold c. Alemania, sentencia del 25 de marzo de 1985). Otro caso relacionado directamente con el ejercicio de la libertad de reunión pacífica y de

expresión, Ezelin c. Francia (26 abril 1991), versa sobre una sanción disciplinaria impuesta a un abogado participante en una manifestación contra decisiones judiciales de condena de tres independentistas en la isla de Guadalupe en la que realizaron actos injuriosos contra la magistratura sin la desaprobación del denunciante. El tribunal declaró que el demandante ejercitaba su derecho a participar en una manifestación autorizada, no profirió las amenazas que tuvieron lugar durante aquella, y estimó que había habido una ingerencia en la libertad de reunión pacífica que se pretendía justificar por la "defensa del orden". El Tribunal declaró la violación del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por considerar que la sanción impuesta era desproporcionada con respecto al ejercicio de esa libertad. En ese sentido, indicó que "la proporcionalidad reclama poner en la balanza los imperativos de los fines enumerados en el art. 11.2 con los de la libre expresión por la palabra, el gesto o el silencio de la opinión de las personas reunidas en la calle o en otros lugares públicos. La búsqueda de un justo equilibrio no debe llevar a desanimar a los abogados, por temor a sanciones disciplinarias, de expresar sus convicciones en tal circunstancia.". En Chorherr c. Austria (sentencia de 25 de agosto de 1993), el demandante y un amigo fueron detenidos por negarse a suspender la distribución de folletos que exhortaban a un referéndum sobre la adquisición de un avión de combate por parte de las Fuerzas Armadas Austríacas. Su manifestación había causado conmoción en una ceremonia militar en la que se conmemoraba el trigésimo aniversario de la neutralidad austríaca. Ambos amigos fueron informados por un oficial de policía de que estaban perturbando el orden público y les indicó que cesaran su manifestación. Se negaron a acatar la orden, invocando su derecho a la libertad de expresión. Pese a posteriores advertencias, el demandante y su amigo siguieron distribuyendo panfletos. Fueron arrestados y detenidos durante tres horas y media. Al respecto, la Corte Europea sostuvo que, si bien existía una interferencia de una autoridad pública con el derecho a la libertad de expresión del demandante, no menos cierta era que estaba prescrita por ley y había sido aplicada con un objetivo legítimo, a saber, la prevención del desorden. En Steel y otros c. Reino Unido (sentencia del 23 de septiembre de 1998), se trata el caso de cinco peticionarios. En cuanto al primer peticionario, el 22 de agosto de 1992, este y alrededor de otras 60 personas participaron en una protesta en contra de la caza de urogallos. Los manifestantes trataron de obstruir y distraer a aquellos que participaban de la caza. Cuando la policía llegó, comenzó a advertir a los manifestantes que cesaran su conducta. Como estos no obedecieron, varios de los manifestantes fueron arrestados. Relativo al segundo peticionario, el 15 de septiembre de 1993, la peticionaria participó en una protesta en contra de la ampliación de una autopista en Londres. Entre 20 y 25 manifestantes irrumpieron en el sitio de construcción, sin causar incidentes de violencia ni dañar la construcción. La peticionaria fue arrestada por conducta posible de provocar disturbios a la paz. En referencia al tercer, cuarto y quinto peticionarios, el 20 de enero de 1994, los peticionarios asistieron a un centro de conferencias en Londres, donde se llevaba a cabo la Conferencia de Helicópteros de Combate II, para protestar en contra de la venta de helicópteros de combate. Entregaron panfletos y llevaban pancartas que decían Trabaja por la paz y no por la guerra. El Estado alegó que las detenciones de los peticionarios se adecuaban al poder del Estado de detener

a sus ciudadanos por conductas que causen un actual o razonable (para justificar la detención) riesgo a la paz. Empero, la Corte Europea analizó, con respecto a cada uno de los peticionarios, si las restricciones a la libertad de expresión estaban prescritas por ley, perseguían un objetivo legítimo (alguno de los establecidos en el inciso 2 del artículo 10) y eran necesarias en una sociedad democrática. Con respecto a si las restricciones estaban prescritas por ley, la Corte Europea sostuvo que en el caso del primer y el segundo peticionario, las restricciones estaban prescritas por ley, mientras que en el caso del tercer, cuarto y quinto peticionario no lo estaban en cuanto las manifestaciones habían sido completamente pacíficas, sin poner el riesgo la paz. La Corte Europea manifestó que, en todos los casos, las detenciones de los peticionarios tenían por objeto prevenir el desorden y proteger los derechos de otros, objetivos legítimos de conformidad con el artículo 10 de la Convención. En cuanto a la necesidad de las restricciones en una sociedad democrática, la Corte Europea expresó que, en el caso del primer peticionario, el riesgo de desorden producto de la constante obstrucción de los manifestantes justificaba la detención del peticionante y que, por lo tanto, no era una medida desproporcionada. En relación con el segundo peticionario, la Corte Europea sostuvo que la conducta de la peticionante podía causar disturbios a la paz, y que para proteger el orden público y los derechos de otros, la detención no había sido desproporcionada. Con respecto al tercer, cuarto y quinto peticionarios, la Corte Europea manifestó que, dado que las restricciones no estaban prescritas por ley porque la conducta de los peticionarios no constituía un riesgo a la paz, las restricciones eran desproporcionadas a los efectos de prevenir el desorden y proteger los derechos de otros, razón por la cual no eran necesarias en una sociedad democrática. Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia número 42/2000 de 14 de febrero de 2000, estableció que el derecho de reunión cuando se ejercita en lugares de tránsito público es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son el subjetivo -agrupación de personas-, el temporal -duración transitoria-, el finalista -licitud de la finalidad- y el real u objetivo -lugar de celebración. Además, agregó que Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las alteraciones del orden público que ocasionan las concentraciones que afectan a la circulación de vehículos por vías de tránsito público señalando que el "ejercicio de este derecho, por su propia naturaleza, requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir instrumental de las calzadas", reconociendo que "la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos" (SSTC 59/1990, FJ 6; 66/1995, FJ 3). No obstante, tales constataciones no conducen a este Tribunal a considerar que cuando el ejercicio de este derecho fundamental conlleve las señaladas restricciones, el mismo no sea constitucionalmente legítimo, sino, al contrario, a entender que "en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de

participación" (STC 66/1995, FJ 3). Con base en tales antecedentes y la normativa descrita, es evidente que, en el marco de una sociedad democrática, tolerante y de libertad, el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de reunión pacífica, reviste un interés social imperativo. Por consiguiente, las limitaciones a tales derechos no deben llegar a tal extremo que se afecte su contenido mínimo esencial. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del orden público, como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima (105 CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, Informe sobre la compatibilidad entre leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II. Doc. 9 rev). Como indica la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión de la OEA: dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros. No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático. Así las cosas, toda medida tendente a limitar las manifestaciones públicas debe procurar que en su aplicación se resguarde el contenido esencial de los derechos humanos de reunión pacífica y libertad de expresión. Las limitaciones no deben depender del contenido de lo que se vaya a expresar a través de una manifestación pública, deben servir a un interés público y dejar otras vías alternativas de comunicación. Las limitaciones deben tener sustento legal y solo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual..." voto 20649-2020 de 1:15 de 23 de octubre de 2020

"...Con base en tales antecedentes y la normativa descrita, es evidente que en el marco de una sociedad democrática, tolerante y de libertad, el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de reunión pacífica, reviste un interés social imperativo. Por consiguiente, las limitaciones a tales derechos no deben llegar a tal extremo que se afecte su contenido mínimo esencial. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que "los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del "orden público", como medio para suprimir un "derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real". Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima" (105 CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, "Informe sobre la compatibilidad entre leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OEA/Ser. L/V/II. Doc. 9 rev)... Resolución N° 14944 – 2020 de 7 de agosto de 2020.

Sobre este mismo tema el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado en diferentes ocasiones de la siguiente manera:

“En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual " los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos ". (Opinión Consultiva 6/86; 9 de mayo de 1986)”.-

“ La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado. (Opinión Consultiva 6/86; 9 de mayo de 1986)”.-

“Por lo tanto, la Corte ha determinado que hay ciertos aspectos de la vida de una persona, y especialmente "ciertos atributos inviolables de la persona humana" que están más allá de la esfera de acción del Estado y "que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público". Además, los Estados partes deben organizar su estructura interna de manera que asegure el pleno goce de los derechos humanos. El Estado que propone medidas cuya ejecución puede conducir, ya sea por sí mismas o por la falta de garantías adecuadas, a la violación de los derechos consagrados en la Convención, trasciende el ejercicio del poder público legítimo que reconoce la Convención. (Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v. Argentina" del 15 de octubre de 1996)”.-

En el artículo 32.2 se reconoce la existencia de ciertas limitaciones inherentes a los derechos de todas las personas que resultan del convivir en una sociedad.

* El artículo 32.2 indica que:

Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

* Al examinar el artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que la imposición de limitaciones se debe emplear siempre de manera estricta. La Corte ha opinado que:

"A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el artículo 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención." (Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v.Argentina" del 15 de octubre de 1996).-

"La jurisprudencia de la Corte determina que, para que haya congruencia con la Convención, las restricciones deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario. Por ejemplo, no es suficiente demostrar que la ley cumple con un objetivo útil y oportuno. (Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v.Argentina" del 15 de octubre de 1996)".-

"Un Estado no tiene discreción absoluta para decidir sobre los medios a adoptarse para proteger el "bien común" o "el orden público". Las medidas que en cierto modo puedan condicionar los derechos protegidos por la Convención deben siempre estar regidos por ciertos requisitos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las restricciones a los derechos consagrados en la Convención "deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse".(Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v.Argentina" del 15 de octubre de 1996).-

"La Comisión opina que para establecer si las medidas cumplen con lo dispuesto en la Convención deben cumplir con tres condiciones específicas. Una medida que de alguna manera afecte los derechos protegidos por la Convención debe necesariamente: 1) ser prescrita por la ley; 2) ser necesaria para la seguridad de todos y guardar relación con las demandas justas de una sociedad democrática; 3) su aplicación se debe ceñir estrictamente a las circunstancias específicas enunciadas en el artículo 32.2, y ser proporcional y razonable a fin de lograr esos objetivos. (Opinión Comité Interamericano in re "Sra. X v.Argentina" del 15 de octubre de 1996)".-

Es evidente que los derechos implicarán un juicio ponderativo en donde se valorará su alcance efectivo los ámbitos irreductibles e intocables frente a los cuales el intérprete en

sede administrativa se encuentra limitado y debe ser un respetuoso garante de la esfera de libertad mínima del Administrado.

En este sentido los derechos no son prima facie absolutos, sino que de manera legítima se le pueden establecer limitaciones por las vías previstas en el propio derecho de la Constitución mediante la intervención normativa, nuevamente, indicando, sin vaciar su contenido mismo y volverlos una abstracción carente de sentido.

En este sentido, la interpretación de los derechos debe propender su análisis como un todo armónico en donde el mismo debe ser de manera sistémica, toda vez que al ser legítimos, no sería dable que la existencia de uno pueda implicar el sacrificio del otro hasta tornar nugatoria su existencia misma.

Es importante hacer referencia que sobre los límites a los derechos se presentan dos teorías que pretenden avalar su legitimidad, a saber:

Una teoría sobre los límites extrínsecos de los derechos, en donde la existencia de esta entraña per se una serie de deberes prima facie y en donde el derecho nacido ilimitado, se torna con posterioridad limitado.

Una teoría sobre los límites intrínsecos de los derechos, mediante los cuales estos nacen con límites inmanentes.

En todo caso, en cualquiera de ambas posiciones se advierte que el derecho tendrá un núcleo duro indisponible que puede distinguirse de la periferia disponible por parte del legislador.

La injerencia del legislador en el ámbito nuclear no siempre sería legítima, mientras que en el caso de la legislación sobre la periferia sería procedente en tanto que viene a acotar el contenido mismo del derecho, sea por considerarlo inherente a su esencia o por su vinculación con los otros derechos.

Para algunos, no es que este núcleo duro sea inalterable mientras que para otros debe entenderse que la esencia del derecho como tal es inalterable por responder a principios y valores suprapositivos.

En todo caso se admite la posibilidad de determinación y delimitación de la periferia del derecho, más sin que esto se estima ilimitada, sino atendiendo a ciertas “reglas” que garanticen no demeritar su naturaleza misma.

Inclusive partiendo de la existencia misma de jerarquías axiológicas en los derechos, se entiende que hay un juicio de decisión en cuanto la prevalencia misma en una situación particular más allá de la abstracción puramente teorícista.

Se ha indicado que los límites como tales al ejercicio de los derechos tiene como necesario referente la proporcionalidad, la razonabilidad y la necesidad de los mismos, siendo así que consecuentemente el ejercicio hermeneútico que realice el operador deberá tenerlos como referentes para identificar el límite aceptable al derecho, sin el sacrificio de su contenido esencial.

Más allá de las discusiones doctrinarias que puedan suscitarse entre la diferencia de limitación y regulación, debe considerarse que no es dable caer tampoco en una flexibilidad interpretativa tal que vía ejercicio de la función legislativa o administrativa se pueda caer en el arbitrio del poder, alegando circunstancias de excepción.

Inclusive en estos últimos casos como veremos, necesariamente, la habilitación para el ejercicio de la conducta administrativa debe guardar dichos referentes, salvo circunstancias excepcionales en donde deba ponderarse valores jurídicos en juego y deba tutelarse aquellos de rango superior, como la vida.

Por otra parte, es menester indicar que nuestro artículo 28 Constitucional establece de alguna manera la reserva de ley en las limitaciones que podrían plantearse al ejercicio de derechos de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”.

Conforme a lo anterior, el ejercicio pleno de mis derechos tiene como vertiente negativa el que los mismos no afecten la moral, el orden público o la afectación de terceros, correspondiendo a la ley su delimitación o prohibición.

Lo anterior es reafirmado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto dispone:

“Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

- 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.*
- 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”*

Conforme a lo anterior, es procedente que mediante el ejercicio de la función legislativa pueda darse atribuciones de competencias específicas para que, en ejercicio de los poderes de policía, la Administración pueda tutelar los fines públicos en tutela de la colectividad y el bien común, siempre limitado por los principios indicados, el principio de legalidad en particular y el núcleo esencial del respectivo derecho.

Corresponde a la actividad interpretativa del operador del derecho la aplicación de la norma respectiva según sus alcances y en donde el concepto de intangibilidad de las acciones y voluntad privadas es acotada en orden a la consideración del ordenamiento tutelar como un todo armónico en donde se deben aplicar juicios de ponderación, según las circunstancias particulares.

En razón de lo anterior, la limitación al ejercicio de un derecho debe entenderse como fundada en las siguientes consideraciones:

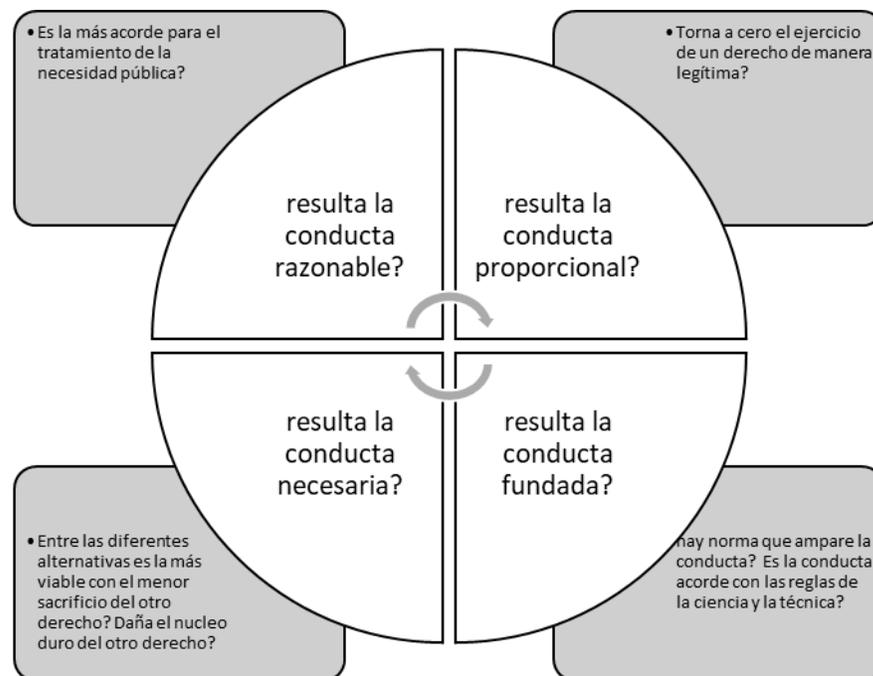
- 1.- Debe ser justificada y razonadamente debidamente en criterios fácticos o técnicos que así lo sustenten.
- 2.- Conforme los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad

3.- Teniendo como principio orientador que la regla es el ejercicio del derecho legítimo en el marco de la libertad y la excepción la restricción.

4.- No debe implicar una afectación al núcleo duro del derecho como tal.

5.- Debe estar fundada en la existencia previa de una norma de rango legal.

Consecuentemente en toda decisión administrativa en donde entre en juego una ponderación de derechos debe realizarse el siguiente test de legalidad:



Complementario con lo anterior, se advierte que el ejercicio de los poderes de policía de la Administración, en ejercicio de las actividades propias de tal naturaleza implican un ejercicio legítimo de restricción a la libertad.

En este orden de ideas, indicó en su momento la Sala Constitucional:

“En el ejercicio del poder de policía, tratándose de regular conductas a través de la ley, corresponde al Poder Legislativo desarrollar las políticas que estime adecuadas para hacer posible la vida en sociedad. Las normas resultantes deben tener un fin claro, compatible

con los de la sociedad en su conjunto, puesto que lo contrario no es constitucionalmente posible, razón por la que, en la emisión de la ley, va implícita la interdicción de la arbitrariedad...”. Sala Constitucional, resolución N° 3985-96 de 15:48 hrs. del 7 de agosto de 1996.

Consecuentemente, en ejercicio de las actividades conferidas por el ordenamiento jurídico, sería válidas las disposiciones tendientes a adoptar medidas para la protección de la salud de la colectividad, inclusive imponiendo obligaciones de actuación para el normal transcurrir de la vida siempre y cuando las mismas sean acordes con el principio de interdicción de la arbitrariedad y se encuentren acotadas con el ordenamiento jurídico mencionado ut supra y las consideraciones realizadas en el presente informe.

Partiendo entonces respecto de la consideración de que los derechos no pueden atribuírsele una naturaleza ilimitada en perjuicio de los demás detentadores de otros derechos, y la posibilidad de que el ordenamiento habilite a adoptar el ejercicio del poder de policía y de determinadas conductas administrativas a órganos técnicos para la protección de la salud de las personas, se procederá a continuar con el análisis petitionado.

III.- Sobre las competencias de la Administración Pública en una situación de emergencia:

La Administración Pública se encuentra obligada en cuanto al ejercicio de sus competencias, a cumplir los principios propios del servicio público establecidos en el artículo 4 de la LGAP en tanto 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”.

Conforme a lo anterior, en cualquier circunstancia, la Administración se encuentra obligada a asegurar, tanto la continuidad como la eficiencia en la prestación del servicio y la atención imperativa de la necesidad social que se busca satisfacer.

En este orden de ideas, resulta relevante determinar los principios que rigen la actuación del Estado costarricense en una situación de emergencia, conforme a la Ley Nacional de Emergencias y de Protección de Riesgos, en tanto dispone lo siguiente:

“Artículo 3º- Principios. Para aplicar esta Ley, se tomarán en consideración los siguientes principios fundamentales en esta materia:

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. Coordinación: Principio de acción para hacer confluir hacia un mismo fin competencias diversas de diferentes actores. Permite reconocer la autonomía e independencia de cada uno de ellos; pero, a la vez, direcciona en forma concertada y sistémica hacia propósitos comunes.

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...”

Lo anterior es conteste con la definición de emergencia, en tanto que dicho cuerpo normativo la consigna de la siguiente manera:

“Emergencia: Estado de crisis provocado por el desastre y basado en la magnitud de los daños y las pérdidas. Es un estado de necesidad y urgencia, que obliga a tomar acciones inmediatas con el fin de salvar vidas y bienes, evitar el sufrimiento y atender las necesidades de los afectados”.

Conforme a lo anterior, se advierte que existe una obligatoriedad de actuación en materia de emergencias, donde la base fundamental del principio de legalidad cederá ante la necesidad y la urgencia y consecuentemente se habilita a la Administración a reaccionar ante determinadas circunstancias, de manera excepcional, sea la vía de la coacción anómala.

Sobre esta figura, el suscribiente en explicación ante la Corte Suprema de Justicia, con motivo de la situación de la pandemia señaló en sesión 015-2020 de marzo de 2020, lo siguiente:

“... el acuerdo parte de lo que se llama coacción anómala en materia de Derecho Administrativo, que es básicamente cuando hay situaciones absolutamente excepcionales que surgen por motivo de una situación de emergencia o una necesidad nacional por motivos específicos.

El acuerdo, como ustedes lo habrán escuchado, se funda básicamente en aplicación del derecho a la Constitución, en el artículo 180 de la Constitución Política, una serie de exposiciones de rango internacional y concretamente en materia de legislación nacional, se funda en la Ley Nacional de Emergencias y aquí estamos hablando que ante el haber una situación de urgencia y necesidad, lo que vamos a hacer o lo que se está planteando es una flexibilización, una ralentización de lo que en principio es las regulaciones ordinarias y normales de las relaciones de empleo del Poder Judicial, para poder así afrontar las condiciones de emergencia y de alguna forma contribuir a controlar una situación y en alguna forma tratar de bajar la posibilidad de riesgo generado con motivo de la prestación de servicios institucionales.

En el análisis que se hizo en su momento por esta Corte y por los órganos asesores, se llega a determinar que al estar hecha ya una declaratoria de emergencia y al estar demostrado un estado de necesidad de urgencia, resultaba apremiante en las actuales circunstancias al día de hoy, y tomando en consideración las diferentes variaciones que se han venido monitoreando a través de esta semana, adoptar el acuerdo que se somete a conocimiento de todas y todos ustedes...”

No obstante, lo anterior, es menester aclarar que la actuación de la Administración en ejercicio de la coacción anómala debe realizarse siempre dentro los límites de la razonabilidad, la proporcionalidad y la necesidad y consecuentemente, toda medida que adopte deberá seguir el tamiz propio de un test previo de legalidad en donde se valore su concordancia con límites que no desborden el contenido esencial de los derechos de los Administrados.

Si bien la Ley Nacional de Emergencias partió de un marco normativo no totalmente acorde a una situación de una pandemia, toda vez que se orienta más a situaciones de

desastres naturales como terremotos o huracanes a manera de ejemplo, es evidente que su espíritu y líneas generales sustentan la actuación de la Administración en orden a ejercer un marco suficiente y necesario para proteger la vida y salud de los habitantes de la república en una situación de excepción ante una coyuntura diferente a la que se ha enfrentado ordinariamente la colectividad, no solo en término de personas costarricenses, sino también de toda la humanidad.

Consecuentemente, no puede descontextualizarse cualquier decisión administrativa en materia de la pandemia del marco general de la situación de emergencia declarada y afrontada, toda vez que la Administración, siempre dentro de los límites intrínsecos y extrínsecos que se han venido mencionando, tiene el deber de ejercer las acciones necesarias para la tutela de la vida humana y asegurar la continuidad en la prestación de servicios y atendiendo a que tanto la situación que genera la decisión como las medidas para afrontarla se encuentran fundadas en la ciencia y la técnica y no han sido desvirtuadas de manera alguna de manera seria y objetiva.

No es óbice indicar que, en el marco de la situación de emergencia, se activa la posibilidad de ejercicio de competencias por los órganos técnicos, siendo así que estos poseen una competencia exclusiva y excluyente en la determinación de las medidas necesarias para afrontar la misma, conforme a las reglas de la ciencia y la técnica, con alcances plenos a los sujetos de derecho privado y público de nuestro país, como en adelante determinaremos.

IV.- Sobre la competencia de la competencia de la Comisión Nacional de Vacunación para la adopción de un acto administrativo de carácter obligatorio en el tema de vacunación y su cumplimiento obligatorio:

Con respecto a este aspecto, en el informe de esta Dirección Jurídica N° C- 263-2021, remitido en correo electrónico del 19 de mayo de 2021, se indicó de manera expresa lo siguiente:

“Como se advierte, existe una serie de obligaciones de carácter general para los administrados, en orden a la protección de la salud pública, entre los cuales se evidencia el deber de demostrar que la persona cumplió el respectivo esquema de vacunación obligatorio,

siendo así que la Administración puede válidamente exigir dicha condición, toda vez que existe norma de carácter legal que así lo posibilita.

En este sentido, inclusive el Código Civil contempla la obligatoriedad de la vacunación de la siguiente manera:

“Artículo 46.- Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia...”

Empero debe destacarse el carácter de obligatoriedad de la respectiva vacunación para que surja la correspondiente obligación legal de demostración y por ende de cumplimiento.

Lo anterior, debe ser complementado con las siguientes normas de dicho cuerpo normativo:

“ARTÍCULO 345.- Sin perjuicio de las demás atribuciones inherentes a su cargo, corresponde especialmente al Ministro en representación del Poder Ejecutivo:

1. Declarar el estado de peligro de epidemia y fijar las zonas de endemia o infectadas por enfermedades transmisibles en el país....

3. Declarar obligatorios la vacunación contra ciertas enfermedades, así como ciertos exámenes o prácticas que se estimen necesarios para prevenir o controlar enfermedades...”

Complementario con lo anterior, se evidencia la ley 8111, Ley Nacional de Vacunación la cual tiene por objetivo:

“Artículo 1º-Objeto. Esta Ley regula la selección, adquisición y disponibilidad de vacunas en todo el territorio nacional, con el fin de permitir al Estado velar por la salud de la población, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales, de la Ley General de Salud, N° 5395, del 30 de octubre de 1973 y del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 7739, del 6 de enero de 1998”.

Este cuerpo normativo dispone la posibilidad de declarar la obligatoriedad de determinadas vacunas de la siguiente manera:

“Artículo 3º-Obligatoriedad. De conformidad con la presente Ley, son obligatorias las vacunaciones contra las enfermedades cuando lo estime necesario la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, que se crea en esta Ley, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social.

Las vacunas aprobadas deberán suministrarse y aplicarse a la población, sin que puedan alegarse razones económicas o falta de abastecimiento en los servicios de salud brindados por instituciones estatales.

Estas vacunas aprobadas se refieren al esquema básico oficial que se aplique a toda la población, y a las vacunas para esquemas especiales dirigidos a grupos de riesgo específicos.

La Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología deberá elaborar una lista oficial de vacunas, que se incluirá en el Reglamento de la presente Ley. La lista podrá ser revisada y analizada periódicamente, atendiendo los frecuentes cambios tecnológicos en este campo.”

Dicha norma debe ser complementada con el siguiente artículo del mismo cuerpo normativo:

“Artículo 11.-Población meta, condiciones y autorización. La Comisión, junto con las autoridades del Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social, determinará los sectores de población que deban ser vacunados; además, decidirá si la vacunación es obligatoria o facultativa y dispondrá en qué condiciones deberán suministrarse las vacunas, conforme a los programas que se establezcan al efecto. El personal que las suministre deberá estar debidamente autorizado por la Comisión”.

Como se advierte, el referido cuerpo normativo define competencias determinadas para efectos de definir cuales vacunas resultan obligatorias y en este sentido, la ley indicada señala que la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, tiene entre otras competencias:

“Artículo 6º-Funciones. La Comisión tendrá como funciones y objetivos básicos:

a) *Garantizar la obligatoriedad y gratuidad de las vacunas y el acceso efectivo de toda la población a ellas”.*

Sobre la posibilidad de que se establezca la obligatoriedad de un determinado esquema de vacunación, ha indicado, la Sala Constitucional, lo siguiente:

II.- SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS VACUNAS Y LA PROTECCION AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. Existe profusa normativa que establece, de forma expresa, la obligatoriedad de la vacunación. Se puede citar, en primer lugar, el artículo 46 del Código Civil, que establece: ³Artículo 46.-Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia.

Sin embargo, si una persona se niega a someterse a un examen médico, que sea necesario para acreditar en juicio ciertos hechos controvertidos, el Juez puede considerar como probados los hechos que se trataban de demostrar por la vía del examen.´ (el subrayado no corresponde al original) Lo que es ratificado por el artículo 2 de la Ley Nacional de Vacunación, que dispone: ³Artículo 2.- GRATUIDAD Y ACCESO EFECTIVO Garantizase a toda la población la obligatoriedad y gratuidad de las vacunas, así como el acceso efectivo a la vacunación, en especial, para la niñez, los inmigrantes y los sectores ubicados por debajo del índice de pobreza.´ (el subrayado no corresponde al original) Mientras que en el artículo 3 de ese mismo cuerpo normativo se establece lo siguiente: ³Artículo 3.- Obligtoriedad. De conformidad con la presente Ley, son obligatorias las vacunaciones contra las enfermedades cuando lo estime necesario la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, que se crea en esta Ley, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social. Las vacunas aprobadas deberán suministrarse y aplicarse a la población, sin que puedan alegarse razones económicas o falta de abastecimiento en los servicios de salud brindados por instituciones estatales.

Estas vacunas aprobadas se refieren al esquema básico oficial que se aplique a toda la población, y a las vacunas para esquemas especiales dirigidos a grupos de riesgo específicos. La Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología deberá elaborar una lista oficial de vacunas, que se incluirá en el Reglamento de la presente Ley. La lista podrá ser revisada y analizada periódicamente, atendiendo los frecuentes cambios tecnológicos en este campo.´ En cuyo caso, esta Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del contenido de tales disposiciones normativas (artículos 2 y 3 de la Ley Nacional de Vacunación), en razón de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad que se tramitó en expediente 00-009914-0007-CO, en la que se consultaba ±entre otros extremos- si la obligtoriedad de vacunación prevista para cualquier persona lesionaba el principio de autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Constitución Política). Oportunidad en que este Tribunal señaló, por medio de resolución número 2000-11648 de las 10:14 horas del 22 de diciembre del 2000, que: (...) Teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas transcritas,

así como la exposición de motivos del proyecto que se consulta, no considera esta Sala que lleven razón los consultantes, al decir que al establecerse la obligatoriedad de las vacunas sea lesivo del derecho de autonomía de la voluntad. La salud como medio y como fin para la realización personal y social del hombre constituye un derecho humano y social cuyo reconocimiento está fuera de discusión. Es uno de los derechos del hombre que emana de su dignidad como ser humano. De este derecho surge tanto para el individuo y la comunidad organizada, como para el propio estado, una responsabilidad respecto a la salud. En instrumentos internacionales y en declaraciones constitucionales de derechos sociales se incluye el derecho a la salud, a cuyo reconocimiento debe aunarse la imposición del deber de cuidar la salud propia y la ajena. Es así que, dentro de una política social global dirigida a solucionar los efectos de las deficiencias sociales, la observancia del principio de la coherencia de los fines determina que se armonicen las acciones sobre condiciones de trabajo, seguridad social, educación, vivienda, nutrición y población con las de la salud, por la conexidad e interdependencia de una y otra. De esa forma la enunciación en el proyecto consultado de la provisión de asistencia médica gratuita y obligatoria, para toda la población, de ningún modo lesiona el principio de autonomía de la voluntad, más sin embargo sí garantiza la asistencia sanitaria esencial en resguardo de la responsabilidad ineludible del Estado de velar por la salud de todos y cada uno de los ciudadanos. De lo que se desprende que esta Sala ha reconocido, en primer lugar, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas, y, en segundo lugar, que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas. A lo que se añade que el Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación (Decreto Ejecutivo No. 32722 del 20 de mayo del 2005) establece, en su artículo 18, que la Lista Oficial de Vacunas incluidas en el esquema público básico universal de Costa Rica es la siguiente: 1.-antituberculosa (BCG); 2.- antipolio, oral y polio intramuscular; 3.- antidifteria; 4.- antipertussis, de células enteras y acelular; 5.- antitétanos; 6.- antihaemophilus influenzae B; 7.- antihepatitis B; 8.- antisarampión; 9.- antirubéola; 10.- antipaperas; 11.- antivariçela; 12.- antineumococo, conjugada y de polisacáridos; y 13.- rotavirus. Finalmente, en el caso particular de los niños, el artículo 43 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece: ³Artículo 43.- Vacunación. Las personas menores de edad deberán ser vacunadas contra las enfermedades que las autoridades de salud determinen. Suministrar aplicar las vacunas serán obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social. Por razones médicas, las excepciones para aplicar las vacunas serán autorizadas solo por el personal de salud correspondiente. El padre, la madre, los representantes legales o las persona, encargadas serán responsables de que la vacunación obligatoria de las personas menores de edad a su cargo se lleve a cabo oportunamente. ´ Se constata, de esta forma, que en el ordenamiento jurídico costarricense se incorporan diversas cláusulas jurídicas que establecen un régimen general de obligatoriedad con respecto a la vacunación, con especial énfasis en el caso de la niñez, en razón de la vital importancia de la

inmunización para la prevención de enfermedades individuales y colectivas (epidemias). Y es que la vacunación ha demostrado ser un método idóneo y eficaz para prevenir brotes epidémicos y contagios a nivel individual, así como para controlar e, incluso, erradicar enfermedades que suponen un grave riesgo para la comunidad (p. ej.: la viruela). Al punto que tanto la Organización Mundial de la Salud como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia o UNICEF (United Nations Children's Fund) promueven la inmunización universal de la infancia, con el propósito de prevenir la mortalidad y la morbilidad infantil debidas a enfermedades evitables mediante la vacunación [se puede revisar, al efecto, el sitio web de la UNICEF: http://www.unicef.org/spanish/immunization/index_2819.html (29/06/2011)].

III.- SOBRE EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y LA PREVENCIÓN DE LAS ENFERMEDADES. El Derecho de la Constitución le impone al Estado costarricense, como deber fundamental, la protección del interés superior del niño. Lo que debe verse reflejado en las actuaciones de las distintas instituciones que conforman parte del aparato estatal, por lo que toda acción pública concerniente a una persona menor de edad debe considerar su interés superior, a fin de garantizar el efectivo respeto de sus derechos fundamentales, así como el libre y pleno desarrollo de su personalidad en un ambiente físico y mental sano. En la sentencia número 2005-11262 de las 15 horas del 24 de agosto del 2008, esta Sala resolvió:

³ («) En materia de los derechos especiales que tienen los niños se encuentran varias normas de rango constitucional, internacional e infraconstitucional; reconociéndose en todas ellas el interés superior del niño (a) como criterio de toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años. ³La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido ‘así reza el artículo 51 de nuestra Carta Magna. En igual sentido la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (aprobada y ratificada por nuestro país, mediante, la Ley No. 7184 del 18 de julio de 1990, la cual entró en vigencia, a tenor del numeral 2 de ese instrumento legal, el día de su publicación en La Gaceta No. 149 del 9 de agosto de 1990), le establece una serie de derechos a cualquier niño, independientemente, de su raza o nacionalidad (artículo 2°), tales como: el derecho a ser cuidado por sus padres (artículo 7°), el derecho a un ³nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social ‘reconociéndose a los padres como los responsables primordiales de proporcionarles las condiciones de vida necesarias para su desarrollo y el deber del Estado de adoptar ³medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho ‘(artículo 27) «. Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, precisa en su artículo 16, párrafo 3°, que ³La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del Estado´ (en idéntico sentido artículo 23, párrafo 1°, del Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966).

Por su parte, el artículo 25, párrafo 2º, de la supra indicada Declaración señala que ³La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales... y, finalmente, en el artículo 24, párrafo 1º, se establece que ³Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna... a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado´. («) Los derechos humanos o fundamentales y las obligaciones correlativas de los poderes públicos han sido también, desarrollados en el plano infraconstitucional, tenemos así el Código de la Niñez y de la Adolescencia en general y la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, cuando se trate además de un niño (a) con necesidades especiales. Así, el Código de la Niñez y de la Adolescencia (Ley No. 7739) puntualiza que el norte interpretativo de toda acción pública o privada debe ser el interés superior del niño (artículo 5º). El ordinal 12 de ese cuerpo normativo estipula que el Estado deberá garantizar el derecho a la vida ³con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral´. El numeral 29 establece la obligación del padre, la madre o la persona encargada de ³velar por el desarrollo físico, intelectual, moral, espiritual y social de sus hijos menores de dieciocho años´ y de ³cumplir con las instrucciones y los controles que se prescriban para velar por la salud de las personas menores de edad bajo su cuidado´ (artículo 45). («) y el artículo 13 de la Ley General de Salud No. 5395, del 30 de octubre de 1973« reconoce el deber de los padres y el Estado de velar por la salud y el desarrollo de los niños: ³Los niños tienen derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud y su desarrollo social, físico y psicológico. Por tanto, tendrán derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la mayoría de edad. Los niños que presenten discapacidades físicas, sensoriales, intelectuales y emocionales gozarán de servicios especializados." En conclusión, luego de todo lo dicho es claro que a los niños le asisten una serie de derechos especiales y correlativamente al Estado y los padres o encargados de los niños le asisten una serie de obligaciones y deberes para con ellos«´. En cuanto a este tema, el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: ³En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.´

Similar disposición normativa se recoge en el artículo 5, párrafo primero, del citado Código de la Niñez y la Adolescencia, que establece expresamente que:

"Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal."

En igual forma, el artículo 4 de ese mismo cuerpo normativo señala lo siguiente:

"Artículo 4º.- Políticas estatales

Será obligación general del Estado adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole, para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

En la formulación y ejecución de políticas, el acceso a los servicios públicos y su prestación se mantendrán siempre presente el interés superior de estas personas. Toda acción u omisión contraria a este principio constituye un acto discriminatorio que viola los derechos fundamentales de esta población.

De conformidad con el régimen de protección especial que la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, este Código y leyes conexas garantizan a las personas menores de edad, el Estado no podrá alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones aquí establecidas."

Con sustento en lo anterior, esta Sala ha sido categórica en reconocer al interés superior del niño su condición y naturaleza de principio general que, como tal, forma parte del ordenamiento jurídico y debe ser aplicado para que rija y gobierne toda actividad administrativa y jurisdiccional relacionada con las personas menores de edad, a fin de garantizar el debido y efectivo respeto de sus derechos fundamentales. En consonancia con lo anterior, y según lo dispuesto en los artículos 3 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado costarricense tiene el deber fundamental de promover y asegurar las condiciones necesarias para garantizar en la máxima medida posible la supervivencia del menor y su desarrollo, así como asegurar a todos los niños el disfrute del más alto nivel posible de salud, por lo que deberá adoptar medidas apropiadas para reducir la mortalidad infantil y en la niñez, asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños y desarrollar la atención sanitaria preventiva. Por lo que, en general, se puede concluir que la existencia de un programa de vacunación infantil, que tenga por objeto prevenir que se produzca el brote de epidemias o que se dé un contagio a nivel individual, hace parte de la atención sanitaria preventiva que debe brindar el Estado costarricense en resguardo del derecho humano de todo niño a la salud y en cumplimiento de la tutela al interés superior del menor.

IV.- SOBRE EL CASO CONCRETO. En la especie, el recurrente reclama por la obligatoriedad de vacunar a su hijo menor de edad, dado que estima que dichas vacunas son perjudiciales para su salud. Al respecto, se debe señalar que esta Sala ya ha reconocido que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades lo que constituye un fin, constitucionalmente, legítimo que puede justificar la obligatoriedad de las vacunas. Nótese que, en este caso, con la aplicación de las referidas vacunas se pretende no solo tutelar la vida y la salud del menor amparado, sino que la vida y la salud de los demás miembros de la comunidad -incluidos, especialmente, otros niños-, en la medida que dicho plan de vacunación lo que procura es evitar el riesgo potencial de brotes epidémicos de enfermedades infecciosas que incluso pueden provocar discapacidades permanentes (p.ej. la rubéola congénita) o la muerte (p. ej. el sarampión) de las personas contagiadas, por lo que está en juego la preservación y resguardo de la salud pública. Por lo que debe recordarse que esta Sala ha resaltado:

"(«) La preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debe quedar claro no sólo la relevancia de los valores para los cuales el actor reclama tutela, sino también el grado de compromiso que el Estado costarricense ha adquirido en cuanto a acudir de manera incuestionable e incondicional en su defensa. (sentencia número 2000-01954 de las 8:53 horas del 3 de marzo del 2000)

Por lo demás, debe señalarse que según lo dispuesto en el artículo 43 del Código de la Niñez y la Adolescencia, si bien existe un régimen general de obligatoriedad respecto de la vacunación, también se reconoce la posibilidad de establecer excepciones por razones médicas, que deberán de ser autorizadas por el personal de salud correspondiente. Si el recurrente estima que existe algún motivo médico y técnico por el que no procede aplicar las vacunas en cuestión en el caso específico del amparado, ello supone un extremo que deberá alegar ante las propias autoridades de salud, máxime que ello implica una discusión cuyo análisis y resolución excede la naturaleza eminentemente sumaria del recurso de amparo, proceso en el cual no es material ni razonablemente posible entrar a un complicado sistema probatorio o a la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, por lo que este Tribunal ha sostenido, reiteradamente, la imposibilidad de analizar en esta sede la discrepancia en cuanto a criterios o parámetros técnicos. Incluso, esta Sala ya ha indicado que el criterio técnico-médico utilizado por las autoridades sanitarias para fijar los alcances de las campañas de vacunación: «) no puede ni debe ser rebatido por este Tribunal, pues estaría interviniendo en una materia cuyo conocimiento técnico carece y respecto de la cual las autoridades recurridas han sido investidas con la autoridad y competencias constitucionales y legales para, en ejercicio de éstas, tomar las decisiones necesarias para la protección de la salud y la vida de los habitantes de la República, competencias que - resulta evidente- no puede ni debe asumir esta Sala. (sentencia número 2007-000836 de las 8:33 horas del 26 de enero del 2007) Incluso, del escrito de interposición y de la prueba aportada por el recurrente se desprende que el presente asunto ya ha sido puesto en conocimiento del Patronato Nacional de la Infancia. Entidad que, a su vez, ha emitido medidas de protección a favor del amparado. V.- EN CONCLUSION. Como corolario de lo anterior, no se observa que en el caso en estudio se haya incurrido en una infracción a los derechos fundamentales del amparado con la emisión de la respectiva medida impuesta por el Patronato Nacional de la Infancia, pues dicha autoridad ha actuado de forma razonable y justificada en procura de proteger el derecho fundamental del amparado en resguardo del interés superior del menor y en tutela de la salud pública. Por lo expuesto el recurso es improcedente..." VOTO N° 02377 – 2013 de 22 de Febrero del 2013 a las 9:20 a. m.

De conformidad con lo anterior, se advierte que la Sala Constitucional ha avalado la Constitucionalidad de las normas que establecen la obligatoriedad de vacunación en los supuestos que así técnicamente se ha determinado y ante todo cuando se trata de la protección de los derechos de los niños y las niñas.

En similar sentido, se había pronunciado la misma Sala al indicar en su voto 2011-9067 de las 10:13 horas del 8 de julio de 2011, lo siguiente:

“I.- OBJETO DEL RECURSO. El recurrente acusa que, mediante orden sanitaria número 043-2011, se pretende obligarlo a que permita que se vacune a la amparada, sin que de previo se haya observado el debido proceso o se le haya otorgado oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Agrega que él se opone a la vacunación de su hija, pues, en primer lugar, las vacunas que se pretenden aplicar a la amparada (contra sarampión, rubéola e intensificación contra polio) obedecen a una campaña nacional de vacunación de carácter meramente preventivo, que no es precedida de un episodio infeccioso o el surgimiento de un período de transmisión intenso de enfermedades, que puedan poner en riesgo la salud de la menor y de otras personas. Por lo que estima que, desde el punto de vista técnico, no se ha demostrado la necesidad de aplicar tales vacunas, que, incluso, podrían suponer un riesgo para la salud de la amparada por sus eventuales efectos en el corto, mediano y largo plazo. Indica que, en segundo lugar, se opone por razones religiosas, pues él pertenece a la Asociación Círculo de Investigación de Antropología Gnóstica, para quienes la vacunación se les presenta como un acto contrario a la buena salud de sus hijos y solo es necesario como último recurso en caso de existir una epidemia. Estima, en conclusión, que se está ante una vacunación innecesaria, injustificada, excesiva y potencialmente peligrosa en razón del uso de agentes patógenos para la producción de las vacunas y de otros agentes que pueden ser perjudiciales para la salud. (...) n cuyo caso, esta Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del contenido de tales disposiciones normativas (artículos 2 y 3 de la Ley Nacional de Vacunación), en razón de la consulta legislativa facultativa de constitucionalidad que se tramitó en expediente 00-009914-0007-CO, en la que se consultaba –entre otros extremos- si la obligatoriedad de vacunación prevista para cualquier persona lesionaba el principio de autonomía de la voluntad (artículo 28 de la Constitución Política). Oportunidad en que este Tribunal señaló, por medio de resolución número 2000-11648 de las 10:14 horas del 22 de diciembre del 2000, que:

“(…) Teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas transcritas, así como la exposición de motivos del proyecto que se consulta, no considera esta Sala que lleven razón los consultantes, al decir que al establecerse la obligatoriedad de las vacunas sea lesivo del derecho de autonomía de la voluntad. La salud como medio y como fin para la realización personal y social del hombre constituye un derecho humano y social cuyo reconocimiento está fuera de discusión. Es uno de los derechos del hombre que emana de su dignidad como ser humano. De este derecho surge tanto para el individuo y la comunidad organizada, como para el propio estado, una responsabilidad respecto a la salud. En instrumentos internacionales y en declaraciones constitucionales de derechos sociales se incluye el derecho a la salud, a cuyo reconocimiento debe aunarse la imposición

del deber de cuidar la salud propia y la ajena. Es así que dentro de una política social global dirigida a solucionar los efectos de las deficiencias sociales, la observancia del principio de la coherencia de los fines determina que se armonicen las acciones sobre condiciones de trabajo, seguridad social, educación, vivienda, nutrición y población con las de la salud, por la conexidad e interdependencia de una y otra. De esa forma la enunciación en el proyecto consultado de la provisión de asistencia médica gratuita y obligatoria, para toda la población, de ningún modo lesiona el principio de autonomía de la voluntad, más sin embargo sí garantiza la asistencia sanitaria esencial en resguardo de la responsabilidad ineludible del Estado de velar por la salud de todos y cada uno de los ciudadanos.” De lo que se desprende que esta Sala ha reconocido, en primer lugar, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas, y, en segundo lugar, que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas...”

Más recientemente la Sala Constitucional ha emitido sendos votos respecto de la incorporación en el cuadro de vacunas, aquella que se encuentra dirigida contra el Virus del Papiloma Humano y ha determinado su procedencia de la siguiente manera:

“V.- Sobre el caso concreto. La recurrente, quien tiene 10 años de edad, se opone a la aplicación obligatoria de la vacuna contra el Virus del Papiloma Humano (VPH). Asegura que ha indagado en fuentes internacionales y ha descubierto que dicha inmunización puede ocasionar severos efectos secundarios; sin embargo, acusa que en Costa Rica no se ha informado al respecto. Alega que cuenta con antecedentes familiares de alergias y actualmente sufre crisis bronquiales, por lo que existe un alto riesgo de afectación a su salud. Pide que se respete su autonomía de la voluntad.

Del estudio de los autos, se acredita que la vacuna contra el VPH, bajo el nombre comercial de Gardasil, está farmacológicamente indicada para niñas y mujeres de 9 a 45 años de edad para la prevención del cáncer cervicouterino, vulvar, vaginal y anal, lesiones precancerosas o displásicas, verrugas genitales e infecciones causadas por el VPH tipo 6, 11, 16 y 18. Desde el año 2006, dicha vacuna fue aprobada por la Administración de Alimentos y Fármacos (FDA, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos de América y su uso fue recomendado por parte del Comité Asesor sobre Prácticas de Inmunización y Vacunación (ACIP por sus siglas en inglés) de los Centros de Control y Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos de América. Asimismo, en el año 2006, dicha vacuna fue autorizada por parte de la Agencia Europea de Regulación de Medicamentos, mientras que organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) avalan su aplicación. En lo que respecta a Costa Rica, se verifica que la vacuna contra el VPH se registró por primera vez ante el Ministerio de Salud el 3 de marzo de 2007, con número de registro 1005-BV-4321, el cual se ha renovado dos

veces en el año 2012 y 2017, y está vigente hasta el 30 de marzo de 2023. En este contexto, el Ministerio de Salud informa que dicha inmunización cuenta con su Plan de Farmacovigilancia y ha presentado el Informe Periódico de Seguridad, el cual contiene información sobre reacciones adversas de las que se ha tenido conocimiento en el período de referencia, así como una evaluación científica del balance entre beneficio y riesgo del medicamento, el cual ha sido favorable hacia el uso de la vacuna. Asimismo, se señala que el Comité Consultivo Mundial de la OMS sobre Seguridad de las Vacunas (GACVS) examina periódicamente los datos sobre la seguridad de las vacunas contra VPH y los datos procedentes de todas las fuentes siguen siendo positivos con respecto a su seguridad.

Ahora bien, conforme las estadísticas brindadas por las autoridades recurridas, el cáncer cérvico uterino ocupa en Costa Rica el tercer lugar en incidencia (30 casos nuevos cada 100.000 mujeres) y el cuarto lugar en mortalidad por cáncer (6 fallecidas cada 100.000 mujeres), además de ser uno de los que produce más muertes a edades tempranas (entre 30 y 50 años). Tomando en consideración las estadísticas epidemiológicas nacionales, los resultados de la II Encuesta Nacional de Salud Sexual y Reproductiva y el estudio del costo-beneficio de la vacuna, la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología del Ministerio de Salud aprobó la inclusión de la vacuna contra el VPH dentro del esquema de vacunación nacional y, por ende, su aplicación obligatoria en el grupo meta, que está constituido por niñas de 10 años de edad. El objetivo primordial es proteger a dicha población a efectos de prevenir que contraigan los tipos de VPH que ocasionan en mayor proporción el cáncer de cérvix y otros tipos de cáncer y padecimientos. Como se indicó anteriormente, la vacunación es parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense a fin de proteger el derecho fundamental a la salud de la población. Además, el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituyen un fin constitucionalmente legítimo que, a la luz del interés superior del menor, justifica de forma válida la obligatoriedad de las vacunas incluidas en el esquema público básico nacional, sin que ello implique la lesión al principio de autonomía de la voluntad.

En este contexto, mediante decreto ejecutivo n.º 41050 del 12 de marzo de 2018, se reformó el Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación (n.º 32722-S del 20 de mayo de 2005), a efectos de incluir la vacuna contra el VPH dentro de la Lista Oficial de Vacunas del esquema público básico universal de Costa Rica, de modo que, en lo sucesivo, el ordinal 18 del Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación se lee de la siguiente manera:

"Artículo 18.-La Lista Oficial de Vacunas incluidas en el esquema público básico universal de Costa Rica son las siguientes:

1. Antituberculosa (BCG).
2. Antipolio, oral y polio intramuscular.
3. Antidifteria.

4. *Antipertussis, de células enteras y acelular.*
5. *Antitétanos.*
6. *Antihaemophilus influenzae B.*
7. *Antihepatitis B.*
8. *Antisarampión.*
9. *Antirubéola.*
10. *Antipaperas.*
11. *Antivaricela.*
12. *Antineumococo, conjugada y de polisacáridos.*
13. *Rotavirus.*
14. *Papiloma Humano.*

La Caja Costarricense de Seguro Social deberá tomar las provisiones para incluirlo en el Catálogo de Suministros de la Institución y en la Lista Oficial de Medicamentos (LOM)." (énfasis agregado).

En consecuencia, el 14 de junio de 2018, en la sesión n.º 8969 (artículo 23), la Junta Directiva de la CCSS acordó aprobar la inclusión de la vacuna contra el VPH dentro del esquema nacional de vacunación. Posterior a ello, conforme lo informado bajo juramento, las instituciones sanitarias estatales implementaron estrategias de comunicación nacionales, regionales y locales para explicar sobre la inmunización contra el VPH en la campaña nacional denominada "El amor y las vacunas salvan vidas" . En este contexto, la campaña se divulgó a través de medios audiovisuales y redes sociales y se elaboró material impreso oficial para padres de familias, docentes y niñas, donde se explican los aspectos relacionados a esta vacuna, entre ellos los posibles efectos adversos. Asimismo, se aprecia que las reacciones adversas, indicaciones, contraindicaciones, precauciones y advertencias respecto a la vacuna están descritas en el inserto incluido dentro del empaque del producto, el cual puede ser pedido al Ministerio de Salud. En esta línea, conviene advertir que no consta que la recurrente ni sus padres hayan solicitado información relacionada con la vacuna contra el VPH al Ministerio de Salud o a la CCSS y esta le haya sido denegada. Otrosí, las autoridades recurridas informan que, al momento de aplicarle a las niñas la vacuna contra el VPH, los funcionarios encargados explican de previo el objetivo del fármaco, los posibles efectos adversos (reportados en los estudios clínicos así como en la etapa de postcomercialización del producto) y los cuidados que se deben de tener después de la vacunación.

Por su lado, la Norma Nacional de Vacunación 2013, en relación con esta vacuna, indica lo siguiente:

“4.22. Vacuna contra el Virus del Papiloma Humano (VPH) Protege contra tipos de Virus de Papiloma Humano de alto riesgo oncogénico (...)

4.22.8. Contraindicaciones - Reacción anafiláctica a algunos de los componentes de la vacuna.

4.22.9. Posibles efectos secundarios Los efectos secundarios más comunes de esta vacuna son: dolor, hinchazón, picazón, enrojecimiento o formación de un hematoma en el lugar de la inyección, dolor de cabeza, fiebre, náuseas, mareos, vómitos, desmayos. Se observó un aumento de los casos de hinchazón en el lugar de la inyección.”

En consonancia con ello, las autoridades recurridas informan que, como todo fármaco, la vacuna contra el VPH puede tener reacciones adversas leves y contraindicaciones (por ejemplo, una reacción anafiláctica a alguno de los componentes de la vacuna, ante lo cual se debe evitar la aplicación del refuerzo –segunda dosis– de la inmunización); sin embargo, los ensayos clínicos posteriores a la aprobación de la vacuna del VPH no han revelado diferencias clínicamente importantes entre las personas vacunadas versus las no vacunadas en relación con la aparición de nuevas enfermedades crónicas o autoinmunes. Aunado a ello, como se indicó al inicio de este considerando, la seguridad de la vacuna ha sido avalada por organismos internacionales y entidades de renombre mundial como la FDA; además, es periódicamente revisada, de lo cual es informado el Ministerio de Salud.

Ahora bien, sobre el alegato de la recurrente en el sentido de que ha indagado en fuentes internacionales y ha descubierto que la vacuna contra el VPH puede llegar a producir severos daños en su salud, es menester hacer hincapié, tal como este tribunal señaló en el voto n.º 2011-9067 (criterio, reiterado en las sentencias n.º s 2013-2377 y 2017-8720), que la cuestión “implica una discusión cuyo análisis y resolución excede la naturaleza eminentemente sumaria del recurso de amparo, proceso en el cual no es material ni razonablemente posible entrar a un complicado sistema probatorio o a la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, por lo que este Tribunal ha sostenido reiteradamente la imposibilidad de analizar en esta sede la discrepancia en cuanto a criterios o parámetros técnicos.” Por consiguiente, la vía de amparo, por su naturaleza sumaria, no es idónea para verificar la fiabilidad y rigurosidad científica de la prueba documental aportada por la accionante tendente a advertir sobre estos supuestos efectos secundarios graves. En virtud de ello, la amparada podrá, si a bien lo tiene, plantear dichos elementos ante los órganos técnicos competentes para lo que corresponda.

La recurrente aduce que tiene antecedentes familiares de alergias y actualmente sufre de enfermedades respiratorias, lo que es un factor de riesgo para la aplicación de la vacuna contra el VPH. Sin embargo, las autoridades accionadas indican que dichas condiciones de salud no contraindican la aplicación de la vacuna contra VPH. En todo caso, cabe recordar que si bien existe un régimen general de obligatoriedad respecto de la vacunación del esquema básico nacional, también se reconoce la posibilidad de establecer excepciones por razones médicas, las cuales deben ser autorizadas por el personal de salud

correspondiente. En esta línea, el ordinal 150 de la Ley General de Salud establece lo siguiente: “ ARTICULO 150.- Son obligatorias la vacunación y revacunación contra las enfermedades transmisibles que el Ministerio determine. Los casos de excepción, por razón médica, serán autorizados sólo por la autoridad de salud correspondiente. ” (énfasis agregado). En similar sentido, el numeral 43 del Código de la Niñez y la Adolescencia preceptúa lo siguiente: Artículo 43°- Vacunación. Las personas menores de edad deberán ser vacunadas contra las enfermedades que las autoridades de salud determinen. Suministrar y aplicar las vacunas serán obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social. Por razones médicas, las excepciones para aplicar las vacunas serán autorizadas solo por el personal de salud correspondiente. El padre, la madre, los representantes legales o las personas encargadas serán responsables de que la vacunación obligatoria de las personas menores de edad a su cargo se lleve a cabo oportunamente” (énfasis agregado). Así las cosas, si la recurrente estima que existe algún motivo médico específico por el que no procede aplicarle la vacuna contra el VPH, deberá alegarlo, ya sea ella o sus encargados, ante las propias autoridades de salud, para que allí se determine lo pertinente a la luz de sus condiciones particulares de salud. Lo anterior implica, tal como ha ocurrido en el sub iudice, la obligación de las autoridades de avisar, de previo, sobre la aplicación de la vacuna a los padres, madres, representantes legales o personas encargadas, con el objeto de que estos últimos puedan informar al personal médico acerca de alguna condición que supuestamente contraindique la referida aplicación, lo cual deberá ser valorado por el personal médico de la CCSS. Asimismo, previo a la aplicación de la vacuna, se deberá dar una explicación sobre los beneficios de la misma y los eventuales efectos secundarios. En mérito de las consideraciones esgrimidas, se impone declarar sin lugar el recurso”.

En sentido similar a los votos citados, pueden citarse también los votos de Resolución N° 02169 – 2021 del 03 de Febrero del 2021 a las 9:15 a. m. Resolución N° 08481 – 2021 de 27 de Abril del 2021 a las 9:15 a. m. Resolución N° 07375 – 2021 del 13 de Abril del 2021 a las 9:50 a. m. Resolución N° 06903 – 2021: del 09 de Abril del 2021 a las 9:15 a. m. Resolución N° 07745 – 2020 del 24 de Abril del 2020 a las 9:45 a. m. Resolución N° 20852 – 2020 del 28 de Octubre del 2020 a las 9:20 a. m. Resolución N° 08904 – 2020 del 15 de Mayo del 2020 a las 9:15 a. m. Resolución N° 19321 – 2020 del 09 de Octubre del 2020 a las 9:20 a. m. Resolución N° 22749 – 2020 del 25 de Noviembre del 2020 a las 9:15 a. m. Resolución N° 19321 – 2020 del 09 de Octubre del 2020 a las 9:20 a. m. Resolución N° 24922 – 2020 del 29 de Diciembre del 2020 a las 9:20 a. m. Resolución N° 02341 – 2020 de 05 de Febrero del 2020 a las 10:30 a. m. Resolución N° 17344 – 2019 del 10 de Setiembre del 2019 a las 12:11 p. m. , Resolución N° 17343 – 2019 del 10 de Setiembre del 2019 a las 12:10 p. m. Resolución N° 14677 – 2019 del 07 de Agosto del 2019 a las 9:20 a. m. Resolución N° 21270 – 2019 del 30 de Octubre del 2019 a las 9:20 a. m. Resolución N° 24183 – 2019 del 04 de Diciembre del 2019 a las 9:20 a. m. Resolución N° 15643 – 2019 del 23 de Agosto del 2019 a las 9:30 a. m. Resolución N° 15977 – 2019 del 27 de Agosto del 2019 a las 9:20 a. m. Resolución N° 15737 – 2008 del 21 de Octubre del 2008 a las 8:57 a. m. Todos de la Sala Constitucional....”

Conforme los razonamientos empleados anteriormente, se advierte una evidente atribución de competencias a un órgano estatal para determinar la obligatoriedad de una vacuna en particular.

Las normas citadas ut supra, evidencian una habilitación al Ministerio de Salud y la Comisión Nacional de Vacunación para determinar la obligatoriedad de una conducta determinada y consecuentemente su necesario cumplimiento.

En este sentido, el ordenamiento crea aparejado a la competencia, un deber público para los ciudadanos, entendido el mismo como aquella conducta impuesta en interés general en el que no existe un derecho subjetivo específico de un ente o un órgano correlativo sino un poder genérico destinado a posibilitar su cumplimiento.

Por consiguiente, se advierte como el ordenamiento establece un supuesto en donde la libertad se ve acotada parcialmente por una decisión administrativa fundada en una norma de rango legal y en donde se entiende, cede la posibilidad de negativa en orden a las razones técnicas y sociales que dan origen a la determinación de creación de la obligación de cumplimiento.

Estas consideraciones hechas por el suscribiente unos meses, atrás fueron confirmadas por la Sala Constitucional respecto de la actual pandemia, al estimar en voto de la Sentencia N° 2020-0019433 de las 09:20 horas de 9 de octubre de 2020:

“(...) esta Sala ha reconocido, en primer lugar, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas, y, en segundo lugar, que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas (...)”

Más explícito aún es el voto N° 2021-012514 de las nueve horas y treinta y un minutos el primero de junio del dos mil veintiuno, en tanto señaló:

“...A la luz de lo expuesto, no es posible afirmar que el principio de reserva de Ley en la regulación de los derechos fundamentales haya sido vulnerado, toda vez que la aplicación obligatoria de la vacuna contra el coronavirus COVID-19, en el personal de salud, fue definida por la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, conforme a las potestades otorgadas por la Ley Nacional de Vacunación. Esto llevó a que se emitiera el Decreto N° 42889-S “Reforma Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación” (Decreto Ejecutivo No.32722-S de 20 de mayo de 2005) en aras de incluir la vacuna en cuestión en el esquema nacional de vacunación. Asimismo, en ejercicio de las mismas facultades, en el artículo 2, del Decreto N° 42889-S, se estableció la obligatoriedad de “(...) la vacuna del Covid-19 para el personal establecido por la Comisión Nacional de Vacunación, en las sesiones extraordinarias número VII-2021 del 16 de febrero del 2021 y VIII del 23 de febrero de 2021 (...)”. Así las cosas, la inclusión de la vacuna en contra del coronavirus COVID-19 en el esquema nacional de

vacunación y su carácter obligatorio para el personal de salud, debe ser entendida a la luz de lo dispuesto por la Ley Nacional de Vacunación, que define el marco general regulatorio en la materia...”

Estima esta unidad asesora que la competencia atribuida por el ordenamiento jurídico a la Comisión Nacional de Vacunación le habilita a la emisión de este tipo de actos de carácter general y de los cuales deviene el ejercicio de potestades de imperio de la Administración para asegurar su efectividad, fundado en la eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo y ante los cuales existe un obligado cumplimiento de la persona administrada, excepto que opere la suspensión de dichos efectos, ordenada así por el propio órgano que emite el acto o por un órgano jurisdiccional habilitado por norma a los efectos (Sala Constitucional, Tribunal Procesal Contencioso Administrativo).

Consecuentemente en las relaciones de sujeción especial, el dictado de un acto administrativo de carácter general por parte de la Comisión Nacional de Vacunación adquiere eficacia cuando es interiorizado mediante un acto de un órgano interno – el Consejo Superior- que asume, interioriza y da aplicación particular a lo que el anterior órgano dispuso en ejercicio de sus competencias legales.

Dado lo anterior, condición necesaria la adopción de un acto interna corporis que asuma lo dispuesto por la Comisión en donde se comuniquen sus efectos para los destinatarios bajo la órbita jurídica del acto que el órgano interno disponga, y en donde sus receptores, al estar bajo una relación de sujeción especial, se encuentran en el deber de aceptar sus efectos, siempre y cuando cumplan las reglas establecidas para dicho tipo de relación jurídica.

V.- Sobre la aplicación del acuerdo de la Comisión Nacional de Vacunación a las personas servidoras judiciales:

Del texto de las disposiciones legales citadas ut supra, se advierte que las competencias propias del Ministerio de Salud son tan amplias que cubren las actividades que realizan todos los sujetos públicos y privados.

En este sentido, indica la Ley General de Salud lo siguiente:

“Artículo 1º.- La definición de la política nacional de salud, y la organización, coordinación y suprema dirección de los servicios de salud del país, corresponden al Poder Ejecutivo, el que ejercerá tales funciones por medio del Ministerio de Salud...”

Artículo 2º.- Son atribuciones del Ministerio:

- a) Elaborar, aprobar y asesorar en la planificación que concrete la política nacional de salud y evaluar y supervisar su cumplimiento;*
- b) Dictar las normas técnicas en materia de salud de carácter particular o general; y ordenar las medidas y disposiciones ordinarias y extraordinarias que técnicamente procedan en resguardo de la salud de la población;*

- c) Ejercer el control y fiscalización de las actividades de las personas físicas y jurídicas, en materia de salud, velando por el cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas pertinentes;*
- ch) Ejercer la jurisdicción y el control técnicos sobre todas las instituciones públicas y privadas que realicen acciones de salud en todas sus formas, así como coordinar sus acciones con las del Ministerio; ...”*

Como se advierte, no existe límite en cuanto a la competencia subjetiva de lo que disponga el Ministerio de Salud y por el contrario, de manera expresa se indica, abarca a todos los sujetos públicos.

Es menester indicar que el ejercicio de las indicadas competencias no entraña per se la independencia entre Poderes, dado que el Ministerio es el órgano técnico en la materia y en este sentido le corresponde el direccionamiento propio en la materia.

Las potestades del Ministerio de Salud fueron reconocidas expresamente por la Sala Constitucional al indicar lo siguiente respecto de la salud pública:

“...un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades como lo fue tradicionalmente. Modernamente es innegable el papel determinante que debe jugar el Estado, y en el caso que nos ocupa, el Estado costarricense, representado por el Ministerio de Salud en este campo, en cuanto al establecimiento de programas para la protección de ese valor fundamental de todos los ciudadanos....” (Sentencia N° 2522-97 de las 16:36 horas del 7 de mayo de 1997)

“En primer término, conviene señalar que dentro del ámbito de su competencia, las autoridades del Ministerio de Salud, actúan como responsables de ordenar aquellas medidas y disposiciones, ordinarias y extraordinarias, que técnicamente procedan en protección, conservación y mejoramiento de la salud de las personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud, lo que incluye la posibilidad de declarar inhabitables aquellos edificios que por su estado ruinoso constituyan un peligro latente para la salud y seguridad de sus moradores o transeúntes, incluso, ordenar su desalojo, con sustento en los artículos 320 y 321 de la Ley General de Salud. En este sentido, la Administración ha actuado de conformidad a su deber ineludible de velar por la tutela eficiente y rápida de la salud de sus pobladores, misma que deriva del artículo 21 de la Constitución Política”. (resolución N. 2705-2010 de 15:31 hrs. de 9 de febrero de 2010).

“-SOBRE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO DE SALUD.- El Ministerio de Salud, a la luz de las competencias que el Ordenamiento Jurídico le ha encomendado, debe tomar las medidas correspondiente para velar por la salud pública de toda la población. Bajo ese mandato, se le ha reconocido la potestad de dictar medidas de carácter general o particular en el cumplimiento de su misión. Así las cosas, dentro de las atribuciones y jurisdicciones asignadas, puede ordenar y tomar las medidas especiales que establece la Ley General de Salud, para evitar el riesgo o daño a la Salud de las personas o que éstos se difundan o se agraven, entre las que se encuentran las mencionadas en los artículos 320 y 321 del citado cuerpo normativo sobre la posibilidad de declaratoria de in habitabilidad o

insalubridad de locales o inmuebles, de conformidad con los criterios técnicos emitidos por los funcionarios competentes...”.(resolución 5915-2008 de 15:52 hrs. de 15 de abril de 2008).

Más claramente lo indicó dicho cuerpo normativo, al señalar lo siguiente:

“ARTICULO 4º.- Toda persona, natural o jurídica, queda sujeta a los mandatos de esta ley, de sus reglamentos y de las órdenes generales y particulares, ordinarias y de emergencia, que las autoridades de salud dicten en el ejercicio de sus competencias orgánicas y tiene derecho a ser informada debidamente por el funcionario competente sobre las normas obligatorias vigentes en materias de salud”.

Conforme a lo anterior, las disposiciones del Ministerio de Salud también le serían aplicable a las personas servidoras del Poder Judicial, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a.- Se encuentre técnicamente fundada en criterios propios de la ciencia aplicable a la materia.
- b.- Se comuniquen por los medios idóneos previstos por el ordenamiento jurídico.
- c.- No viole los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.
- d.- La aplicación de dichas disposiciones no implique una afectación a la independencia judicial y al principio de separación de Poderes.
- e.- Complementario y recomendable es un acto propio de los órganos competentes del Poder Judicial en donde adapte y determine la aplicación concreta de lo que de manera general disponga el Ministerio de Salud, conforme al servicio propio que brinda dicho Poder en sus diferentes funciones, sea jurisdiccional y auxiliar de justicia.

En este orden de ideas, si bien el servidor judicial está en una relación estatutaria propia y particular, el mismo no es excluyente del debido cumplimiento del bloque de legalidad y no escapa de las competencias del Ministerio de Salud en la tutela de la salud pública y el interés general de la comunidad.

Se reitera que el ejercicio de estas competencias conforme al ordenamiento y el no desborde de las mismas en perjuicio de la independencia judicial y la separación de Poderes, otorga legitimación a la actuación de las personas competentes del Ministerio de Salud, sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad y de legalidad propio de toda conducta administrativa.

No es óbice indicar que la persona servidora judicial posee un mayor deber de cumplir el ordenamiento jurídico aplicable, toda vez que el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial indica que:

“Artículo 11.- Todo servidor judicial deberá prestar el juramento requerido por la Constitución Política y en los casos que la ley señala”.

En este orden de ideas, el artículo 11 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes”.

Conforme a lo anterior, no sería dable que un servidor judicial se arrogue la posibilidad de exceptuar de manera unilateral el cumplimiento del marco normativo o desconocer el ejercicio de competencias legales por parte del órgano competente.

Es entendido de que la persona servidora judicial tiene una serie de deberes funcionariales inherentes a la labor que desempeña y a su relación de sujeción frente al Poder Judicial, estando intrínseco que sus conductas y omisiones tienen trascendencia ante terceros e incidencia eventual en la imagen institucional y en la prestación de servicios.

Por ende, se reafirma un obligado cumplimiento de las competencias ejercidas por los órganos técnicos competentes y en este orden de ideas, al servidor judicial también le son aplicables las siguientes normas del Código Civil:

“ARTÍCULO 18.- La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos, sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público no perjudiquen a terceros.

ARTÍCULO 19.- Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

ARTÍCULO 20.- Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

ARTÍCULO 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.

ARTÍCULO 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Consecuentemente no se advierte motivo alguno fundado en el ordenamiento jurídico que impida la aplicación de la conducta administrativa que se realizará a continuación, a las personas servidoras del Poder Judicial.

En este orden debe destacarse que las personas servidoras judiciales se encuentran en una relación de sujeción especial respecto del Poder Judicial, por lo que son destinatarias y obligadas cumplientes de los efectos jurídicos de los actos de alcance general que al efecto emita el Consejo Superior, con el fin de regular la relación de empleo y la prestación de servicios.

En razón de tal relación de sujeción especial agravada en cuanto a los deberes funcionariales de la persona servidora judicial, es que esta posee un obligado cumplimiento de las disposiciones del Consejo Superior en acatamiento de lo dispuesto por la Comisión Nacional de Vacunación, sin que sea oponible simples criterios personales respecto de la oportunidad y conveniencia de tales disposiciones.

VI.- Sobre la conducta administrativa objeto de análisis para efectos del presente criterio:

Conforme el análisis realizado, procede determinar los alcances de lo acordado por la Comisión Nacional de Vacunación. En este sentido, dicho órgano colegiado dispuso:

“En la sesión extraordinaria XLV-2021 del 23 de setiembre del año en curso, los señores miembros de la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología:

Tomando en cuenta:

- 1-La cantidad de casos registrados de covid-19.*
- 2-La circulación incrementada de la variante Delta en el territorio nacional que, al ser más contagiosa, se propaga más rápidamente.*
- 3-La elevada ocupación hospitalaria que se enfrenta, impactada en mayor medida por pacientes que no se encuentran vacunados, siendo que según estadísticas de la CCSS 8 de cada 10 internados en los servicios de atención crítica no se encuentran vacunados o cuentan con esquema incompleto.*
- 4-El hecho de que aún no existe vacuna aprobada para población menor de 12 años, lo que requiere que los adultos estén protegidos para poder disminuir el riesgo de contagio en la población infantil.*
- 5-La alta tasa de mortalidad asociada al covid-19, que se ha convertido en la causa de mortalidad número uno en el país desde hace varios meses consecutivos.*
- 6-La necesidad de continuar abriendo la economía sin colapsar el sistema hospitalario y causar más mortalidad, cuidando la salud pública.*
- 6-La importancia de promover que los centros de trabajo públicos y privados sean lugares más seguros frente a la emergencia sanitaria por covid-19.*
- 7-La necesidad de disminuir las posibilidades de interrupción de servicios y labores en centros de trabajo a raíz de posibles contagios por covid-19.*
- 8-La preocupante desaceleración de aplicación de primeras dosis en las últimas semanas, aun existiendo disponibilidad, y siendo que el porcentaje de población vacunada es necesario sea el mayor posible.*

Acordaron aprobar la obligatoriedad para aplicar la vacuna contra Covid-19 a todos los funcionarios del Sector Público, así como para aquellos empleados del Sector Privado cuyos patronos, dentro de sus disposiciones laborales internas, hayan optado por incorporar la vacunación contra la Covid-19 como obligatoria en sus centros de trabajo.

Será responsabilidad del patrono tomar las medidas correspondientes de acuerdo con la legislación del país y la normativa institucional, en el caso de los trabajadores que no quieran vacunarse contra covid-19. Acuerdo Unánime y firme.”

Con base en dicho acuerdo, el Poder Ejecutivo emitió el decreto ejecutivo número N° 43249S en tanto dispone:

“DECRETAN: REFORMA AL DECRETO EJECUTIVO N° 42889-S DEL 10 DE MARZO DE 2021, DENOMINADO REFORMA AL DECRETO EJECUTIVO N° 32722-S DEL 20 DE MAYO DEL 2005, “REGLAMENTO A LA LEY NACIONAL DE VACUNACIÓN” Y ESTABLECIMIENTO DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA VACUNA DEL COVID-19.

Artículo 1.- Refórmese el artículo 2 del Decreto Ejecutivo N° 42889-S del 10 de marzo de 2021, denominado Reforma al Decreto Ejecutivo N° 32722-S del 20 de mayo de 2005, denominado Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación y Establecimiento de la Obligatoriedad de la Vacuna del COVID-19, para que en adelante se consigne lo siguiente:

“Artículo 2.- Con fundamento en el artículo 3 de la Ley Nacional de Vacunación, Ley número 8111 del 18 de julio de 2001, así como los ordinales 2 y 18 del Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación, Decreto Ejecutivo número 32722 del 20 de mayo de 2005, será obligatoria la vacuna del COVID-19 para el personal establecido por la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, en las sesiones extraordinarias número VII-2021 del 16 de febrero del 2021, VIII-2021 del 23 de febrero de 2021 y N° XLV-2021 del día 23 de septiembre de 2021, para el caso de este último acuerdo, será en los términos fijados por la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología para el sector público y el sector privado. Para cuando sean citados por los encargados para tal efecto y de acuerdo con la planificación institucional respectiva, las personas contempladas en el párrafo anterior deberán vacunarse, con excepción de aquellos funcionarios que, por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el Covid-19. Será responsabilidad del patrono tomar las medidas correspondientes de acuerdo con la legislación del país y la normativa POR TANTO, institucional, en el caso de los trabajadores que no quieran vacunarse contra el COVID-19.”

Artículo 2.- El presente Decreto Ejecutivo rige a partir del 15 de octubre de 2021”.

Conforme a lo anterior se advierte las siguientes características de las conductas administrativas mencionadas ut supra:

- El acto posee una suficiente y fundada motivación para su adopción.
- El acto busca cumplir el fin público de tutela del derecho a la salud.
- El acto describe su motivo y por ende las razones de su adopción.
- El acto es adoptado por sujeto competente
- El acto es conforme las competencias máximas previstas en el ordenamiento para el sujeto competente que lo emite.
- El acto tiene un ámbito subjetivo en las relaciones de empleo públicas o privadas, sea aquellas en una relación de sujeción especial o subordinación.
- El acto contempla la normativización interna – en el caso del Poder Judicial vía Consejo Superior- para su operacionalización.
- El acto prevee supuestos de excepción por razones médicas.
- No se advierte que el contenido del acto sea antijurídico, o violatorio de los principios de proporcionalidad, razonabilidad o necesidad, ni tiende a la arbitrariedad.

Consecuentemente el acto adoptado se estima conforme a derecho y de necesario cumplimiento en orden a sus fines, sin que se advierta que el derecho mismo de la Constitución (texto de la Constitución, votos de la Sala Constitucional, principios constitucionales, resoluciones de la CIDH, entre otros) sea contrario a sus alcances y ante todo, tomando en consideración los propios precedentes de la Sala Constitucional sobre el tema.

VII.- Sobre los efectos de la adopción de la decisión en la relación de empleo de las personas servidoras:

Con respecto a este punto, en el informe de esta Dirección Jurídica N° C- 263-2021, remitido en correo electrónico del 19 de mayo de 2021, se indicó de manera expresa lo siguiente:

“III.- Las relaciones de sujeción especial:

Como se ha indicado, las personas servidoras poseen ante la administración pública una relación de sujeción especial, entendida esta como los vínculos de particular y singular intensidad que posee el Estado frente a determinados sujetos receptores de los efectos de las potestades de imperio del mismo y en donde el ámbito personal de derechos en las relaciones de carácter general se ve atemperado, en orden al interés general.

En estos supuestos existe una relación cualificada con la administración que implica un debilitamiento de determinados ámbitos de derechos – con límites intrínsecos y extrínsecos que veremos- y que deviene en un obligatorio cumplimiento de las disposiciones que adopte la administración- patrono.

Dependiendo del tipo de vinculación con la administración sea voluntaria (caso de los servidores públicos) o impuesta por el ordenamiento (caso de las personas privadas de libertad) así será la modulación que por ejercicio de la potestad reglamentaria se podrá dar a los derechos respectivos en cada caso en particular.

Conforme a lo anterior, debe entenderse para el ejercicio legítimo de una relación de sujeción especial debe presentarse una norma de rango legal o reglamentario que permita incidir expresamente en la esfera jurídica del respectivo destinatario imponiéndole o restringiéndole determinadas conductas.

Debe destacarse que las indicadas incidencias en el ámbito de las personas destinatarias – en el caso del presente informe las personas servidoras- puede tener un carácter absoluto, sea determinando o prohibiendo determinada conducta o relativa, en tanto que la afectación puede ser parcial o temporal, según sea la necesidad pública respectiva.

Se configurará así una relación jurídica en la cual un sujeto activo -el Estado o un ente público – por medio de un vínculo jurídico – la norma- impone a un sujeto pasivo- la persona servidora- una obligación de hacer o no hacer, que se en el deber de soportar consecuentemente los efectos del indicado acto de alcance general y cuyo incumplimiento le puede generar una responsabilidad administrativa.

Se evidencia consecuentemente una limitación a priori y legítima de la libertad personal de los sujetos destinatarios, sobre la cual resulta válido el ejercicio de control, tanto de constitucionalidad como de legalidad, toda vez que se entiende presente una instrumentalidad de su ejercicio en orden al interés público.

Con lo anterior, estimamos oportuno indicar que las potestades de la Administración en una relación de sujeción especial no son absolutas ni ilimitadas, sino que necesariamente deberán atemperarse conforme determinadas reglas para su ejercicio válido y legítimo.

Con respecto a este tema, la Sala Constitucional ha precisado que: "Desde el dictado de la sentencia No. 1992-01696, esta Sala Constitucional ha sostenido, en múltiples ocasiones, que la relación de empleo público es una relación de derecho público o estatutaria, que tiene limitaciones inherentes en cuanto a la aplicación del derecho laboral común, de manera que no todas las liberalidades del patrono son posibles. De igual manera, la Constitución Política de 1949 marca el momento a partir del cual el régimen laboral público toma vigor en el ordenamiento jurídico, lo que conlleva un fuerte sometimiento a los artículos 11, 191 y 192 de la Constitución Política. Con anterioridad a 1949 la Constitución Política nada establecía respecto de la relación laboral entre el Estado y los servidores públicos. En este sentido, el Estado y el funcionario público se encuentra bajo una relación de sujeción especial, que sitúa al funcionario público en su relación laboral en una situación muy distinta al trabajador en una relación laboral común y, a su vez, la relación estatutaria tiene especiales alcances para la Administración Pública. En una relación estatutaria, el Estado tiene una relación preeminente sobre el funcionario público, que les vinculan durante toda la relación laboral pública y, a su vez, ésta queda regida por un ordenamiento jurídico público" (voto 3267-2012 de las 16:01 horas del 7 de marzo de 2012).

Sobre la existencia de una relación de sujeción especial en el caso de los servidores del Poder Judicial, el siguiente voto del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, con redacción del suscribiente como Juez Ponente, indicó lo siguiente:

"...Con respecto a los términos que se deben aplicar al presente caso, se debe tomar en consideración que las personas funcionarias del Organismo de Investigaciones Judiciales, al igual que el resto de los servidores del Poder Judicial, se encuentran vinculadas por una relación de sujeción especial, Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, Ley No. 5524 del 07 de mayo de 1974 (reformada por las leyes 7355 y 7331) y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 7333. Dichos cuerpos normativos establecen una serie de obligaciones funcionariales a todos sus servidores." (voto No. 39- 2015-V de las nueve horas con treinta minutos del nueve de abril del año dos mil quince)

En el caso del régimen de empleo público no es extraño indicar la vinculación de ese régimen de sujeción especial con el poder de mando y de dirección que ostenta el Estado- patrono, en tanto que orienta la actividad de la persona servidora al cumplimiento de los fines públicos, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria orientadora de la conducta de aquellos que materializan su voluntad, juicio o conocimiento de manera material o formal o contribuyen con su realización.

El fundamento normativo de esta relación de sujeción especial en nuestro país se encuentra en el artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública, que dispone lo siguiente:

"Artículo 14.-

- 1.- *Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.*
- 2.- *Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.*
- 3.- *El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones”.*

Conforme lo anterior, se advierte que, en nuestro país, cuando estamos en presencia de una relación de sujeción especial, no puede hablarse que la misma implique una negación absoluta de los derechos de la persona que se encuentra sujeta a su contenido, sino una restricción limitada a su ejercicio, sin que los ámbitos de libertad o autonomía de la voluntad lleguen a nulificarse.

Consecuentemente, la Administración podría en su condición patronal imponer determinadas condiciones a las personas servidoras – v.g. su forma de vestir con motivo del ejercicio del cargo, comportamiento fuera de las horas laborales, posibilidades de expresión políticas- más sin que ello implique un total abandono de la expresión de la particularidad de la persona servidora ni una irrupción en ámbitos restringidos o en el llamado núcleo duro de su libertad.

En este sentido, debe entenderse que la relación jurídico-administrativa de una situación de sujeción especial, necesariamente partirá de esa efectiva inserción del servidor en la esfera organizativa de la Administración y que tiene como consecuencia inmediata el respectivo sometimiento a un régimen singular y diferenciado en cuanto al ejercicio de algunos ámbitos de ejercicio de su libertad, con un delicado equilibrio del hasta dónde puede llegar la administración-patrono respecto del mismo.

Es en razón a lo anterior, que si bien puede partirse que al ingresar a la función pública, la persona servidora acepta el sometimiento a las reglas impartidas por la Administración en el caso en particular y el reconocimiento tácito de la existencia de esa relación de sujeción especial, debe realizarse necesariamente un juicio de ponderación en la procedencia o no de las limitaciones impuestas en la esfera jurídica del servidor-particular, toda vez que se debe graduar o atemperar la intensidad de la afectación, según sea el interés público en juego y los intereses jurídicos obligados a soportar la potestad de imperio de la Administración.....”

“Precisamente, el análisis realizado anteriormente sobre la relación estatutaria de los servidores públicos en nuestro país evidencia que de la misma emana la posibilidad de que la Administración imponga determinadas condiciones o reglas a quienes deseen ingresar en la función pública, fundadas en las regulaciones propias del derecho administrativo.

Lo anterior, sin obviar que la lógica esperable a cualquier tipo de patrono le es aplicable a la Administración, más en el entendido de que más allá de la lógica empresarial, en el caso del Estado-patrono, se buscará el cumplimiento de los fines públicos. En este sentido hablamos de que es esperable que las imposiciones derivadas de las relaciones de sujeción especial tendrán que ser siempre

orientadas al cumplimiento de los objetivos y fines de la respectiva administración y con el debido respeto al núcleo duro de la libertad de las personas servidoras.

Consecuentemente no es extraño a la Administración, que se indique que la misma cuenta con las siguientes potestades:

Potestad normativa: Conforme la cual, la Administración emite actos de alcance general, reglamentos, actos administrativos para regular de manera general y específica la relación de empleo.

Potestad de dirección: Mediante el cual la administración ordena y organiza la labor desplegada con motivo de la relación de empleo.

Potestad decisoria: Sobre el contenido mismo de la relación y la forma de prestación de las actividades de la persona servidora.

Potestad ordenatoria: Ordenando los factores propios de la prestación del servicio y disponiendo el cómo prestarla dentro de los límites propios del ejercicio legítimo del ius variandi de la relación.

Potestad de control, traducida en la posibilidad de establecer medidas de vigilancia y control para con la persona servidora.

Potestad disciplinaria: ejercida por los órganos competentes y previo debido proceso ante la determinación de la verdad real del cumplimiento de una falta por parte de la persona servidora.

En el caso de la administración pública, la Ley General de la Administración Pública es clara al establecer el ejercicio de dichas potestades de la siguiente manera:

“Artículo 102.- El superior jerárquico tendrá las siguientes potestades:

a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente;

b) Vigilar la acción del inferior para constatar su legalidad y conveniencia, y utilizar todos los medios necesarios o útiles para ese fin que no estén jurídicamente prohibidos;

c) Ejercer la potestad disciplinaria;

d) Adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley y a la buena administración, revocándola, anulándola o reformándola de oficio, o en virtud de recurso administrativo;

e) Delegar sus funciones y avocar las del inmediato inferior, así como sustituirlo en casos de inercia culpable, o subrogarse a él ocupando temporalmente su plaza mientras no regrese o no sea nombrado un nuevo titular, todo dentro de los límites y condiciones señalados por esta ley; y

f) Resolver los conflictos de competencia o de cualquier otra índole que se produzcan entre órganos inferiores.

“Artículo 104.-

1. En silencio de la ley, el jerarca podrá nombrar, disciplinar y remover a todos los servidores del ente, de conformidad con los artículos 191, 192 y de la Constitución Política...

Artículo 105.-

1. La potestad de ordenar y dirigir la conducta del inferior mediante órdenes, instrucciones o circulares será necesaria y suficiente para la existencia de la relación jerárquica, salvo limitaciones expresas del ordenamiento.

2. Las otras potestades arriba enumeradas podrán darse sin que exista la jerarquía, pero su presencia hará presumir ésta, salvo que de la naturaleza de la situación o de su régimen de conjunto se desprenda lo contrario.

Artículo 107.-

1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo.

2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato”.

Es en razón de estas potestades que la Administración traduce sus decisiones formales en conductas controlables jurisdiccionalmente y mediante las cuales determina conforme al interés público, la realización o no de determinadas conductas por parte de la persona servidora, más en el entendido de que dichas manifestaciones de voluntad deben ser coherentes con la naturaleza propia del servicio, los objetivos institucionales y en general lo siguiente:

a.- El cumplimiento propio de los principios del servicio público. Conforme a lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública, la actividad de los servidores debe estar orientada a dichos principios, por lo que el ejercicio de las potestades de la administración en ejercicio de la relación de sujeción especial debe tener el indicado referente. En este sentido, la indicada ley señala:

“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”.

b.- El cumplimiento del interés público: En este sentido, las potestades de la Administración deben ser orientadas hacia el cumplimiento del fin público y, por ende, las disposiciones que regulan la relación de empleo de la misma con sus servidores deben tener este norte.

En este sentido, el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública dispuso lo siguiente:

“Artículo 113.-

1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. *En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.*

c.- El administrado como eje del servicio público: Conforme a lo anterior, las conductas desplegadas por la Administración deben orientar la actuación de los servidores públicos hacia la prestación del servicio de manera idónea hacia las personas servidoras.

En este orden de ideas, la Ley General de la Administración Pública señala lo siguiente:

“Artículo 114.-

1. El servidor público será un servidor de los administrados, en general, y en particular de cada individuo o administrado que con él se relacione en virtud de la función que desempeña; cada administrado deberá ser considerado en el caso individual como representante de la colectividad de que el funcionario depende y por cuyos intereses debe velar.

2. Sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan para el servidor, considérase, en especial, irregular desempeño de su función todo acto, hecho u omisión que por su culpa o negligencia ocasione trabas u obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados”.

d.- El cumplimiento del ordenamiento jurídico de manera integral: La actuación de la administración en general y de los servidores en particular deberá necesariamente deberá tener presente el cumplimiento el ordenamiento jurídico, por lo que los lineamientos de la Administración y el ejercicio de sus potestades patronales y sus disposiciones invasivas de los ámbitos propios de las personas que prestan sus servicios para ella deberán tomar en consideración la siguiente norma:

“ARTÍCULO 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal por sus actos es pública. La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. La ley señalará los medios para que este control de resultados y rendición de cuentas opere como un sistema que cubra todas las instituciones públicas”.

e.- La probidad en el ejercicio de la función pública: Conforme a lo anterior, el ejercicio de las potestades en manifestación de las relaciones de sujeción especial, siempre deben ir orientadas hacia la probidad y la transparencia en la función pública. En este sentido, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito señala:

“Artículo 3º-Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud

y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente”.

Lo anterior no implica que no existan más referentes adicionales en cuanto al límite fundamental en el ejercicio de las potestades con motivo

No es óbice indicar que, en el caso del Poder Judicial, existe fundamento normativo para que, mediante el ejercicio de potestad reglamentaria o normativa, se puedan crear relaciones de sujeción especial, para con sus personas servidoras.

En este sentido, el artículo 103 de la Ley General de la Administración Pública dispone lo siguiente:

“Artículo 103.-

1. El jerarca o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo y el poder de organizar ésta mediante reglamentos autónomos de organización y de servicio, internos o externos, siempre que, en este último caso, la actividad regulada no implique el uso de potestades de imperio frente al administrado.”

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone lo siguiente:

“Artículo 48.- La Corte Suprema de Justicia es el Tribunal Superior del Poder Judicial y como órgano superior de éste ejercerá las funciones de gobierno y de reglamento.

Artículo 59.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia:

7.- Promulgar, por iniciativa propia o a propuesta del Consejo Superior del Poder Judicial, los reglamentos internos de orden y servicio que estime pertinentes”.

Conforme a lo anterior, el ejercicio de la potestad reglamentaria para la emisión de normas generales de organización y servicio en el Poder Judicial es evidente y conforme a lo anterior, es procedente que, en ejercicio de una relación de sujeción especial, se establezcan disposiciones de carácter general que tengan incidencia en la esfera jurídica de las personas servidoras judiciales.

De manera adicional a las anteriores consideraciones, debe tomarse en consideración que la adopción de medidas de carácter general en ejercicio de la relación de sujeción especial no puede ser contraria a las reglas de la ciencia y la técnica.

En este sentido, la Ley General de la Administración Pública señala 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.

2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad”.

En razón de lo anterior, resulta legítimo que la Administración adopte decisiones respecto de las personas servidoras que puedan impactar su ámbito individual y su esfera jurídica de libertades, más en el entendido que las determinaciones que realice de alcance general deben respetar los indicados principios y no ser contrarias a las reglas de la ciencia y la técnica.

Este es un referente fundamental para el objeto del presente criterio, toda vez que el análisis a realizar deberá atender si lo que disponga la Administración resulta o no acorde con la ciencia y la técnica y si consecuentemente, es procedente que se imponga una obligación de hacer a las personas servidoras y devenga una consecuencia en caso de su incumplimiento...”

En este sentido, en el informe de esta Dirección Jurídica N° C- 263-2021, remitido en correo electrónico del 19 de mayo de 2021 se reitera las consideraciones realizadas en el criterio de oficio DJ-C-389-2020 de 29 de junio de 2020 sobre la obligatoriedad en el uso de mascarillas en la sede de trabajo y se adicionan otras consideraciones, de la siguiente manera:

En este orden de ideas, estimamos oportuno mencionar el criterio de esta unidad asesora DJ-C-389-2020 de 29 de junio de 2020, en donde nos pronunciamos sobre la procedencia de obligar al uso de mascarilla en la sede de trabajo, con motivo de la determinación de su obligatoriedad por el Ministerio de Salud.

En este sentido, se indicó:

“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 posibilitó 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...”

Conforme a lo anterior y según las reglas de la ciencia y la técnica y el cumplimiento del principio de legalidad, corresponderá a la Comisión Técnica respectiva y al Ministerio de Salud determinar cuándo podría ser obligatoria la vacunación y la procedencia de tal decisión administrativa y por ende en el marco de las competencias propias del ordenamiento, no sería procedente que un órgano del Poder Judicial emita un acto administrativo en tal sentido, máxime si el mismo tiene incidencia directa en la esfera directa en la autonomía de la voluntad de los servidores- administrados.

Si llegare a ocurrir tal decisión por el órgano técnico sí se procedente que la falta de cumplimiento legal indicado pudiera tener consecuencias negativas para la persona servidora

remisa, previo debido proceso, en tanto que incumpliría una obligación legal y pondría en situación de riesgo

En tanto deberá acatarse las disposiciones complementarias y atinentes dispuestas por el Ministerio de Salud, que hasta este momento se han estimado suficiente y pertinentes para prevenir el contagio del COVID-19, y que se contemplan en los lineamientos respectivos de la indicada cartera ministerial.

Se considera que nuevamente debe imperar el criterio técnico del Ministerio respectivo y si este ha determinado que con las medidas adoptadas – aforos, uso de mascarilla, restricciones, etc- es suficiente por el momento para la prevención respectiva, más el auto cuidado, no sería procedente que se pretendiera adoptar medidas restrictivas de las libertades públicas no dispuestas por los órganos competentes según el ordenamiento jurídico y sin un criterio técnico que así descalifique lo dispuesto en tal sentido.

Debe consecuentemente respetarse la *lex artis* y las valoraciones que técnicamente se puedan hacer, tanto en los efectos complementarios del acto médico – iatrogenia negativa necesaria o innecesaria-, para determinar que, al día de hoy, no es procedente obviar lo considerado técnicamente sobre la obligatoriedad de la vacunación respectiva. Lo anterior sin perjuicio de que, si llegare a estimarse necesario tal procedimiento médico por los órganos competentes, indistintamente de lo que personalmente pueda considerarse respecto de la vacunación, sí sería procedente la obligatoriedad de su aplicación.

Inclusive estima esta unidad asesora que dependiendo de una eventual, futura e incierta decisión administrativa sobre la obligatoriedad de la inoculación de la vacuna contra el COVID-19 siempre debería ponderarse en determinados grupos la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida y atendiendo que si hubiese un criterio médico sobre su improcedencia en un caso en particular por una especial situación de salud debidamente documentada y fundada, deberá adoptarse medidas alternas o complementarias según sea el caso.

Lo anterior, también es aplicable a los funcionarios del Organismo de Investigación Judicial, por no existir aun técnicamente la obligatoriedad de aplicación de la vacuna, conforme se ha indicado anteriormente y en el entendido que privan los mecanismos definidos por el Ministerio de Salud como obligatorios.

Como se advierte, el indicado Ministerio prevé dos tipos de mecanismos de protección a saber:

Los voluntarios, fundamentalmente en el tema de auto cuidado y vacunación.

Los obligatorios, fundamentalmente en lo que corresponde a uso de mascarillas, distanciamiento social, aforos y otras restricciones.

Dado lo anterior, a pesar de la disponibilidad de vacunación para el personal del Organismos de Investigación Judicial, no podría darse carácter obligatorio sin criterio técnico previo de órgano competente a lo que se ha estimado de cumplimiento voluntario.

Únicamente corresponderá seguir velando por que se cumplan los lineamientos “LS-CS-009. Lineamiento general para propietarios y administradores de Centros de Trabajo por COVID-19” y demás disposiciones del Ministerio de Salud sobre el tema.

Como se ha indicado, diferente sería la situación, inclusive como parte de la relación de sujeción especial de los servidores, en orden a la salud ocupacional y los respectivos deberes funcionariales, si se llegare a determinar la obligatoriedad de vacunación contra el COVID-19 por parte del respectivo Ministerio.

Lo anterior no excluye el deber de todo servidor que tenga los síntomas de reportar su situación y evitar situaciones de contagio a sus compañeros y compañeras y personas usuarias, conforme lo dispuesto en el artículo 81 del Código de Trabajo que prevé como falta grave:

“h. Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representantes en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando;”

Esta norma es de aplicación supletoria a los servidores públicos y por ende sería procedente la aplicación de una sanción disciplinaria de demostrarse la falta de cumplimiento de los respectivos deberes funcionariales de cumplimiento de las disposiciones del Consejo Superior y de la Corte Suprema de Justicia, además de ser contrario al principio de buena fe que ilumina la relación de la persona servidora con la Administración- patrono y para con sus compañeros y compañeras...”

De conformidad con lo anterior, resulta jurídicamente procedente que el Poder Judicial imponga el deber de demostración de haberse vacunado, mediante un acto de alcance general en donde se comunique lo anterior mediante publicación a toda la población judicial y en el entendido que el deber de cumplimiento formará parte de la relación de sujeción especial entre las personas servidoras y el Poder de la República.

Es de relevancia indicar que los deberes dichos devienen de la relación de sujeción especial existente entre las personas servidoras y el Poder Judicial y como tal, en la adopción de un acto administrativo de carácter general por parte del Consejo Superior, se podría hacer de conocimiento dicha obligatoriedad, dando un término razonable para su cumplimiento.

Conforme el análisis realizado anteriormente, puede determinarse lo siguiente:

- Existe una obligación fundada en una competencia legal de vacunación para el caso de las personas servidoras públicas, toda vez que dicho deber de cumplimiento fue así dispuesto por el órgano competente en la materia.
- Existe la posibilidad de que la Administración Pública pueda ordenar – que no obligar- a las personas servidoras públicas a cumplir la obligación legal indicada, dentro del marco de su relación de sujeción especial.
- No obstante, el tratamiento de la obligación de cumplimiento indicada no puede desatender el tratamiento particularizado que debe realizar la Administración de cada caso de las personas servidoras que opten por no cumplir la orden específica, el debido proceso administrativo y ante todo los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

No es óbice indicar que al estimarse lo dispuesto por la Comisión Nacional de Vacunación como una obligación, dispuesta en el ejercicio de sus competencias e institucionalizada mediante acuerdo de Consejo Superior, deviene un necesario deber de cumplimiento, ante el cual no es oponible el mero parecer de la persona servidora o su resistencia como tal, sino existe un motivo científico, médico o técnico que así lo impida en su caso en particular.

Es relevante indicar que no se advierte en la doctrina médica sería algún argumento que determine que la inoculación de la vacuna sea per se lesiva a la persona en su salud como tal, ni que tenga otros propósitos que combatir una situación de la naturaleza con efectos globales.

De manera adicional es necesario indicar que la eventualidad de una iatrogenia negativa innecesaria (consecuencia dañosa de un acto médico legítimo, no esperable en el caso en particular) tampoco legitima la resistencia a las órdenes del órgano, dado que su misma naturaleza imprevisible y poco frecuente no hace esperable que necesariamente el uso de la vacuna genere per se un resultado adverso, salvo criterios médicos en situaciones debidamente diagnosticadas previamente en cada caso en concreto.

VIII.- Sobre las consecuencias en la relación de empleo del no cumplimiento de lo dispuesto por la Comisión Nacional de Vacunación y el consiguiente acuerdo de Consejo Superior:

Al existir un deber de cumplimiento dispuesto por el órgano competente establecido por ley y al partirse de la existencia de un acto administrativo de alcance general que disponga el deber de demostración de dicha obligación, debe entenderse que las personas servidoras judiciales tienen un deber funcional que debe ser acatado con eventuales consecuencias en su esfera jurídica en caso de incumplimiento.

En este orden de ideas, la persona servidora judicial tiene una gama de deberes funcionariales de obligatorio cumplimiento que se evidencian del ordenamiento que regula las relaciones de empleo del Poder Judicial en particular y de las personas servidoras públicas en general, así como las regulaciones propias del Código de Trabajo.

Es menester recordar que el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública dispone en su literalidad:

- "1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.*
- 2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.*
- 3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia."*

Conforme a lo anterior, debe advertirse que además de estas obligaciones generales de la persona servidora judicial, debe determinarse la existencia de un sustento normativo para cualquier decisión de orden disciplinario.

Sobre la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, es de relevancia el voto 2016-2057, indicó lo siguiente:

"En relación con el fundamento y límites constitucionales al ejercicio del ius puniendi estatal en el campo sancionatorio administrativo, en sentencia No. 2006-013329 de las 17:32 hrs. del 06 de setiembre de 2006, este Tribunal consideró lo siguiente:

***"III.-Potestad sancionatoria de la Administración** Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de un ius puniendi estatal que se justifica en la necesidad de tutelar bienes jurídicos de importancia para la colectividad. De esa potestad genérica del Estado derivan tanto la potestad sancionatoria administrativa como la sancionatoria penal. En cuanto a la potestad sancionatoria de la Administración, presupuesto básico para la legitimidad de la norma que se impugna, esta Sala ha señalado:*

"El primer cuestionamiento de este aparte, obedece a la añeja discusión sobre si la Administración pública puede aplicar normas punitivas, discrepancia que hace mucho tiempo fue superada en el propio Derecho Administrativo, a saber, la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, por lo demás, vigente en diversos sectores de nuestro ordenamiento. En efecto, la facultad legal -contenida en este caso por el artículo 65 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Proyecto)- que permita a la Administración el conocimiento y juzgamiento de las infracciones administrativas, no invade el campo de la función jurisdiccional, ni tampoco el ejercicio de ésta, pues existen sustanciales diferencias entre las facultades administrativas y las jurisdiccionales, sin que pueda afirmarse que en el caso de examen las normas cuestionadas irrespetan tales diferencias."(Sentencia 1995-03929 de las quince horas veinticuatro minutos del dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco)

Este Tribunal ha afirmado que la satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es

la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. En los Estados democráticos, se estima que ese poder punitivo es y debe ser la última ratio, lo que obliga a un uso prudente y racional del sistema sancionador. De esta forma se acepta que no sólo el Estado no puede pretender resolver todos los problemas de los ciudadanos y de la sociedad en general a través de la sanción, sino que tampoco puede tener poderes ilimitados para hacerlo. En ese sentido se habla del principio de utilidad, que exige la relevancia del bien jurídico tutelado y la idoneidad del medio para tutelar ese bien jurídico. Toda prohibición sin estos elementos se considera injustificada e ineficaz. La potestad sancionadora no es pues, un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales. (Sentencia 2000-08191 de las quince horas tres minutos del trece de setiembre del dos mil)

IV.-Principios que rigen el sistema sancionatorio administrativo. En cuanto a los principios aplicables al régimen sancionatorio administrativo, se ha establecido que éstos tienden a asimilarse a los que rigen en el Derecho Penal, pues, ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado e implican la restricción o privación de derechos, con la finalidad de tutelar ciertos intereses. Tanto las normas sancionatorias administrativas como las penales poseen una estructura y funcionamiento similar: la verificación de la conducta prevista produce como consecuencia jurídica una sanción. **El Derecho de la Constitución impone límites al derecho sancionador, que deben ser observados tanto en sede penal como en la administrativa; ciertamente, en este último caso con determinados matices que se originan en la diversa naturaleza de ambos:**

"Como reiteradamente ya ha señalado esta Sala, al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativas a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar -en sede administrativa- al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales. Así, ya esta Sala ha señalado que "todas esas normas jurídicas, derivadas de la Constitución Política como modelo ideológico, persiguen ni más ni menos que la realización del fin fundamental de justicia que es el mayor de los principios que tutela un Estado de Derecho, en la que se incluyen reglas -principios generales- que tienen plena vigencia y aplicabilidad a los procedimientos administrativos de todo órgano de la Administración, se reitera, pues, los principios que de ella se extraen son de estricto acatamiento por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador."(resolución N° 1484-96) "...las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del

ordenamiento punitivo del Estado."(resolución N° 3929-95). Así, la tendencia inequívoca de este Tribunal ha sido pronunciarse a favor de la aplicación, aunque ciertamente con variaciones, de los principios rectores del orden penal al derecho administrativo sancionador, de manera que resultan de aplicación a las infracciones administrativas mutatis mutandis los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad propios de los delitos." (Sentencia 2000-08193 de las quince horas cinco minutos del trece de setiembre del dos mil) "

En lo referente, específicamente, a los principios de legalidad y de tipicidad, en ese mismo voto se indicó lo siguiente:

"V.-Principio de tipicidad en los ilícitos administrativos. Propiamente en relación con la esfera del derecho administrativo sancionador, se ha recalcado la importancia del respeto al principio de tipicidad, el cual, si bien es cierto, no tiene la rigurosidad que se exige en el campo del derecho penal; resulta una garantía indispensable para los administrados, que deben tener certeza respecto de cuáles conductas son prohibidas y cuál es la consecuencia de ese incumplimiento. Resulta violatorio tanto del principio de legalidad como del principio de tipicidad, la construcción de tipos sancionatorios que dejen a la Autoridad sancionatoria la determinación antojadiza del contenido de la prohibición:

"VI.-Potestad sancionatoria de la administración y proyección del principio de legalidad. El principio de legalidad en materia penal (artículo 39 de la Constitución), se traduce en la reserva absoluta de ley, de manera que la predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones aplicables debe emanar de normas con rango de ley, la cual debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso, satisfacer plenamente el principio de tipicidad, que excluye la aplicación de la analogía desfavorable al acusado, así como la interdicción de la costumbre como fuente de derecho sancionador. Además, apareja la garantía del principio conocido como non bis in ídem, consagrado en el artículo 42 constitucional. Y si bien el principio de legalidad en materia sancionatoria cobra su mayor entidad en el orden penal, es indudable que las garantías constitucionales que le acompañan también extienden sus alcances al campo de las infracciones administrativas, lo que no significa un automático traslado en idénticas condiciones, pues la especificidad de la actuación administrativa y la diversidad de las sanciones aplicables hacen que la aplicación de este sistema de garantía adquiera sus propios matices. "

Se constata, de esta forma, que esta Sala ha reconocido que los principios de legalidad y tipicidad rigen, ineludiblemente, la materia sancionatoria administrativa, aunque no con la misma rigurosidad o severidad que en el ámbito penal. En sentencia No. 2006-015490 de las 17:11 hrs. del 25 de octubre de 2006, esta Sala aclaró al respecto que:

"II.-Sobre la jurisprudencia de la Sala. Las diferencias entre la potestad sancionatoria administrativa y la potestad disciplinaria han ocupado a esta Sala en diversas ocasiones, pero más aún, han permitido a esta Sala analizar que el principio de reserva legal de las infracciones y sanciones administrativas no necesita - como sugiere la accionante - de una ley para establecer las consecuencias a cada una de las infracciones a los deberes considerados como leves en un determinado régimen jurídico. Precisamente esta Sala considera que el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando es de naturaleza administrativa

o de una relación administrativa de sujeción especial, difiere en su aplicación de la severidad de las normas penales que contiene el ordenamiento jurídico. En el caso que nos ocupa, se trata de la potestad disciplinaria o correctiva del Estado sobre las personas físicas o jurídicas que participan directa o indirectamente en los mercados de valores, quienes están sujetos a las atribuciones de la Superintendencia General de Valores de regular, supervisar y fiscalizar estas actividades comerciales en el país. El artículo 161 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, ya transcrito arriba, tiene dos particularidades que esta Sala estima necesario resaltar, como lo es, el valor residual de las infracciones leves (que es lo que se reclama), las cuales constituyen actos u omisiones que infringen la Ley Reguladora del Mercado de Valores y sus reglamentos, y finalmente, que no deben estar tipificadas como infracciones graves o muy graves. Ahora bien, de la doctrina que se extrae de las sentencias de esta Sala, se permite encontrar los fundamentos para establecer la legitimidad constitucional de normas sancionatorias como la que está en discusión en este caso.

Partiendo de estos supuestos, la Sala Constitucional mediante la sentencia No. 2001-07690 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del diez de agosto del dos mil uno, estableció sobre la potestad sancionatoria administrativa lo siguiente:

"IV.-De importancia para la resolución de este asunto debe indicarse que el principio de tipicidad es una aplicación del principio de legalidad y exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su sanción. Sin embargo, esta Sala ha reconocido que en materia administrativa disciplinaria, no se aplica el principio de tipicidad en la misma forma que se hace en materia penal, de conformidad con el artículo 39 constitucional. Lo anterior, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado. De manera que el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes, sin necesidad de que estén detalladas o tipificadas concretamente. Así las cosas, los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos. "

Finalmente, en sentencia No. 2011-6976 de las 13:22 hrs. del 27 de mayo de 2011, este Tribunal reiteró:

"(...) Ahora bien, como ya indicó este Tribunal en las sentencias transcritas en el considerando anterior, la materia sancionatoria administrativa, a diferencia de la penal, demanda un grado mayor de flexibilidad, motivo por el que la aplicación de un principio como el de la tipicidad del delito solo resulta factible si se hace con matices. Esto se debe a la específica situación material sobre la que actúa el derecho administrativo sancionador, la cual afecta el modo en que se aplica el principio de tipicidad. Así, el derecho penal, mediante el cual se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, guarda relación específica con los delitos, cuya sanción, la pena, debe estar establecida en la ley con respecto al hecho incriminado, excluyendo, por su generalidad, toda posibilidad de referencia a los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o las cláusulas abiertas o indeterminadas; si

la conducta no está plenamente definida no hay pena. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador, a la Administración le está encomendada la salvaguardia de una generalidad de intereses así como la sanción de aquellas conductas que de alguna forma los perjudiquen. Debido a semejante diversidad, resulta jurídicamente imposible elaborar una descripción exhaustiva y cerrada de todas y cada una de las conductas que podrían constituir una infracción. Incluso, una labor tendente a tan irrealizable meta generaría, más bien, un severo daño al cabal cumplimiento de la labor protectora y fiscalizadora de la Administración, porque con seguridad dejaría por fuera muchas conductas contrarias a los intereses cuyo cuidado le compete, es decir, la mayoría de ellas quedaría impune. Tal dificultad deviene más evidente, habida cuenta de la indefinición misma de los deberes cuyo incumplimiento se ha de sancionar, y de la relación tan prolongada e intensa que une a los administrados con la Administración. Ahora bien, el principio de tipicidad exige una predeterminación normativa tanto de las conductas como de las sanciones, de modo que el Administrado pueda tener suficiente certeza de que comportamientos constituyen infracciones administrativas y en qué forma vienen a ser sancionados. Como señaló la Sala en el voto número 2000-08193, no cabe la simple habilitación legal, si esta carece de un contenido material propio que delimite los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionatorias. Con ello, quedan descartadas como legítimas las normas que pretenden tipificar como infracción "el incumplimiento de la presente regulación" o la "infracción a los deberes y obligaciones generales", toda vez que una descripción con tal nivel de apertura traslada al órgano sancionador la tarea -que podría ejercer a su entero arbitrio- de determinar cuáles acciones son susceptibles de sanción. Así las cosas, el ejercicio del derecho administrativo sancionador no es una tarea que se desenvuelva en el puro arbitrio de la Administración, sino que básicamente consiste en una función jurídica de aplicación de un régimen normativo, lo que evidentemente presupone la posibilidad de encuadrar el comportamiento investigado en un tipo predeterminado legalmente y de determinar con certeza el grado y tipo de sanción aplicable. Sin embargo, en el derecho administrativo sancionador, por la especificidad de la labor administrativa y la consecuente diversidad de conductas comprendidas, se requiere que el principio de tipicidad se aplique de manera atemperada, esto es, de un modo no tan riguroso, pues de lo contrario le sería imposible a la Administración cumplir con los fines que se le han sido encomendados."

"V..SOBRE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA EXIGENCIA DE CULPABILIDAD. Esta Sala Constitucional en su jurisprudencia, ha caracterizado a la potestad sancionadora de la administración como una manifestación del ius puniendi estatal, sin embargo, también la ha diferenciado de la potestad sancionadora de carácter penal. En la sentencia No. 2009 – 011416 de las 14:47 hrs. de 22 de julio de 2009, este Tribunal indicó lo siguiente:

"(...) Esta Sala en reiteradas oportunidades ha establecido que la potestad sancionadora de la Administración se justifica en el ejercicio del ius puniendi estatal que tiene como fundamento el principio de legalidad. Tanto en el campo penal como en el administrativo, el Estado tiene la potestad de castigar ciertas conductas antijurídicas justificadas en la necesidad de tutelar bienes jurídicos de

importancia para la colectividad. De esta manera la materia sancionatoria está reservada a la ley, independientemente de si su naturaleza es penal o administrativa. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, nacional y extranjera, en forma reiterada, al aceptar la tesis de que los principios inspiradores del orden penal son aplicables al derecho administrativo sancionador -con ciertos matices- partiendo de la existencia de una afinidad entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En ambas materias, por su naturaleza punitiva, es necesario garantizar la seguridad jurídica, para que tanto el individuo como el Estado, sepan a qué atenerse y cuál es su campo de acción, estableciendo claramente el legislador constituyente que el establecimiento de estas reglas está reservada exclusivamente al legislador. (Sentencia 2006-001034 de las catorce horas treinta y nueve minutos del uno de febrero del dos mil seis). En este sentido este Tribunal en sentencia 2000-8191 de las quince horas tres minutos del trece de septiembre del dos mil estableció:

“... la satisfacción de intereses comunes en una sociedad, requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Es la potestad sancionadora el instrumento a través del cual se busca proteger estos intereses. En los Estados democráticos, se estima que ese poder punitivo es y debe ser la última ratio, lo que obliga a un uso prudente y racional del sistema sancionador. De esta forma se acepta que no sólo el Estado no puede pretender resolver todos los problemas de los ciudadanos y de la sociedad en general a través de la sanción, sino que tampoco puede tener poderes ilimitados para hacerlo. En ese sentido se habla del principio de utilidad, que exige la relevancia del bien jurídico tutelado y la idoneidad del medio para tutelar ese bien jurídico. Toda prohibición sin estos elementos se considera injustificada e ineficaz. La potestad sancionadora no es pues, un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales”. Ante esto esta Sala ha considerado que el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando es de naturaleza administrativa o de una relación administrativa de sujeción especial, difiere en su aplicación de la severidad de las normas penales que contiene el ordenamiento jurídico (...)” (2009-011416 de las 14:47 hrs. de 22 de julio de 2009) (el énfasis no pertenece al original).

De forma similar, en la resolución No. 2011 – 009849 de las 16:07 hrs. de 2011, esta Sala explicó:

“(...) la naturaleza jurídica de la potestad administrativa difiere de la que le asigna la ley al juez para imponer la pena con motivo de un ilícito penal. La doctrina entiende que la potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente y por sus fines de la potestad punitiva penal, porque ésta protege al orden social colectivo y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros objetivos legítimos), un fin retributivo abstracto, expiatorio, y correctivo o resocializador en la persona del delincuente. En cambio, la potestad sancionadora de la Administración está dirigida a la propia protección más que a otros fines sociales generales, lo que quiere decir que su eficacia solo afecta a quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no a los ciudadanos en abstracto. Ese tipo protección

presente en la sanción administrativa está ordenado hacia fines determinados que se supone de importancia para la comunidad, y se dirige, como el principio de legalidad, a crear y mantener un orden de conducta indispensable para que la acción pública realice los fines que el ordenamiento jurídico le encomienda (...)” (el énfasis no pertenece al original).

En lo que respecta a la exigencia de dolo o culpa en la comisión de infracciones o faltas de carácter administrativo, en la resolución No. 2013 – 010819 de las 15:00 hrs. de 14 de agosto de 2013, se detalló:

“(…) Entre la tipificación de delitos y la de infracciones administrativas median diferencias sustanciales. En este sentido, las normas penales tienen un fin preventivo, de manera que advierten que ejecutar una determinada conducta traerá como consecuencia recibir una sanción concreta; en la mayoría de los tipos penales el resultado es fundamental. Por el contrario, los tipos sancionatorios administrativos son en su mayoría formales, es decir, no atienden necesariamente al resultado. Asimismo, en el tipo penal está absolutamente presente el elemento subjetivo, es decir, la conducta culpable; en los tipos administrativos, la conducta tiene una importancia mucho menor. Si bien algunos tipos de naturaleza administrativa exigen la determinación de dolo o culpa, la regla general es que ello no es necesario (...)” (el énfasis no pertenece al original).

De los pronunciamientos transcritos se desprende que pese a considerarse la potestad sancionatoria de la Administración una manifestación de la potentia puniendi estatal, los principios rectores de la materia sancionatoria penal no le son aplicables de forma irrestricta, admitiéndose excepciones fundamentadas en las particularidades del Derecho Administrativo Sancionador y de las funciones de la Administración. Así, la exigencia de dolo o culpa en el actuar del infractor no es una regla absoluta, misma que puede ser obviada por el legislador, atendiendo a las circunstancias. (Sala Contitucional, resolución número 2017-16208 de las nueve horas quince minutos del 10 de octubre del 2017, el resaltado no es del original)

En el mismo sentido, el voto N° 2015-001781 de las once horas y treinta y cinco minutos del seis de febrero de dos mil quince, señaló con mayor claridad lo siguiente:

“III. - Sobre el reclamo por infracción a los principios de seguridad jurídica y tipicidad en materia sancionatoria administrativa.- Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de un ius puniendi estatal que se justifica en la necesidad de tutelar bienes jurídicos de importancia para la colectividad. De esa potestad genérica del Estado derivan tanto la potestad sancionatoria administrativa como la sancionatoria penal. En relación con la esfera del derecho administrativo sancionador, en anteriores oportunidades, este Tribunal ha recalcado la importancia del respeto al principio de tipicidad, el cual, si bien es cierto, no tiene la rigurosidad que se exige en el campo del derecho penal, resulta una garantía indispensable para los administrados, que deben tener certeza respecto de cuales conductas son prohibidas y cuál es la consecuencia de ese incumplimiento. Asimismo, la Sala ha considerado que resulta violatorio, tanto del principio de legalidad como del principio de

tipicidad, la construcción de tipos sancionatorios en los cuales se deje a la autoridad administrativa, la determinación antojadiza del contenido de la prohibición. Por lo anterior, este Tribunal ha insistido en que la descripción normativa concreta y precisa de la conducta sancionable, es también de necesaria aplicación a las infracciones administrativas, aun cuando la definición del tipo utilice conceptos cuya delimitación permita un cierto margen de apreciación, sin que lleguen al extremo de habilitar a la Administración para actuar con excesivo arbitrio. (Sentencias, entre otras, número 2000-08193, de las quince horas con cinco minutos del trece de setiembre de dos mil; número 2006-13334, de las diecisiete horas y treinta y siete minutos del seis de septiembre del dos mil seis; número 2010-021265, de las catorce horas y siete minutos del veintidós de diciembre del dos mil diez; número 2012-005926, de las quince horas cinco minutos del nueve de mayo de dos mil doce).

IV. - *El artículo 41 discutido, establece de forma precisa una consecuencia jurídica que asocia al acaecimiento de ciertos supuestos de hecho claramente determinados en la norma, de modo que no existe ningún resquicio para ejercicio de alguna arbitrariedad. Dicha norma incluso fue ya revisada por la Sala respecto de otro de sus incisos menos determinado aun que el que ahora se conoce y al respecto en la sentencia número 2001-06015 se dijo:*

“III.- SOBRE EL FONDO. El accionante reclama que la norma impugnada vulnera el principio de tipicidad y constituye una norma penal en blanco, porque la conducta calificada como objeto de la sanción no está precisada, lo que permite la libre interpretación del juez o de la Administración. Alega que al disponer la revocatoria del permiso por las causales que establezca la ley, en forma general, sin indicar a cual ley se refiere, crea incerteza jurídica. No obstante lo anterior, esta Sala en reiteradas ocasiones, ha considerado que el principio de tipicidad en materia disciplinaria, no se aplica de la misma forma que en el Derecho Penal, por cuanto las condiciones para ambos son diferentes. En primer término, las conductas a sancionar en materia disciplinaria, no son reserva de ley, por lo que pueden ser establecidas vía reglamento, en virtud de la potestad reglamentaria de algunos órganos. Además, en esta materia surge la necesidad de utilizar conceptos jurídicos indeterminados o de remitir a otras leyes, las cuales deberán interpretar y aplicar los órganos encargados, ya que las faltas sancionables lo son en razón del incumplimiento de deberes y cada una de esas conductas pueden variar y tener diferentes niveles de gravedad, lo que hace imposible su tipificación. En ese sentido, no resulta inconstitucional la utilización de normas abiertas para sancionar conductas en el régimen de disciplinario, siempre que estos conceptos permitan ser concretados (ver en igual sentido las sentencias 12402-04, 9685-2001, 7631-2001, 9389-2001, 454-2001, 1265-95, 5594-94 y 1877-90). En el presente caso, el accionante alega que la norma es abierta porque remite a la ley, sin indicar cuál es la conducta a sancionar, o cual es la ley a la que remite, lo cual a su juicio es contrario al principio de tipicidad. Sin embargo, tal como se indico líneas atrás, la utilización de una norma abierta o la remisión a otra ley en materia administrativa disciplinaria, no resulta inconstitucional, dada la dificultad material que existe para definir con exactitud todas y cada una de las conductas que pueden ser consideradas como causales para la revocatoria de un permiso o concesión de transporte público. Por otra parte, hay que tomar en cuenta, que en materia administrativa existe una amplia

gama de normas y principios que conforma el Derecho Administrativo, las cuales deben ser aplicadas e interpretadas por los diferentes órganos y entes de la Administración, en forma integral y no aisladamente. Específicamente, en el caso de los permisos o concesiones de transporte público, existen diferentes normas relacionadas con su otorgamiento, control y eliminación, por lo que es posible encontrar varias normas, en las que se contemplen distintas clases de causales de revocatoria, sin que estas sean excluyentes. En consecuencia, al momento de aplicarse dichas normas deben, necesariamente, analizarse en conjunto e incluso hacer remisiones a otras leyes, a fin de evitar contradicciones entre sí. Así las cosas, no es contrario al Derecho de la Constitución, la remisión a la ley que establece la norma impugnada.

Con fundamento en lo anterior, una vez analizada la prescripción normativa recogida en el inciso a) del artículo 41 de la Ley 7593, se observa que la misma contiene los elementos esenciales que se han exigido de este tipo de normas sancionadoras, a saber: un sujeto activo —el prestador del servicio público-, la conducta -reiteración de las conductas especificadas en el artículo 38 de la misma Ley- y la consecuencia punitiva -revocatoria de la concesión o permiso-. Por su parte, la revisión del texto del artículo 38 inciso a) de misma Ley citada permite concluir que se trata de otra norma de rango legal -que además, pertenece a la misma Ley número 7593- y que describe colige claramente la conducta que se quiere reprobado y que es “el cobro de tarifas o precios distintos de los fijados o el cobro de una tarifa no fijada previamente por la Autoridad Reguladora”. En virtud de lo anterior, este Tribunal considera que el presupuesto de hecho para la existencia de una infracción administrativa, está debidamente encuadrada y predeterminada legalmente, por lo se descarta tanto la lesión del principio de tipicidad como el de seguridad jurídica, en tanto que existe un curso de acción contenido y predeterminado dentro de un marco normativo, para el ejercicio del poder público, con lo cual las personas tienen claro y saben a qué atenerse respecto de las actuaciones estatales....”

En el mismo sentido, la Sala Primera ha reconocido la aplicación de estos principios en los procedimientos administrativos:

“Es importante destacar, en primer término, que el régimen de sanciones aplicable en materia tributaria comparte los principios propios del derecho administrativo sancionador, como manifestación del poder punitivo del Estado. Desde esta perspectiva, y con los matices que le imprimen las particularidades derivadas del ejercicio y cumplimiento de las funciones públicas, resultan aplicables los principios y garantías del Derecho Penal, tal y como ha sido reconocido por la propia Sala Constitucional. Resultan de especial relevancia las exigencias propias de los principios de legalidad (y por ende, como corolario de este, el de tipicidad) y de culpabilidad. De acuerdo con el primero, la conducta desencadenante de la sanción debe estar contenida, de previo, en una norma de rango legal, al menos en cuanto a sus elementos determinantes. Lo anterior con la finalidad de garantizar el cumplimiento del principio constitucional de seguridad jurídica, a fin de que los particulares puedan tener conocimiento de las consecuencias que una conducta específica conlleva. Ahora bien, la forma particular en que se tipifica un comportamiento incide de manera directa en

cuanto al segundo principio, sea el de culpabilidad. Esto, por cuanto, si bien ciertas faltas se erigen a partir de la concurrencia de un elemento subjetivo (dolo o culpa), existen otras donde el punto medular gira alrededor del incumplimiento mismo del deber impuesto por el ordenamiento, con total abstracción de criterios como la culpa y el dolo. En el primer caso, el ente u órgano dotado de la potestad sancionatoria debe acreditar que la conducta del contribuyente, sea esta activa u omisiva, es reprochable. Se trata de un régimen de naturaleza subjetiva, en donde, para que le sea imputable la sanción, no basta que se dé la conducta descrita en la norma, sino que, además, se requiere que en el procedimiento administrativo se compruebe la culpa o el dolo en el actuar. No obstante lo anterior, tal y como se adelantó, a pesar de lo dispuesto en los numerales citados (71 y 72 del CNPT), lo cierto es que el legislador incluyó, en forma concomitante, faltas que bien podrían denominarse objetivas, al no estar estructuradas en torno a un elemento subjetivo. En este segundo supuesto, y a diferencia de lo recién expuesto, el único requisito que se debe comprobar es que exista una disconformidad entre la conducta desplegada por el sujeto pasivo y la exigida por el ordenamiento jurídico. Se trata de una constatación objetiva, donde no es preciso valorar si ha mediado culpa o dolo del contribuyente o responsable tributario, sino que lo determinante es el resultado” (Sala Primera, resolución número 115-F-S1-2010 de las ocho horas cincuenta minutos del veintidós de enero del 2010)

Conforme a lo anterior, debe tomarse en consideración que, si bien existe una aplicación de principios inherentes a cualquier materia sancionatoria, en materia de aplicación del principio de tipicidad, debe hacerse un dimensionamiento en cuanto a su aplicación en materia administrativa.

En lo referente al principio de tipicidad es evidente que su tratamiento debe ser modulado en el entendido de que la persona servidora posee una serie de deberes funcionariales de obligatorio cumplimiento y cuyo desacato puede generar consecuencias jurídicas adversas.

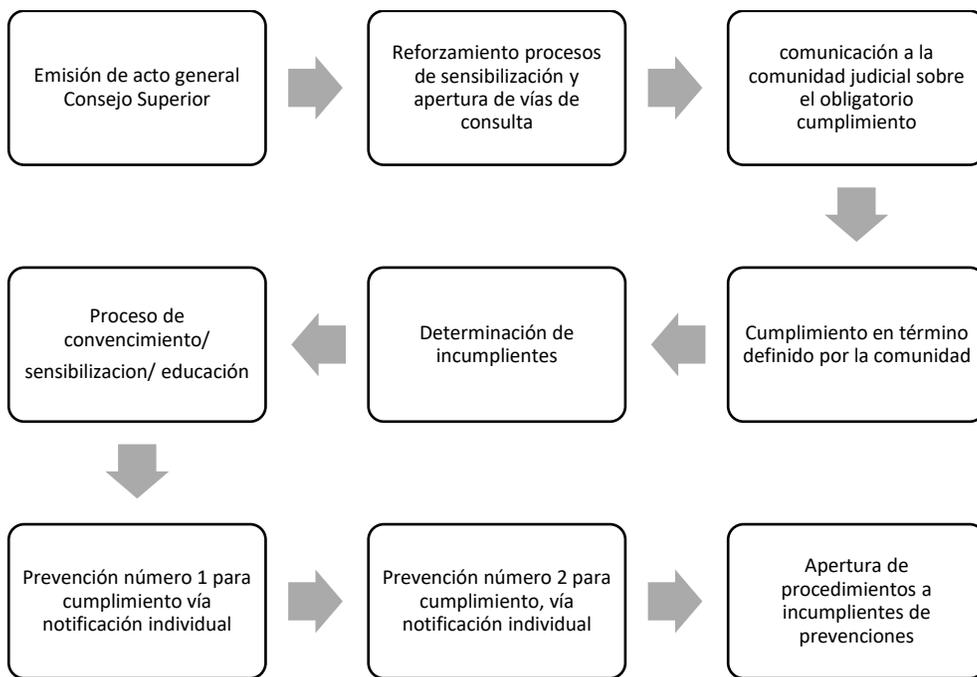
En este orden de ideas, se advierte que hay fundamento normativo suficiente como para determinar la existencia de conductas de carácter obligatorio para las personas servidoras conforme lo dispuesto por la Comisión Nacional de Vacunación, toda vez que de existir un acto administrativo de carácter general que lo acoja, estaría fundado en el marco normativo citado ut supra y consecuentemente le sería aplicable la siguiente disposición del Código de Trabajo:

“Artículo 81: Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo: (...)

h). Cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar en perjuicio del patrono, las normas que este o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento de las labores que se estén ejecutando. (...)”

Estima esta unidad asesora que esta norma establece la posibilidad de la vacuna contra el COVID-19 debe ser entendida como una medida preventiva para evitar una enfermedad que puede impactar no solo a las personas servidoras, sino también a sus compañeros y compañeras de trabajo y personas usuarias.

De un análisis de la referida norma se advierte que la misma requiere el elemento reiteración para que pueda operar sus consecuencias adversas hacia la persona servidora. Consecuentemente sólo podría generarse responsabilidad disciplinaria, en tanto haya reiteración en cuanto a la conducta omisiva. En este sentido, recomendamos el siguiente procedimiento a seguir para la determinación de la aplicación de lo acordado por la Comisión Nacional de Vacunación:



Debe advertirse que esta unidad asesora recomienda e incorpora previo al ejercicio de una eventual potestad administrativa sancionadora, un proceso técnico y accesible de convencimiento, sensibilización y educación a las personas servidoras remisas.

Estima esta unidad asesora que por la trascendencia del juicio de ponderación necesario en el tratamiento de derechos eventualmente en colisión y además aplicando el previo test de legalidad en la decisión administrativa, debe entenderse que la aplicación de un procedimiento sancionatorio debe ser la última ratio, debiendo acudir prioritariamente a medidas alternativas que en lugar de aplicar la coerción; persuadan, informen y sensibilicen a las personas servidoras renuentes.

La combinación de estos mecanismos alternativos y viables con la necesaria prevención previa a las personas renuentes, garantizará que la decisión de apertura de un procedimiento

administrativo ordinario no sea lesiva de los derechos de la parte a ser escuchada y tomada en consideración, inclusive ex ante el inicio del mismo.

Se estima que al ser el Poder Judicial una Institución respetuosa de la diversidad de opiniones, al menos debe darse la oportunidad efectiva, real y cierta de que las personas servidoras tengan oportunidad de tener conocimiento pleno de los criterios técnicos, la necesidad y conveniencia de la vacunación y además de las eventuales consecuencias negativas de su resistencia a cumplir lo ordenado por la Administración.

Lo planteado es conteste con lo indicado por la propia Sala Constitucional sobre el procedimiento idóneo a seguir ante la situación que origina el presente criterio, en tanto señala:

“X.- La parte recurrente insistió en que se le aplique la vacunación obligatoria sin que medio un consentimiento informado en el que se indique a los pacientes qué se trata de un medicamento experimental. Al respecto, es preciso señalar que las autoridades sanitarias competentes en la materia han rechazado que se trate un medicamento experimental, tal y como se señaló supra. En un segundo orden de ideas, convendría destacar que el reconocimiento a la necesidad de que se otorgue un consentimiento informado parte del reconocimiento de los derechos de autonomía e información de los pacientes. Es decir, sobre la base de la información proporcionada por su médico tratante, un paciente opta por aceptar o rechazar una prestación médica. En el caso concreto, como se ha examinado, existen suficientes disposiciones que legitiman la obligatoriedad de la vacuna, por lo que la autonomía, en tales supuestos, se ve disminuida en aras de tutelar el interés y el bienestar general, a saber, la salud pública (art. 21 de la Constitución Política, art. 1° de la Ley General de Salud y normativa sobre vacunación supra citada). Ello no obsta para enfatizar que en todos los casos se debe respetar el derecho a la información de todas las personas a las que se les somete a esta vacunación obligatoria. Sobre el particular, conviene citar nuevamente el Manual de Procedimientos para la ejecución de vacunación contra COVID-19 en los establecimientos de salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, que exige justamente velar por el derecho a la información de los usuarios y que dispone lo siguiente:

“8.6 Información al usuario :

La educación al usuario debe de ser obligatoria antes, durante y después de la vacunación:

- Antes de vacunar se debe de realizar consejería y educar a la persona a vacunar, se debe preguntar si padece de alguna alergia, si está embarazada, si es una persona anticoagulada (uso de Heparina o Warfarina). Ya que en caso de cualquiera de estas condiciones la vacunación debe ser intramuros.

-Es de suma importancia explicar al usuario cuál vacuna se le aplicó (Si Pfizer/BioNTech o AstraZeneca) e indicarle que la segunda dosis que se le tiene que aplicar debe ser la misma.

Además, se debe reiterar al paciente la importancia de cumplir con la fecha de aplicación de la segunda dosis tal y como se le indica.

-Anotarle en el carné de vacunación el tipo de vacuna y la fecha de aplicación de la primera y de la segunda dosis.

-Brindar información al usuario sobre los beneficios de recibir la vacuna y sobre los principales efectos secundarios y la importancia de consultar a los servicios de salud en caso de que durante las 3 semanas posteriores a la vacunación presenten dificultad para respirar, dolor en el pecho, visión borrosa o doble, hematomas únicos o múltiples, machas rojizas o violáceas, hinchazón o dolor de una pierna, dolor abdominal persistente, dolor de cabeza intenso o que empeoran más después de 3 días de vacunación).

-Información sobre efectos secundarios reportados y sobre los que podrían presentarse cuando la misma empiece a aplicarse de manera masiva en la población. Y la forma en que se deben de notificar en caso de que alguno de ellos se presente después de vacunados.

-En el caso de la vacuna AstraZeneca, se debe indicar a la persona vacunada la importancia de notificar al igual que con la vacuna de Pfizer algún efecto adverso por medio de los canales ya conocidos.”

De lo anterior se concluye que las autoridades están instruidas sobre la obligación de respetar el derecho a la información de los pacientes, y no consta que hayan omitido lo necesario para que haya sido ejercido. En consecuencia, se desestima este extremo del recursos....” (voto N° 2021018809 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno).

No puede obviarse que el procedimiento administrativo lo que busca es la verdad real de los hechos, por lo que en caso de existir necesidad de instaurar procedimientos administrativos por el no acatamiento de demostrar el cumplimiento del deber de vacunación debe tomarse en consideración:

- El procedimiento instaurado no tiene necesariamente un carácter sancionador, sino que tiene como fin determinar la verdad real si la persona servidora está realmente vacunada o no.
- El procedimiento podría determinar o bien que la persona no está vacunada del todo, o está vacunada parcialmente o simplemente hizo caso omiso de la disposición de vacunación, a pesar de así estarlo. En razón de lo anterior, debe incorporarse en la valoración la necesidad de realizar conclusiones proporcionales según la circunstancia objetiva de cada caso.
- Dentro del procedimiento administrativo la Administración tendrá la carga de probar que la persona servidora no cumplió con su deber de demostrar que cumplió la disposición de estar debidamente vacunada, no estimándose procedente una reversión de la carga de la prueba.
- La apertura del procedimiento no debe dar lugar a que terceros tengan acceso a una posible situación de la persona servidora, en tanto que opera el principio de inocencia y de modo alguno dicha situación jurídica puede generar un trato discriminatorio, desigual o afectar la imagen de la persona parte en el procedimiento.

Complementario con lo anterior se advierte que sería conveniente que los órganos competentes en materia de salud ocupacional, a efecto de que también como sustento normativo, le sean aplicables a cualquier decisión administrativa las siguientes normas:

“Artículo 214.- Sin perjuicio de otras obligaciones que este Código impone, en relación con los riesgos del trabajo, el patrono asegurado queda también obligado a:

(...)

d. Adoptar las medidas preventivas que señalen las autoridades competentes, conforme a los reglamentos en vigor, en materia de salud ocupacional”

“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.”

“Artículo 284. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones de este Código, será obligación del patrono:

(...)

c. Cumplir con las normas, y disposiciones legales y reglamentarias sobre salud ocupacional.

(...)”

Debido a lo anterior, sería deseable que también el uso de la vacuna forme parte del cuadro propio de la salud ocupacional, con base en el siguiente artículo del Código de Trabajo:

“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.”

No obstante, de no aplicarse este supuesto, se reitera que es aplicable el artículo 81 h del Código de Trabajo en cuanto a los deberes funcionariales de las personas servidoras judiciales y siendo además aplicable las siguientes consideraciones hechas en el criterio emitido anteriormente por esta unidad asesora en cuanto a la aplicación de la Ley General de la Administración Pública a las obligaciones de las personas servidoras públicas, en cuanto a las siguientes normas:

“Artículo 105.-

1. La potestad de ordenar y dirigir la conducta del inferior mediante órdenes, instrucciones o circulares será necesaria y suficiente para la existencia de la relación jerárquica, salvo limitaciones expresas del ordenamiento.

2. Las otras potestades arriba enumeradas podrán darse sin que exista la jerarquía, pero su presencia hará presumir ésta, salvo que de la naturaleza de la situación o de su régimen de conjunto se desprenda lo contrario.

Artículo 107.-

1. Todo servidor público estará obligado a obedecer las órdenes particulares, instrucciones o circulares del superior, con las limitaciones que establece este Capítulo.

2. El servidor no estará obligado a obedecer cuando el acto no provenga de un superior jerárquico sea o no inmediato”.

Es importante indicar que el incumplimiento de lo dispuesto en cuanto al deber de demostración del cumplimiento de la obligación de vacunación, no entraña per se, una sanción determinada como es el despido.

Lo anterior, en tanto que, como corresponde en materia de administración pública, procedería la realización previa del debido proceso administrativo y siendo así que la sanción eventual debe ser razonable, proporcional y necesaria, según las circunstancias objetivas de cada caso, y tomando en consideración la siguiente norma:

“Artículo 213.-A los efectos de determinar la existencia y el grado de la culpa o negligencia del funcionario, al apreciar el presunto vicio del acto al que se opone, o que dicta o ejecuta, deberá tomarse en cuenta la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía del funcionario y más técnicas sus funciones, en relación al vicio del acto, mayor es su deber de conocerlo y apreciarlo debidamente”.

No es dable y resulta ilegal una solución jurídica a priori en materia sancionatoria de manera generalizada sin tomar en consideración que la responsabilidad administrativa solo surge con la existencia de dolo o culpa grave.

Lo anterior, en tanto que la norma no prevee la existencia de una sanción administrativa despido ante la mera comisión de la conducta, o sea una responsabilidad objetiva, sino que debe ser complementada con las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública que contempla un juicio de reproche subjetivo en cuanto a la conducta realizar, o sea la determinación de responsabilidad subjetiva.

Finalmente debe tomarse en consideración que el mismo cuerpo normativo de análisis, exige que ex ante, se excluya de la vacunación a todas aquellas personas que demuestren mediante criterio técnico que por su particular condición, dicha actividad podría ser contraproducente con su salud.

IX.- Sobre la tutela autodeterminación informativa en el caso de análisis:

Para esta unidad asesora resulta relevante destacar la necesidad de un cuidadoso tratamiento de la información interorganica será para efectos de determinar quienes no cumplieron con su obligación de demostrar que poseen las vacunas respectivas y no de quienes sí cumplieron con la disposición del Ministerio de Salud.

En este sentido, la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, Ley N° 8968, indica:

“1.- Datos sensibles

Ninguna persona estará obligada a suministrar datos sensibles. Se prohíbe el tratamiento de datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, entre otros.

Esta prohibición no se aplicará cuando:

c) El tratamiento se refiera a datos que la persona interesada haya hecho públicos voluntariamente o sean necesarios para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial.

d) El tratamiento de los datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un funcionario o funcionaria del área de la salud, sujeto al secreto profesional o propio de su función, o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto....”

Conforme a lo anterior, se recomienda que la unidad encargada de recibir, procesar y preparar la información atinente a las personas vacunadas y no vacunadas, sea el área de salud del Poder Judicial y que la información recabada parte del consentimiento de las personas que brindan la información de que se comparta eventualmente esa información con los órganos decisores, de ser necesario y exclusivamente para efectos de aplicación del decreto en mención.

Cualquier documento que deba firmar las personas con motivo del cumplimiento de lo anterior, deberá tomar en consideración lo siguiente:

- Deberá informar de manera clara, legible y accesible los alcances del documento, los efectos del mismo tanto en cuanto a la comunicación a órganos decisores sobre el cumplimiento de lo ordenado, como el motivo por el cual se rubrica.
- Deberá consignar de manera explícita del consentimiento para suministrar y compartir la información y del derecho que posee a no suministrar la información, determinando eso sí, las consecuencias que podrían devenir si la administración no determina el cumplimiento de la obligación de vacunación.
- Deberá clarificar cuales órganos tendrán acceso a la información, donde y como se custodiará, los fines de la misma, la razón su recopilación.
- Deberá indicarse que si bien la información que suministra es un dato sensible, es entendido que tiene el deber de suministrarlo de conformidad con el artículo 9.1.d) de la Ley 8968.

- Deberá ser rubricado por la persona servidora.

Recomendamos que al final del proceso se comuniquen a las instancias respectivas aquellas personas que sí brindaron información sobre su vacunación, a efectos de que, mediante el descarte respectivo, se pueda determinar quienes, por no haber brindado información, estar renuentes a la vacunación, etc, no cumplieron con la obligación **de informar** sobre el cumplimiento de lo que sea dispuesto por el Consejo Superior.

X.- Sobre límites invocados por las personas servidoras:

Resulta de relevancia hacer referencia adicional a algunas objeciones que deben realizarse al deber de vacunación en orden a dos supuestos, a saber:

- La objeción de conciencia
- La situación de una persona servidora que, por una situación particular en su salud, se entienda en situación de riesgo con motivo de los procesos de vacunación.

Con respecto a estos dos supuestos, la Sala Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“V.- Sobre el caso concreto. Ante todo, se debe subrayar que, según explicó el Ministro con base a lo indicado por el Secretario Técnico de la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología de la Dirección de Vigilancia de la Salud, ambos del Ministerio de Salud, las vacunas que se aplican en el país, contra el coronavirus COVID-19, no son medicamentos en fase experimental.

VI.- Sobre el marco normativo que rige esta materia. En primer término, el Código Civil dispone lo siguiente:

“Art. 46.- Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia (...)”.

La Ley General de Salud, en relación con las competencias del Ministro de Salud ordena lo siguiente:

“Art. 345. 3. Declarar obligatorios la vacunación contra ciertas enfermedades, así como ciertos exámenes o prácticas que se estimen necesarios para prevenir o controlar enfermedades”.

De otra parte, respecto a las obligaciones de los administrados, la referida ley señala lo siguiente:

“Art. 147.- Toda persona deberá cumplir con las disposiciones legales o reglamentarias y las prácticas destinadas a prevenir la aparición y propagación de enfermedades transmisibles.

Queda especialmente obligada a cumplir:

(...)

c. Las medidas preventivas que la autoridad de salud ordene cuando se presente una enfermedad”.

La vacunación es justamente una medida preventiva para evitar la propagación de una enfermedad transmisible.

El artículo 3, de la Ley Nacional de Vacunación señala:

“(…) De conformidad con la presente Ley, son obligatorias las vacunaciones contra las enfermedades cuando lo estime necesario la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, que se crea en esta Ley, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social.

Las vacunas aprobadas deberán suministrarse y aplicarse a la población, sin que puedan alegarse razones económicas o falta de abastecimiento en los servicios de salud brindados por instituciones estatales.

Estas vacunas aprobadas se refieren al esquema básico oficial que se aplique a toda la población, y a las vacunas para esquemas especiales dirigidos a grupos de riesgo específicos.

La Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología deberá elaborar una lista oficial de vacunas, que se incluirá en el Reglamento de la presente Ley. La lista podrá ser revisada y analizada periódicamente, atendiendo los frecuentes cambios tecnológicos en este campo (...)” (el énfasis no pertenece al original).

En consonancia con esto, el artículo 6 del mismo cuerpo normativo, en sus incisos a), b) y e), reconoce como funciones y objetivos de la Comisión de Vacunación y Epidemiología:

“(…) a) Garantizar la obligatoriedad y gratuidad de las vacunas y el acceso efectivo de toda la población a ellas (...) b) Formular los lineamientos políticos y estratégicos generales sobre vacunación, aplicables en el sector salud (...) e) Definir, conjuntamente con las autoridades del sector salud del país, los esquemas y las vacunas referidos en el artículo 3° de la presente Ley (...)”.

A la luz de lo expuesto, no es posible afirmar que el principio de reserva de Ley en la regulación de los derechos fundamentales haya sido vulnerado, toda vez que la aplicación obligatoria de la vacuna contra el coronavirus COVID-19, en el personal de salud, fue definida por la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, conforme a las potestades otorgadas por la Ley Nacional de Vacunación. Esto llevó a que se emitiera el Decreto N° 42889-S “Reforma Reglamento a la Ley Nacional de Vacunación” (Decreto Ejecutivo No.32722-S de 20 de mayo de 2005) en aras de incluir la vacuna en cuestión en el esquema nacional de vacunación. Asimismo, en ejercicio de las mismas facultades, en el artículo 2, del Decreto N° 42889-S, se estableció la obligatoriedad de “(...) la vacuna del Covid-19 para el personal establecido por la Comisión Nacional de Vacunación, en las sesiones extraordinarias número VII-2021 del 16 de febrero del 2021 y VIII del 23 de febrero de 2021 (...)”. Así las cosas, la inclusión de la vacuna en contra del coronavirus COVID-19 en el esquema nacional de vacunación y su carácter obligatorio para el personal de salud, debe ser entendida a la luz de lo dispuesto por la Ley Nacional de Vacunación, que define el marco general regulatorio en la materia.

VII.- Debe destacarse que la vacunación obligatoria para los supuestos de COVID-19 no es absoluta, sino que, como se señaló, el propio decreto contempla la posibilidad de que la persona presente una contraindicación médica. Debe agregarse que es público y notorio que las autoridades de la CCSS han publicitado los “Manuales de Procedimientos para la ejecución de vacunación contra COVID-19 en los establecimientos de salud de la Caja Costarricense de Seguro Social”, en los cuales se han explicado justamente cuáles son las contraindicaciones médicas para la vacunación. En la primera versión de dicho manual se consignaron las siguientes contraindicaciones:

“No administre la vacuna Pfizer-BioNTech COVID-19:

-A personas con antecedentes de una reacción alérgica moderada o grave a cualquiera de los componentes de la vacuna Pfizer-BioNTech COVID-19.

-A personas con antecedentes de reacción alérgica moderada o grave documentada a alimentos, medicamentos o vacunas; a menos de que cuente con referencia de médico especialista que indique que se puede vacunar.

En caso de haya indicación de vacunar, esta se realizará en sitios de vacunación intramuros, con acceso a servicio de emergencias en caso de requerir tratamiento de anafilaxia.

-No se administre en Embarazo ni en Lactancia.

-No se administre la segunda dosis en pacientes que hayan hecho una reacción alérgica leve, moderada o severa durante la aplicación de la primera dosis de esta vacuna.”

En el más reciente Manual (Código GM-DDSS-ASC-SAVE-18122020, versión 07) de junio de 2021, con la actualización de las vacunas autorizadas en nuestro país, se dispuso lo siguiente:

“Contraindicaciones: No administre la vacuna Pfizer-BioNTech COVID-19: -A personas con antecedentes de una reacción alérgica a cualquiera de los componentes de la vacuna Pfizer-BioNTech COVID-19. A personas con antecedentes de reacción alérgica moderada o grave documentada a alimentos, medicamentos o vacunas; a menos que cuente con referencia de médico especialista que indique que se puede vacunar. En caso de haya indicación de vacunar, esta aplicación se realizará en sitios de vacunación intramuros, con acceso a servicio de emergencias en caso de requerir tratamiento de anafilaxia. - Embarazo -Lactancia Materna

• Nota: En el caso de mujeres de cualquiera de los grupos de priorización que se encuentren en periodo de lactancia materna y deseen vacunarse por el beneficio que pueden tener con esta intervención, la CNVE acordó que se les debe explicar que no existen estudios en esa población y que se desconocen por lo tanto los riesgos de la aplicación de la vacuna y que para proceder a la vacunación debe firmarse el documento correspondiente que evidencie que ha recibido la información necesaria por parte del personal de salud para la toma de decisión de vacunarse, valorando riesgo/beneficio. No debe de presentar certificados de lactancia, ni debe de dejar de dejar de dar lactancia a su hijo o hija. Se les puede aplicar vacuna AstraZeneca o vacuna de Pfizer según disponibilidad en el vacunatorio respectivo. (...). Las personas que reciben la primera dosis de la vacuna para COVID-19 de AstraZeneca deben completar el esquema con la vacuna de AstraZeneca. • Contraindicación: -Hipersensibilidad a la sustancia activa o a cualquiera de los componentes de la vacuna. - Embarazo -Lactancia Materna Nota: En el caso de mujeres de cualquiera de los grupos de priorización que se encuentren en periodo de lactancia materna y deseen vacunarse por el beneficio que pueden tener con esta intervención, la CNVE acordó que se les debe explicar que no existen estudios en esa población y que se desconocen por lo tanto los riesgos de la aplicación de la vacuna y que para proceder a la vacunación debe firmarse el documento correspondiente que evidencie que ha recibido la información necesaria por parte del personal de salud para la toma de decisión de vacunarse, valorando riesgo/beneficio. No debe de presentar certificados de LM, ni debe de dejar de dejar de dar lactancia a su hijo o hija. Se les puede aplicar

vacuna AstraZeneca o vacuna de Pfizer según disponibilidad en el vacunatorio respectivo.”

Es decir, las personas amparadas y los médicos que les examinen podrían determinar cuándo se está ante la presencia de condiciones que desaconsejen médicamente la vacunación. Por lo demás, si bien podría existir algún margen de duda sobre la duración de la eficacia de la vacuna o el periodo de protección que ofrece, ello no resulta un motivo legítimo para rechazar la inmunización.

Lo significativo es que, a partir de lo anterior, se acreditan elementos para hacer operativa la posibilidad de que las personas aleguen contraindicaciones médicas para rechazar la vacuna en cuestión y, de este modo, proteger su derecho a la salud.

VIII.- Asimismo, este Tribunal no puede obviar la prueba aportada en otros recursos de amparo, por ejemplo, los expedientes 21-008192-0007-CO y 21-008767-0007-CO (tenidos ad effectum videndi) en los que consta que las autoridades de la CCSS dictaron la circular n.º GG-1156-2021 de 16 de abril de 2021, mediante la cual la Gerencia General regula la aplicación institucional del decreto ejecutivo N°42889-S sobre la obligatoriedad de la vacuna del COVID-19.

Dicha circular dispone de varias etapas. Por ejemplo, se reitera que las personas trabajadoras deberán vacunarse, con excepción de aquellos funcionarios que, por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna. Además, en caso de negativa, las autoridades deben seguir una serie de pasos: 1) la prevención al funcionario; 2) el análisis de las condiciones de salud ocupacionales de cada uno de los trabajadores y 3) la determinación de responsabilidades. En dicha fase se examinan las justificaciones por parte del trabajador, el informe de un equipo clínico conformado por el médico de atención integral al trabajador y el responsable de inmunizaciones, para finalmente, valorar la posibilidad de abrir un procedimiento administrativo. En virtud de lo anterior, se acredita también un margen para que los trabajadores justifiquen ante las instancias patronales la negativa a recibir la vacunación en virtud de contraindicaciones médicas.

En conclusión, queda claro que el marco normativo es suficiente y razonable, y su respeto busca garantizar la salud de las personas singulares y la salud pública.

IX.- La parte recurrente insistió en que se le aplique la vacunación obligatoria sin que medio un consentimiento informado en el que se indique a los pacientes qué se trata de un medicamento experimental. Al respecto, es preciso señalar que las autoridades sanitarias competentes en la materia han rechazado que se trate un medicamento experimental, tal y como se señaló supra. En un segundo orden de ideas, convendría destacar que el reconocimiento a la necesidad de que se otorgue un consentimiento informado parte del reconocimiento de los derechos de autonomía e información de los pacientes. Es decir, sobre la base de la información proporcionada por su médico tratante, un paciente opta por aceptar o rechazar una prestación médica. En el caso concreto, como se ha examinado, existen

suficientes disposiciones que legitiman la obligatoriedad de la vacuna, por lo que la autonomía, en tales supuestos, se ve disminuida en aras de tutelar el interés y el bienestar general, a saber, la salud pública (art. 21 de la Constitución Política, art. 1° de la Ley General de Salud y normativa sobre vacunación supra citada). Ello no obsta para enfatizar que en todos los casos se debe respetar el derecho a la información de todas las personas a las que se les somete a esta vacunación obligatoria. Sobre el particular, conviene citar nuevamente el Manual de Procedimientos para la ejecución de vacunación contra COVID-19 en los establecimientos de salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, que exige justamente velar por el derecho a la información de los usuarios y que dispone lo siguiente:

“8.6 Información al usuario:

La educación al usuario debe de ser obligatoria antes, durante y después de la vacunación:

- Antes de vacunar se debe de realizar consejería y educar a la persona a vacunar, se debe preguntar si padece de alguna alergia, si está embarazada, si es una persona anticoagulada (uso de Heparina o Warfarina). Ya que en caso de cualquiera de estas condiciones la vacunación debe ser intramuros.

-Es de suma importancia explicar al usuario cuál vacuna se le aplicó (Si Pfizer/BioNTech o AstraZeneca) e indicarle que la segunda dosis que se le tiene que aplicar debe ser la misma.

Además, se debe reiterar al paciente la importancia de cumplir con la fecha de aplicación de la segunda dosis tal y como se le indica.

-Anotarle en el carné de vacunación el tipo de vacuna y la fecha de aplicación de la primera y de la segunda dosis.

-Brindar información al usuario sobre los beneficios de recibir la vacuna y sobre los principales efectos secundarios y la importancia de consultar a los servicios de salud en caso de que durante las 3 semanas posteriores a la vacunación presenten dificultad para respirar, dolor en el pecho, visión borrosa o doble, hematomas únicos o múltiples, machas rojizas o violáceas, hinchazón o dolor de una pierna, dolor abdominal persistente, dolor de cabeza intenso o que empeoran más después de 3 días de vacunación).

-Información sobre efectos secundarios reportados y sobre los que podrían presentarse cuando la misma empiece a aplicarse de manera masiva en la población. Y la forma en que se deben de notificar en caso de que alguno de ellos se presente después de vacunados.

-En el caso de la vacuna AstraZeneca , se debe indicar a la persona vacunada la importancia de notificar al igual que con la vacuna de Pfizer algún efecto adverso por medio de los canales ya conocidos.”

De lo anterior se concluye que las autoridades están instruidas sobre la obligación de respetar el derecho a la información de los pacientes, y no consta que hayan omitido lo necesario para que haya sido ejercido. En consecuencia, se desestima este extremo del recurso.

X.- En lo relativo al alegato sobre la presunta violación al derecho a la objeción de conciencia es pertinente recordar que ciertamente esta Sala Constitucional ha reconocido la objeción de

conciencia, como un derecho fundamental (ver la Sentencia No. 2020-01619 de las 12:30 horas de 24 de enero de 2020), también indicó en el aludido pronunciamiento, lo siguiente:

“(...) hay que tener presente una premisa fundamental, y una constante histórica, en el sentido de que no hay derechos fundamentales absolutos, excepto el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, por consiguiente, el derecho a la objeción de conciencia tiene límites y limitaciones y, en aquellos casos, en los que entra en colisión con otro derecho fundamental se debe recurrir al principio de la concordancia práctica y, por consiguiente, es menester hacer un juicio de ponderación entre los derechos que están en conflicto (...)”

Sin embargo, la obligatoriedad de la vacunación contra el coronavirus COVID-19, implica una colisión entre el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la salud individual y de la comunidad en general (interés público subyacente, que llevó a la toma de la medida). Respecto de la legitimidad en general del fin que persigue el establecer el carácter obligatorio de una vacuna, esta Sala Constitucional en la Sentencia N° 2020-0019433 de las 09:20 horas de 9 de octubre de 2020, claramente señaló:

“(...) esta Sala ha reconocido, en primer lugar, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas, y, en segundo lugar, que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas (...)”

Los criterios que tomó en cuenta la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, para definir el carácter obligatorio de la vacuna para el personal de salud, según fueron detallados en el oficio N° MS-CNVE-102-2021, mediante el cual se comunicó al Ministro de Salud, la decisión tomada en la sesión extraordinaria N° VII-2021 del 16 de febrero de 2021, fueron Los criterios que tomó en cuenta la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, para definir el carácter obligatorio de la vacuna para el personal de salud, según fueron detallados en el oficio No. MS-CNVE-102-2021, mediante el cual se comunicó al Ministro de Salud, la decisión tomada en la sesión extraordinaria No. VII-2021 del 16 de febrero de 2021, fueron: “(...) 1-Que es personal que atiende directa o indirectamente pacientes covid-19 o personas de alto riesgo para enfermar y morir por este virus. 2-Tienen un riesgo laboral de enfermar de covid-19. 3-Someten a las personas que van a ser atendidas a un riesgo de enfermar por covid-19. 4-Al lograr vacunar a toda la población de estas instituciones, que no tienen contraindicaciones para la vacunación, se está incidiendo en la pronta reactivación de los servicios de salud en general, reduciendo los costos inherentes a esta misma situación. 5- Al vacunar al personal de salud se previene que los hospitales e instituciones de salud sean una fuente de contagio para la sociedad (...)” La disposición tomada es idónea (pues se protege a los funcionarios, coadyuva a lograr una pronta reactivación de los servicios de salud en general, reduciendo los costos inherentes a la situación, además se previene que los hospitales e instituciones de salud, sean una fuente de contagio), necesaria (no existe otra alternativa o herramienta con igual o mayor eficacia para la consecución de estos propósitos: más de 1 año de medidas restrictivas,

distanciamiento social y, uso de mascarillas, en medio de tres olas pandémicas, lo confirman) y además es proporcionada en sentido estricto (en el tanto los beneficios que se genera a la sociedad en su conjunto – respecto del derecho a la vida, a la salud y el mejoramiento de las condiciones económicas, según se desprende de los objetivos de la medida – son mayores que la afectación que podría recibir el personal del servicio de salud; en este sentido, no debe perderse de vista la posición particular y especial que tienen los funcionarios de los servicios de salud, quienes se encuentran en la primera línea de la lucha y el tratamiento de la enfermedad, expuestos a un riesgo muchísimo mayor de contagio, que la generalidad).

Cabe además recordar que, la obligatoriedad de la vacunación contra el coronavirus COVID-19, para el personal de salud, no es absoluta, pues se estableció como excepción en el párrafo segundo del artículo 2 del Decreto No.42889-S:

“(…) Para cuando sean citados por los encargados para tal efecto y de acuerdo con la planificación institucional respectiva, las personas contempladas en el párrafo anterior deberán vacunarse, con excepción de aquellos funcionarios que, por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el Covid-19. Será responsabilidad del patrono tomar las medidas correspondientes de acuerdo con la legislación del país y la normativa institucional, en el caso de las personas que no quieran vacunarse contra covid-19 (…)” (el énfasis no pertenece al original).

En síntesis, esta Sala estima que en el presente caso no se dan los elementos que justifiquen invocar el derecho a la objeción de conciencia....” Voto N° 2021-012514 de las nueve horas y treinta y un minutos el primero de junio del dos mil veintiuno.

Complementario con lo anterior el voto N° 2021018809 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de agosto de dos mil veintiuno, indica lo siguiente:

“ X.- En lo relativo al alegato sobre la presunta violación al derecho a la objeción de conciencia es pertinente recordar que ciertamente esta Sala Constitucional ha reconocido la objeción de conciencia, como un derecho fundamental (ver la sentencia No. 2020-01619 de las 12:30 horas de 24 de enero de 2020), sin embargo, también indicó en el aludido pronunciamiento, lo siguiente:

“(…) hay que tener presente una premisa fundamental, y una constante histórica, en el sentido de que no hay derechos fundamentales absolutos, excepto el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, por consiguiente, el derecho a la objeción de conciencia tiene límites y limitaciones y, en aquellos casos, en los que entra en colisión con otro derecho fundamental se debe recurrir al principio de la concordancia práctica y, por consiguiente, es menester hacer un juicio de ponderación entre los derechos que están en conflicto (…)” (el énfasis no pertenece al original).

Sin embargo, la obligatoriedad de la vacunación contra el coronavirus COVID-19, implica una colisión entre el derecho a la objeción de conciencia y el derecho a la salud individual y de la comunidad en general (interés público subyacente, que llevó a la toma de la medida). Respecto de la legitimidad en general del fin que persigue el establecer el carácter

obligatorio de una vacuna, esta Sala Constitucional en la sentencia No. 2020-0019433 de las 09:20 horas de 9 de octubre de 2020, claramente señaló:

“(...) esta Sala ha reconocido, en primer lugar, la importancia de la vacunación como parte de la asistencia sanitaria esencial que debe garantizar el Estado costarricense en aras de proteger el derecho fundamental a la salud de todas las personas, y, en segundo lugar, que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituye un fin constitucionalmente legítimo que puede justificar válidamente la obligatoriedad de las vacunas (...)” (el énfasis no pertenece al original).

Los criterios que tomó en cuenta la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, para definir el carácter obligatorio de la vacuna para el personal de salud, según fueron detallados en el oficio No. MS-CNVE-102-2021, mediante el cual se comunicó al Ministro de Salud, la decisión tomada en la sesión extraordinaria No. VII-2021 del 16 de febrero de 2021, fueron: “(...) 1-Que es personal que atiende directa o indirectamente pacientes covid-19 o personas de alto riesgo para enfermar y morir por este virus. 2-Tienen un riesgo laboral de enfermar de covid-19. 3-Someten a las personas que van a ser atendidas a un riesgo de enfermar por covid-19. 4-Al lograr vacunar a toda la población de estas instituciones, que no tienen contraindicaciones para la vacunación, se está incidiendo en la pronta reactivación de los servicios de salud en general, reduciendo los costos inherentes a esta misma situación. 5- Al vacunar al personal de salud se previene que los hospitales e instituciones de salud sean una fuente de contagio para la sociedad (...)”. La disposición tomada es idónea (pues se protege a los funcionarios, coadyuva a lograr una pronta reactivación de los servicios de salud en general, reduciendo los costos inherentes a la situación, además se previene que los hospitales e instituciones de salud, sean una fuente de contagio), necesaria (no existe otra alternativa o herramienta con igual o mayor eficacia para la consecución de estos propósitos: más de un año de medidas restrictivas, distanciamiento social y uso de mascarillas, en medio de tres olas pandémicas, lo confirman) y además es proporcionada en sentido estricto (en el tanto los beneficios que se genera a la sociedad en su conjunto –respecto del derecho a la vida, a la salud y el mejoramiento de las condiciones económicas, según se desprende de los objetivos de la medida– son mayores que la afectación que podría recibir el personal del servicio de salud; en este sentido, no debe perderse de vista la posición particular y especial que tienen los funcionarios de los servicios de salud, quienes se encuentran en la primera línea de la lucha y el tratamiento de la enfermedad, expuestos a un riesgo muchísimo mayor de contagio, que la generalidad).

Cabe además recordar que la obligatoriedad de la vacunación contra el coronavirus COVID-19, para el personal de salud, no es absoluta, pues se estableció como excepción en el párrafo segundo del artículo 2 del Decreto No.42889-S:

“(...) Para cuando sean citados por los encargados para tal efecto y de acuerdo con la planificación institucional respectiva, las personas contempladas en el párrafo anterior deberán vacunarse, con excepción de aquellos funcionarios que,

por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el Covid-19. Será responsabilidad del patrono tomar las medidas correspondientes de acuerdo con la legislación del país y la normativa institucional, en el caso de las personas que no quieran vacunarse contra covid-19 (...)

En síntesis, esta Sala estima que en el presente caso no se dan los elementos que justifiquen invocar el derecho a la objeción de conciencia.....

No es óbice recordar que el propio acuerdo de la Comisión Nacional de Vacunación contempló la necesidad de prever excepciones con motivo de la situación particular de las personas que presentaran contraindicaciones que evidenciaran riesgo por la inoculación de la vacuna, al indicar lo siguiente:

“Para cuando sean citados por los encargados para tal efecto y de acuerdo con la planificación institucional respectiva, las personas contempladas en el párrafo anterior deberán vacunarse, con excepción de aquellos funcionarios que, por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el Covid-19.

En razón de lo anterior, estima esta unidad asesora que pueden determinarse dos conclusiones, a saber:

- No es oponible la objeción de conciencia respecto a la obligatoriedad de la vacunación.
- El acto administrativo de alcance general que adopte el Consejo Superior para interiorizar las disposiciones de la Comisión Nacional de Vacunación y el Ministerio de Salud, deben tomar en consideración la situación de aquellas personas personas servidoras que, por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el Covid-19

XI.- Sobre el procedimiento a seguir para la implementación de lo dispuesto por el Ministerio de Salud:

Conforme lo indicado anteriormente, para la implementación de lo dispuesto por el Ministerio de Salud, se recomienda realizar un procedimiento técnico y ordenado, en donde la apertura de procedimientos sancionatorios sea la excepción en aquellos casos en los que definitivamente no se advierta una alternativa consensuada y voluntaria por parte de las personas servidoras.

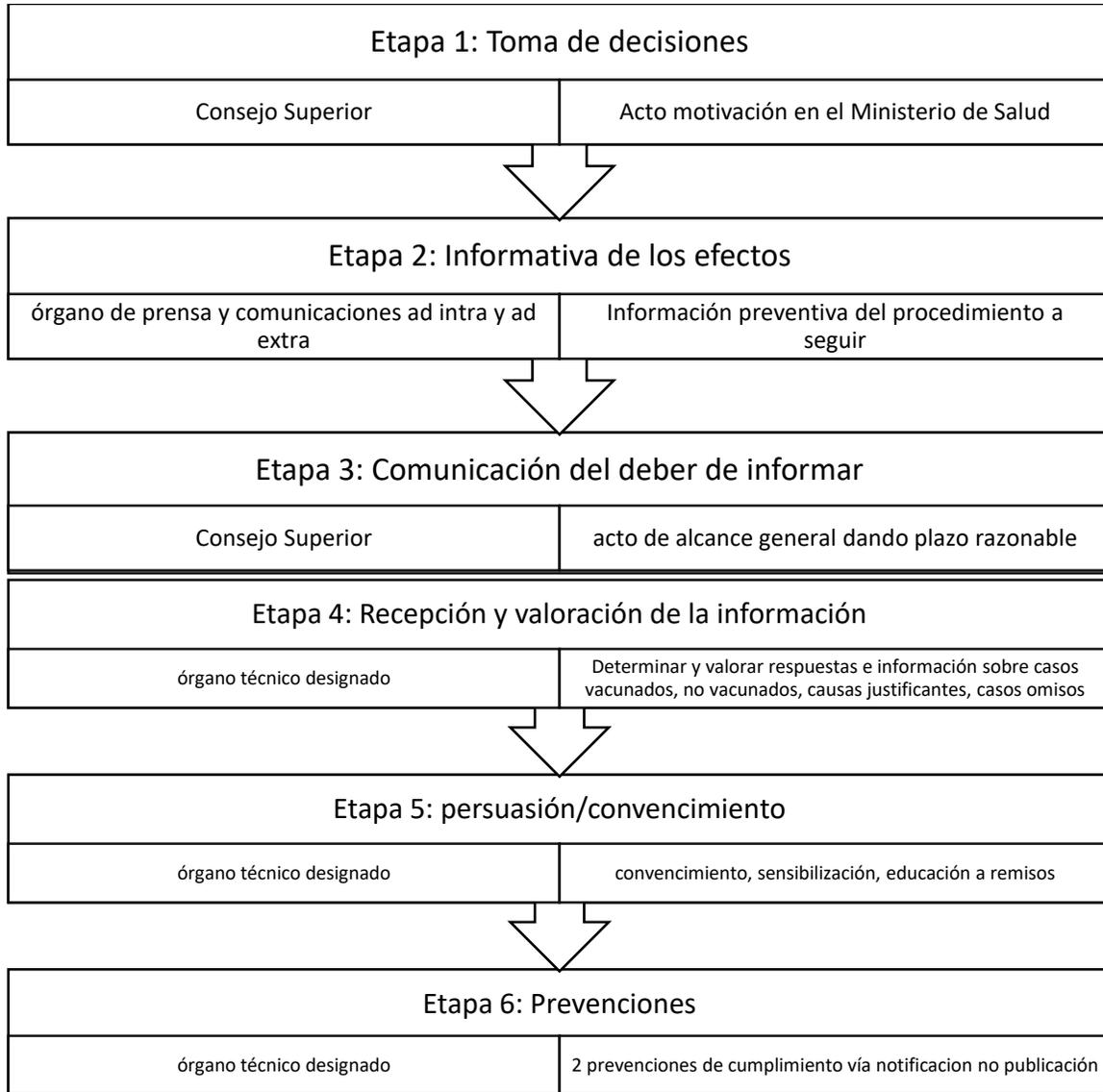
En este sentido, reiteramos la necesidad de la información previa necesaria y suficiente tanto del cumplimiento del ordenamiento, su necesidad, efectos de la omisión de cumplimiento de suministrar información y fines por las cuales se suministrará la información.

Mismas consideraciones se deberán hacer en el respectivo consentimiento de suministro de información y en el entendido de que las personas que sí cumplieron las obligación serán comunicadas posteriormente, a efecto de que con posterioridad cualquier persona no

contemplada en este supuesto, sea sujeto de un proceso previo de convencimiento y sensibilización en el tema.

Con base en dicha información, se ejecutarían las fases recomendadas para aquellas personas que no se encuentren en la lista de personas que sí se vacunaron.

Al final del proceso de todas las fases procedería la apertura de procedimiento administrativo ordinario a quienes no estén en la lista final de las personas que sí se vacunaron.



Solamente una vez cumplidas estas etapas, procedería valorar la posibilidad de dar apertura de procedimientos administrativos ordinarias, a fin de llegar a la verdad real de los hechos y no necesariamente sancionar con el efecto máximo a los funcionarios remisos a cumplir lo

dispuesto por el Ministerio de Salud y en particular con lo que en concreto decida adoptar el Consejo Superior para el Poder Judicial.

XII.- Conclusiones:

De conformidad con el análisis realizado anteriormente, esta unidad asesora puede determinar las siguientes conclusiones:

I.- La resolución sesión extraordinaria XLV-2021 del 23 de setiembre del año en curso, de la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología y el decreto 43249-S confirman el criterio reiterado de esta Dirección en el sentido de que era necesario un acuerdo del órgano competente para poder determinar la obligatoriedad de las vacunas en los servidores del Poder Judicial.

II.- A los derechos no puede atribuírseles una naturaleza ilimitada en perjuicio de los demás detentadores de otros derechos, consecuentemente el ordenamiento contempla supuestos en los que se habilita la posibilidad de que se pueda adoptar el ejercicio del poder de policía, a efecto de adoptar determinadas conductas administrativas por parte de órganos técnicos competentes para la protección de la salud de las personas.

III.- La competencia atribuida por el ordenamiento jurídico a la Comisión Nacional de Vacunación le habilita a la emisión de este tipo de actos de carácter general para determinar la obligatoriedad de una vacuna en particular y de los cuales deviene el ejercicio de potestades de imperio de la Administración para asegurar su efectividad, fundado en la eficacia, ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo y ante los cuales existe un obligado cumplimiento de la persona administrada, máxime en el caso de las personas servidoras públicas, al estar en una relación de sujeción especial.

IV.- Resulta procedente aplicar las disposiciones del Ministerio de Salud a las personas servidoras del Poder Judicial, en tanto mantienen una relación de sujeción especial, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a.- Se encuentre técnicamente fundada en criterios propios de la ciencia aplicable a la materia.
- b.- Se comuniquen por los medios idóneos previstos por el ordenamiento jurídico.
- c.- No viole los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.
- d.- La aplicación de dichas disposiciones no implique una afectación a la independencia judicial y al principio de separación de Poderes.
- e.- Debe cautelarse que las disposiciones del Ministerio de Salud no derogan en ningún sentido la protección propia de fueros especiales ni aquellas personas reinstaladas mediante una medida cautelar por un órgano jurisdiccional, excepto que este llegue a adoptar una resolución en donde se disponga su modificación.

f.- Resulta procedente establecer para nuevos ingresos al Poder Judicial la obligatoriedad de encontrarse debidamente vacunado contra el COVID- 19.

IV.- Para la aplicación de lo acordado por la Comisión Nacional de Vacunación se requiere un acto en particular del Consejo Superior que lo adecúe como parte de las regulaciones internas propias de la relación de empleo del Poder Judicial, para efectos de su aplicación obligatoria por parte de las personas servidoras judiciales, y así fundar su obligatoriedad en la existencia de la respectiva relación de sujeción especial.

V.- Se recomienda que previamente con base en criterio técnico, se determine que la vacunación forma parte de las medidas propias de salud ocupacional de este Poder.

VI.- En las disposiciones que se adopten respecto de la vacunación obligatoria, se deberá cautelar la situación de aquellas personas servidoras que, por contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el Covid-19.

VII.- No es oponible alegaciones de objeción de conciencia a la obligatoriedad de vacunación dispuesta por la Comisión Nacional de Vacunación y que sea acogida por el Consejo Superior.

VIII.- A las personas servidoras que no cumplan lo ordenado por el Consejo Superior sobre el tema objeto del presente criterio, les sería aplicable las disposiciones del artículo 81.H del Código de Trabajo, en el entendido de que sólo podría generarse responsabilidad disciplinaria, en tanto haya reiteración en cuanto a la conducta omisiva.

IX.- En la aplicación de las decisiones administrativas atinentes a la implementación del acuerdo que adopte el Consejo Superior sobre el tema objeto del presente criterio se recomienda previo al ejercicio de una eventual potestad administrativa sancionadora, realizar un proceso técnico y accesible de convencimiento, sensibilización y educación a las personas servidoras remisas.

X.- Debe cautelarse que la resistencia a la vacunación no genere situaciones discriminatorias o lesivas a la dignidad y honor de las respectivas personas servidoras.

XI.- La tutela del derecho a la autodeterminación informativa deberá ser cautelada en el sentido de:

- a. Informar de manera clara, legible y accesible los alcances del documento, los efectos del mismo tanto en cuanto a la comunicación a órganos decisores sobre el cumplimiento de lo ordenado, como el motivo por el cual se rubrica.
- b. Consignar de manera explícita del consentimiento para suministrar y compartir la información y del derecho que posee a no suministrar la información, determinando eso sí, las consecuencias que podrían devenir si la administración no determina el cumplimiento de la obligación de vacunación.

- c. Clarificar cuales órganos tendrán acceso a la información, donde y como se custodiará, los fines de la misma, la razón su recopilación.
- d. Indicar que, si bien la información que suministra es un dato sensible, es entendido que tiene el deber de suministrarlo de conformidad con el artículo 9.1.d) de la Ley 8968.
- e. Ser rubricado por la persona servidora.

XII.- Toda sanción administrativa que eventualmente se adopte debe cautelar los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad con un análisis singular para cada caso en particular.

XIII.- Se recomienda que para la adopción de conductas por parte de las personas servidoras se den tiempos suficientes, adecuados y prudencias para su cumplimiento, facilidades de acceso, tanto por nivel de cargos como por circunstancias personales o geográficas.

XIV.- Se recomienda que el órgano recopilador de la información sea el encargado de la salud de las personas servidoras judiciales.

XV.- Se recomienda que al finalizar el proceso de recopilación de información se ponga en conocimiento de los órganos decisores, la información de las personas que sí cumplieron su obligación de vacunación, a efecto de que las medidas de sensibilización y educación se enfoquen en aquellas personas que no se encuentran en dicho supuesto.

XVI.- Se debe recordar que para la aplicación de un procedimiento administrativo hacia las personas que no se hayan vacunado, se requerirá necesariamente realizar dos prevenciones formales que hayan sido incumplidas, como condición sine qua non para el ejercicio de una eventual potestad disciplinaria.

XVII.- Se recomienda seguir el procedimiento descrito en los apartes VIII y XI con el fin de asegurar que lo actuado por el Poder Judicial en la materia sea acorde con el bloque de legalidad y el derecho de la Constitución aplicable.

Dejamos así cumplida su solicitud de criterio.

Atentamente,

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

Ref: 1331-2021
Realizado con la colaboración de:
Licda Laura Moreira Barrantes