

**San José, 13 de julio del 2022**  
**Criterio N° DJ-C-316-2022**

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

**Estimada señora:**

Me refiero al oficio N° 6861-2022 del 06 de julio del 2022 de esa Secretaría General de la Corte, mediante el cual comunicó el acuerdo adoptado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en sesión N° 52-2022 celebrada el 21 de junio del 2022, que literalmente dice:

*“se acordó: Solicitar en el plazo de 5 días, un criterio a la Dirección Jurídica, sobre la forma de aplicación de la Ley 10211 Reforma de los artículos 94, 94 bis, 95, 96, 97 y 100, y adición de un inciso k) al artículo 70 de la ley 2, Código de Trabajo, de 27 de agosto de 1943, para combatir la discriminación laboral contra las mujeres en condición de maternidad, tomando en consideración para ello las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Empleado Público.”*

Al respecto esta Dirección se permite manifestar lo siguiente:

La Ley N° 10211 Ley para combatir la discriminación laboral contra las mujeres en condición de maternidad en su artículo 95 establece:

*“Artículo 95-*

*La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior.*

*Se otorgará licencia especial en los siguientes supuestos:*

*a) En la adopción individual se otorgará licencia especial de tres meses de forma remunerada al adoptante y en la adopción conjunta se otorgará licencia especial de tres meses, divisible entre las personas adoptantes de común acuerdo, la cual podrá tomarse de forma simultánea o alterna, según decisión de las partes. En estos casos de adopción, de acuerdo con los parámetros establecidos en el Código de Familia y regulación conexas, la licencia se iniciará el día inmediato siguiente a la fecha en que sea entregada la persona menor de edad. Para gozar de la licencia, la persona adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el Patronato Nacional de la Infancia, el juzgado de familia correspondiente, o el notario público en su caso, en la que consten los trámites de adopción y su resolución favorable.*

*b) A los padres biológicos se les otorgará una licencia de paternidad de dos días por semana durante las primeras cuatro semanas a partir del nacimiento de su hijo o hija; la persona empleadora estará en la obligación de conceder permiso al padre para compartir con su hijo o*

hija recién nacido y contribuir con su cuidado dentro de los parámetros de dicha licencia. En caso de que esta disposición no se le respete al padre biológico en su trabajo, la parte patronal incurrirá en una falta grave al contrato laboral y, además, deberá retribuir al trabajador en todos los extremos laborales que corresponde según la ley, y agregar a la indemnización la suma de seis salarios.

c) *En el caso de muerte materna en el parto o durante la licencia, cuyo niño o niña haya sobrevivido, el padre biológico tendrá derecho a una licencia especial posparto, cuya beneficiaria era la madre fallecida. El padre del niño o niña recién nacido deberá comprometerse a hacerse cargo de la persona recién nacida; en ausencia del padre o que este no se comprometa a hacerse cargo de la persona menor de edad, se concederá esta licencia especial a la persona trabajadora que demuestre que se hará cargo del niño o la niña recién nacido. El PANI deberá colaborar de forma expedita en este trámite y otorgar una resolución certificada para estos efectos a la persona que se va a hacer cargo de la persona recién nacida y así lo solicite.*

*Durante la licencia, el sistema de pago de este subsidio se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social en su normativa sobre el “Riesgo de Maternidad”, la licencia de maternidad y las licencias especiales contempladas en este artículo. El pago de esta licencia deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo.*

*El monto que corresponda, según el caso, al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y la parte patronal. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, la persona empleadora y la persona trabajadora deberán aportar, a la Caja Costarricense de Seguro Social, sus respectivas contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.*

*Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley, a cargo de la persona empleadora, deberán ser cancelados en su totalidad a la persona trabajadora. Para todos los efectos, las licencias especiales no interrumpen el contrato laboral.*

*El cálculo de todos los derechos laborales establecidos en esta ley a cargo de la persona empleadora se realizará sobre la base del salario que tenía la persona trabajadora antes de dicha licencia.*

*La trabajadora embarazada adquirirá el derecho de disfrutar de la licencia remunerada, solo si presenta a la persona empleadora un certificado médico en el que conste que el parto sobrevendrá, probablemente, dentro de las cinco semanas posteriores a la fecha de expedición de este documento. Para efectos del artículo 96 de este Código, la persona empleadora acusará recibo del certificado.*

*Los médicos que desempeñen cargo remunerado por el Estado o sus instituciones deberán expedir este certificado.” (lo resaltado no es del original)*

De lo expuesto de la norma especialmente en el inciso b resalta, que el padre tendrá derecho a licencia de paternidad de dos días por semana durante las primeras cuatro semanas a partir del nacimiento de su hijo o hija.

En este sentido, quien tendría la competencia de aprobar dicha licencia en estos supuestos de esta norma vigente, será la jefatura correspondiente, mediante el trámite correspondiente en el Sistema

Electrónico de Nombramientos “PIN”, siguiendo el mismo procedimiento para aplicar actualmente lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 44 indica lo siguiente:

*“Artículo 44.- Las licencias con goce de sueldo o sin él no pueden exceder de seis meses. Tampoco pueden exceder de ese término, las que sumadas en un mismo año se conceden a un empleado o funcionario.*

*Esta disposición no rige en cuanto a las licencias concedidas al empleado o funcionario, para desempeñar otro puesto dentro del ramo judicial o mediante permutas condicionales o de las que se conceden con goce de sueldo o sin él, por motivos de enfermedad debidamente comprobada con certificado médico.*

*Tampoco regirá lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, respecto a las licencias con goce o sin goce de sueldo, que conceda la Corte a los Magistrados, o el Consejo a los demás servidores para realizar estudios que interesen al Poder Judicial.*

*En casos muy calificados y para asuntos que interesen al Poder Judicial, la Corte podrá conceder licencias con goce de sueldo o sin él a los Magistrados y el Consejo a los demás servidores hasta por un año prorrogable por períodos iguales, a fin de que los servidores judiciales se desempeñen temporalmente en otras dependencias del Estado, o bien cuando les encargue labores y estudios especiales.*

*Para servir en otra dependencia del Estado, el acuerdo habrá de adoptarse por las tres cuartas partes del total de Magistrados o miembros del Consejo, en su caso.*

*En los casos de plazas extraordinarias, por licencias o interinidad, el Consejo podrá llenarlas con servidores judiciales que estén nombrados en propiedad.*

*Los servidores judiciales tendrán derecho a licencia con goce de sueldo durante una semana, en los casos de matrimonio del servidor o de fallecimiento del padre, la madre, un hijo, el cónyuge, compañero o compañera de convivencia de por lo menos tres años, un hermano o los suegros que vivieran en su casa.*

*Asimismo, los servidores varones tendrán derecho a una licencia con goce de sueldo, durante una semana, cuando naciere un hijo suyo, y las servidoras a tres meses con goce de sueldo, cuando adopten a un menor de edad.*

*Toda servidora judicial en estado de gravidez tendrá derecho a licencia con su salario completo por cuatro meses, distribuidos un mes antes y tres meses después del parto. Durante ese período, se pagará a la respectiva servidora en la forma dispuesta en el artículo 42 de esta Ley, y la Corte le garantizará los derechos acordados en el artículo 97 del Código de Trabajo.”*

Como se advierte entre ambas normas que tratan una misma situación jurídica, existen diferencias, toda vez que la Ley 10211 otorga un día más de licencia que el artículo 44 supracitado y además su forma de reconocimiento se divide en dos días por semana y no por período completo.

Conforme a lo anterior, evidenciamos la existencia de una eventual antinomia de normas jurídicas que requiere alguna solución vía interpretación. Sobre esta figura y la modificación de la ley anterior por la ley posterior, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No. 928-F-S1-2010 de 05 de agosto de 2010, indicó:

V.-Sobre la Derogación Expresa y Tácita. El primer punto que debe ser analizado es la vigencia de la Ley no. 148. Si bien no es un aspecto sobre el cual existe debate entre las partes, cierto es que el Tribunal afirma que “no se puede entender que existe continuidad del régimen; sino uno nuevo”. Por ello, es menester referirse, en términos generales, al instituto de la derogación, la cual consiste en la supresión de la vigencia de una norma. En caso de que esta sea de rango legal, la Constitución Política, en el párrafo final del cardinal 129, dispone que “la ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario.” Dicha redacción es similar a la contenida en el numeral 8 del Código Civil, el cual, siguiendo el modelo del Código de Napoleón, establece: “Las leyes sólo se derogan por otras posteriores y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario. La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.” Como se puede observar, los postulados generales de ambas son similares, aunque el Código Civil realiza un desarrollo más detallado. En todo caso, a partir de estos preceptos es dable establecer que la forma paradigmática de derogación es la expresa, es decir, cuando el legislador emite una norma cuyo contenido y objeto es eliminar la vigencia de una anterior. Empero, este no siempre es el caso, ya que la emisión de leyes por parte del órgano legislativo sobre materias ya reguladas genera lo que en doctrina se conoce como derogación tácita, la cual se da en dos supuestos. El primero, cuando un cuerpo normativo abarca, en forma integral, la misma materia que es desarrollada por otro anterior. El segundo escenario, se presenta cuando dos normas, de igual jerarquía, regulan el mismo presupuesto de hecho pero resultan incompatibles. Surge, en consecuencia, una antinomia entre ambas proposiciones, la cual se debe resolver bajo el aforismo: “ley posterior deroga ley anterior”. Ahora bien, en ambos casos, es importante notar que, en el fondo, no se puede afirmar que existe una derogación en sentido estricto, o lo que es lo mismo, que se asimila al efecto derogador consustancial a la expresa. Debe aclararse que en estos casos, el detectar la antinomia, y en última instancia darle solución, le corresponde a los operadores jurídicos a través de la interpretación. Por ello, la incompatibilidad pendería del sentido que se le asignen a ambas proposiciones normativas por quien debe aplicarlas. Así, se genera un ámbito de incerteza en cuanto a la vigencia de la norma, contrario al principio constitucional de seguridad jurídica y publicidad de la ley. Por otro lado, debe considerarse que, según el numeral 121 de la Carta Magna, corresponde a la Asamblea Legislativa dictar las leyes –y su correlato, la modificación o supresión de estas-. Siendo que en principio esta declaratoria correspondería al juez, o a los órganos administrativos encargados de aplicar el Derecho, de afirmarse que la derogatoria tácita tiene efectos derogatorios, similares a la expresa, podría quebrantarse el principio de división de funciones. La actividad jurisdiccional, por mandato constitucional, implica la interpretación y aplicación del Derecho, no su creación. Adicionalmente, resulta aplicable el principio de paralelismo de las formas, a partir del cual, si la Asamblea Legislativa le confiere vigencia a una norma, es esta quien debe suprimirla. Finalmente, cabe destacar que el precepto 129 de la Carta Magna no se refiere a la derogación tácita, como sí lo hace el 8 del Código Civil. En este sentido, esta norma del Código Civil debe ser interpretada de forma que sea conforme al Derecho de la Constitución. Así, en línea con lo anterior, y partiendo del principio de coherencia del ordenamiento jurídico, lo procedente es considerar que, en caso de incompatibilidad entre dos normas, la antinomia se resolverá en favor de la posterior, y respetando siempre el criterio de jerarquía. No obstante, la primera no perderá su vigencia, sino que por el contrario, se da una suspensión de sus efectos o inaplicabilidad al caso concreto. Esto, además, resulta acorde con el hecho de que las resoluciones jurisdiccionales –con excepción de las emitidas por la Sala Constitucional según el

numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional- son vinculantes, únicamente, para las partes del proceso, respecto de las cuales genera cosa juzgada. Cabe destacar que ya esta Sala se ha pronunciado, en iguales términos a los acá indicados, sobre el tema de la derogación tácita, para lo cual se puede consultar el voto 396-F-S1-2010 de las 11 horas 115 minutos del 18 de marzo de 2010.”

Por otra parte, el voto 116 -2013-IV de las catorce horas del diecinueve de diciembre del año dos mil trece, del Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, de redacción del suscribiente indicó:

*“Debe recordarse que la antinomia de normas es un fenómeno jurídico que se puede dar ante la gran variedad de regulación que existe en nuestros ordenamientos jurídicos y que es descrito de la siguiente manera: “Existe concurrencia de normas cuando en una misma ley coexisten dos o más disposiciones contradictorias entre sí o bien, cuando los supuestos de hecho de varias normas se correspondan plena o parcialmente, de modo que el mismo hecho es comprendido por ambas. El problema se presenta sobre todo cuando la consecuencia jurídica no es la misma, máxime si esas consecuencias se excluyen. No obstante, también en los casos en que no hay exclusión recíproca de conclusiones, se requiere determinar si los efectos de ambas normas permanecen o si por el contrario, una elimina a la otra. El principio es que: “Si las consecuencias jurídicas se excluyen mutuamente, sólo una de las dos normas jurídicas puede conseguir aplicación. Pues no tendría sentido que el orden jurídico quisiera mandar al mismo tiempo A y no A. Por tanto, en tales casos se tiene que decidir cuál de las dos normas jurídicas prevalece sobre la otra...” K, LARENZ: Metodología de la Ciencia del Derecho, Ariel, Barcelona, 1980, p. 260. También se ha dicho al respecto que “La colisión de normas (reglas) es producto de normas contrarias, contradictorias, sub contrarias o subalternas. La antinomia, para que se dé, exige también dos condiciones: a) las dos normas deben pertenecer al mismo ordenamiento, y b) las dos normas deben tener el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal y material). Por tanto, la antinomia jurídica es una situación en la que dos normas son incompatibles a condición de que ambas pertenezcan al mismo ordenamiento y estén dentro de similar ámbito de validez”. Para la solución de las denominadas antinomias, se ha indicado que existen tres criterios fundamentales, los cuales son descritos, de la siguiente manera: “Pues bien, para resolver los problemas suscitados por la presencia de antinomias en los ordenamientos jurídicos, se han elaborado en sede de Teoría General del Derecho tres criterios abstractamente posibles -lo que no significa que hayan de existir en todo ordenamiento positivo- de resolución de esas antinomias. Dichos criterios son: el jerárquico -según el cual la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior, el cronológico -según el cual la norma posterior prevalece sobre la anterior, y el de la especialidad -aplicable tan solo a las antinomias parciales, según el cual la norma de contenido más particular o concreto prevalece sobre la de contenido más general o abstracto” (DIEZ-PICAZO, Luis María. La Derogación de las Leyes. Editorial Civitas, Madrid, 1990. pág. 69). Adicionalmente se ha señalado otros criterios y posibilidades cuando no es posible hacer uso de los indicados criterios, de la siguiente manera: “Las antinomias se resuelven con tres criterios clásicos: cronológico, jerárquico y de especialidad. El criterio cronológico nos dirá que la ley posterior deroga a la anterior (Lex posterior derogat priori). El criterio jerárquico establece que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (Lex superior derogat inferiori). Finalmente, el tercer criterio determina que la ley especial deroga a la general (Lex specialis derogat generali). ¿Qué ocurre cuando los criterios anteriores son insuficientes?, ¿cuando ambas normas son contemporáneas, están en el mismo nivel y son las dos generales? El cuarto*

*critério nos dirá que apliquemos la norma más favorable y no la odiosa. En otras palabras, la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación (Lex per mis si va es favorabilis, y una Lex imperativa es odiosa). Se han sumado a los criterios anteriores el de competencia y el de prevalencia. El de competencia implica resolver la antinomia atendiendo al análisis sobre el órgano que emita la norma o el acto. Las características básicas del criterio de competencia son tres: se ha de dar un conflicto entre normas provenientes de fuentes diferentes; entre las dos fuentes en cuestión no ha de haber una relación de jerarquía, y cada una de las normas en conflicto por razón de la materia debe tener una esfera de competencias exclusivas y regular materias concretas. Sin estas tres condiciones no tendría virtualidad este criterio, sino que bastaría con la aplicación del criterio jerárquico tradicional. Algunos sostienen que el criterio de competencia no es un método de resolución de antinomias si no una relación de jerarquía indirecta mediatizada por una norma inter puesta que es la Constitución..... El criterio de prevalencia en algunos ordenamientos existe para resolver antinomias entre distintos ámbitos de competencia. En el caso del derecho alemán, en materia de atribuciones concurrentes siempre prevalece el derecho federal sobre el local. La característica principal del criterio de prevalencia es que ambas normas en conflicto son validas, y por tanto competentes, ya que sólo opera cuando se dan competencias compartidas, excluyéndose de su ámbito de aplicación los supuestos de competencias exclusivas. Por este motivo, el principio de prevalencia no tiene reconocido un carácter general, sino limitado o condicionado por el de competencia, ya que sólo puede aplicarse una vez que se ha constata o que no existe vicio de competencia de una de las dos normas. En tal caso, si se produce un conflicto entre una norma federal y una norma local, en donde existen atribuciones concurrentes, prevalecerá la norma federal. En ocasiones, el conflicto entre reglas no puede ser resuelto acudiendo a los criterios mencionados. En la teoría tradicional del derecho se nos dirá que la solución se confía a la libertad del intérprete, el que valiéndose de todas las técnicas de la interpretación resuelve, y que para ello tiene tres posibilidades: 1) Eliminar una de las dos normas. 2) Eliminar las dos. 3) Conservarlas dos."...*

Conforme a lo anterior, resulta de aplicación la interpretación de la modificación de la norma anterior por la norma posterior y en este sentido, el artículo 8 del Código Civil que establece:

*“Artículo 8. – (...). La derogatoria tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá también a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la ley anterior. Por la simple derogatoria de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado”.*

En el caso en particular, analizadas las normas en mención, se evidencia que la Ley N° 10211 Ley para combatir la discriminación laboral contra las mujeres en condición de maternidad, modifica tácitamente el párrafo penúltimo del artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dice: “Asimismo, los servidores varones tendrán derecho a una licencia con goce de sueldo, durante una semana, cuando naciere un hijo suyo, y las servidoras a tres meses con goce de sueldo, cuando adopten a un menor de edad.”

Conforme a lo anterior, los días de licencia contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial se amplían a dos días de licencia por semana durante cuatro semanas, debiendo operar además el mecanismo contemplado en la reforma y que son plenamente aplicables a los regímenes público y privado de empleo.

Se estima que debe tomarse en consideración de manera adicional el propósito de la norma, cual es que el padre pueda “... compartir con su hijo o hija recién nacido y contribuir con su cuidado...” lo cual se satisface de mayor medida con los medios de aplicación de la Ley 10211, y tomando en consideración la tutela constitucional preferente de la madre y la niñez, así como la progresividad en los derechos sociales e inclusive, el principio de aplicación de la norma más favorable, propio del derecho laboral, pero aplicable supletoriamente a la materia y que debe ser analizado en concordancia con el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, en tanto dispone:

Artículo 10.-

*“1. La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.*

*2. Deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere”.*

Ahora bien, la Ley Marco de Empleo Público, dispone en su artículo 41 lo siguiente:

*“ARTÍCULO 41- Permiso de paternidad. Los padres que tengan un hijo biológico o en adopción podrán gozar de un permiso de paternidad, con goce de salario, por un mes calendario, posterior al día de nacimiento o al momento de concretarse la adopción de la persona menor de edad.”*

No obstante, de esta última norma mencionada es necesario aclarar que si bien es cierto la Ley Marco de Empleo Público fue publicada en La Gaceta N° 46, Alcance Digital N° 50 del 9 de marzo de 2022, empieza su vigor hasta el 10 de marzo del 2023, por lo que a este momento aún no se encuentra vigente y por ende correspondería entonces aplicar la normativa aplicable al momento de la petición de la solicitud y hasta tanto no se generen efectos de la nueva norma.

De lo expuesto anteriormente esta Dirección Jurídica se permite recomendar lo siguiente:

1. Resulta procedente la aplicación de lo dispuesto en la ley 10211 debiendo entenderse modificada tácitamente las disposiciones sobre el tema de licencia de paternidad contenidas

en la Ley Orgánica del Poder Judicial y hasta tanto no entre en vigencia lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Marco de Empleo Público.

2. El padre solicitante de la licencia por paternidad deberá presentar ante la jefatura la certificación de nacimiento de su hija o hijo, para realizar el trámite en el Sistema Electrónico de Nombramientos “PIN”.

**Advertencias:**

- Se les recuerda a los requirentes que los criterios de la Dirección Jurídica **no son vinculantes**.
- El presente criterio se funda en un razonamiento técnico jurídico con base en la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo y el supletorio aplicable a la materia, cualquier valoración de oportunidad y conveniencia que sea necesario realizar, es competencia de las unidades decisoras y ejecutoras correspondientes.
- El presente criterio se emite con base en la información suministrada por la Secretaria General de la Corte mediante el oficio **6861-2022 del 06 de julio del 2022**. Por lo anterior, no le corresponde a esta unidad asesora la responsabilidad por la veracidad de dicha información.
- Cualquier traslado del presente criterio a terceros no involucrados en los procesos de análisis y toma de decisiones con respecto al objeto de este, deberá ser realizado previa despersonalización de cualquier dato sensible que se haya consignado en dicho documento.
- No se advierte incompatibilidad o conflicto ético para la emisión del presente criterio, en tanto que los temas indicados no inciden en los derechos subjetivos de los suscribientes, ni hay vínculos de ningún tipo con la persona sobre la cual gira el análisis del informe.
- El presente criterio se emite con base a la consulta realizada, por lo que es responsabilidad de la unidad requirente precisar y delimitar la o las consultas formuladas a esta Dirección.

Atentamente,

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

**Elaborado con colaboración**

**Licda: Laura Moreira Barrantes**

**Con modificaciones y observaciones del suscribiente.**

**Ref: 862-2022**