



PARA : Mag. Karla Chinchilla Aguilar, Encargada
Programa inglés UNED-CONARE
Centro de Idiomas

DE : Licda. Ana Lucía Valencia González, Jefa
Oficina Jurídica

ASUNTO : Respuesta consulta lactancia

FECHA : 06 de abril de 2021
O.J.2021-106

Por medio de correo recibido el 5 de abril de 2021, se consulta a esta oficina sobre la reducción de jornada para profesores en el programa debido a la disminución de estudiantes lo cual afectó a una docente que se encuentra en período de lactancia, emitimos el siguiente criterio:

CRITERIO

Las personas que cuenten con una situación particular, como las madres en periodo de lactancia, tienen un fuero especial de protección que el patrono está en obligación de tutelar y garantizar. Este fuero especial las protege **de acciones que sean discriminatorias** dada su condición especial, pero no constituye por sí mismo, un derecho ilimitado, sino que se garantiza y protege de que no sufra ninguna acción discriminatoria.

El artículo 94 del Código de Trabajo le da protección para evitar despidos sin justa causa; los artículos 95 y 97 regulan el derecho al periodo de lactancia, los tiempos necesarios dentro de la jornada laboral y a un lugar adecuado en el trabajo para la lactancia y el artículo 404 del mismo Código prohíbe cualquier forma de discriminación.

Ahora bien, la universidad tiene una necesidad particular y un fin público que debe cumplir de acuerdo con el mandato legal desde su ley de creación y con base en ello se hacen las contrataciones de tutores o docentes según las necesidades específicas. En el caso específico que describe en su consulta, el Programa de Inglés UNED-CONARE no puede contratar personal, o mantener jornadas que no necesite porque eso generaría un problema de gestión. Es decir, el programa debe tener y mantener las contrataciones que necesite según el Plan que se haya aprobado formalmente y se encuentre vigente para cada periodo.

Esta medida es general y es responsabilidad de quien se encuentra a cargo del programa, cuidando que las formas de contratación que se utilicen sean las adecuadas y aplicando las medidas de forma transparente e igualitaria para todos los profesores, tutores o docentes que se contratan.



No puede hacerse una discriminación en contra de la funcionaria que está en periodo de lactancia **por esa condición**, pero si la universidad tiene que disminuir la jornada de **todos los tutores** por la disminución en los estudiantes que matriculan los cursos, no se daría una acción discriminatoria, sino que sería una medida objetiva necesaria para los fines de la Institución, es de esta manera que los ajustes que haga la universidad de forma general (sin consideraciones subjetivas) y con fundamento en hechos reales no constituyen acciones discriminatorias.

Hacemos la observación de que debe estar debidamente fundamentada la disminución de estudiantes que matriculan el curso y la consecuencia que esto genera en las jornadas del profesorado, así como la aplicación generalizada de las medidas para todos los docentes. Siendo así, queda claro que no se trata de una acción discriminatoria contra la funcionaria que se encuentra en condición de lactancia sino una acción ordinaria de la Universidad derivada de la gestión misma.

Ilustramos el tema con una resolución ya que ha sido ampliamente analizado en los Tribunales de Justicia, determinando que la protección especial de la que gozan las funcionarias en periodo de lactancia no es ilimitada:

“(...) La protección en el ámbito laboral de la mujer trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia no desborda los límites de los actos discriminatorios; es decir, la protección se sitúa en la prohibición de adoptar medidas discriminatorias por esa condición. La normativa emitida para la protección de la mujer gestante o en lactancia no ha establecido un régimen de estabilidad absoluto. (...) En relación con esa específica norma, la jurisprudencia de la Sala Constitucional y de este otro Despacho ha sido abundante en cuanto a que esa protección especial lo que impide es la destitución discriminatoria. En efecto, esa estipulación está prevista para proteger a esas trabajadoras de cualquier acto discriminatorio que quieran ejercer sus empleadores, en razón de su condición física y a fin de evadir las obligaciones legales que derivan de esa especial circunstancia. Dado el estado actual de la legislación, el embarazo en sí mismo considerado no es motivo suficiente para que surjan los efectos de la norma protectora, la que se limita a sancionar los actos discriminatorios. La protección de la maternidad como un hecho social es una cuestión de política legislativa, sin que le corresponda a los órganos jurisdiccionales extender más allá de los límites de la legislación creada los efectos tuitivos, aunque está claro que resulta deseable que la tutela sea del mayor alcance posible, lo que guarda correspondencia con los fines de un Estado Social de Derecho. De igual forma, la interpretación de las normas especiales siempre debe hacerse en procura de salvaguardar los derechos fundamentales que protege. La trabajadora cubierta por la norma especial de tutela es aquella que ha sido despedida en razón de su embarazo; es decir, este hecho natural es el que condiciona la decisión del empleador y por ello se considera arbitraria. (...)”
Voto No. 2020-001621 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
San José, a las doce horas treinta minutos del veintiocho de agosto de dos mil veinte.



CONCLUSIÓN

Por lo anterior podemos concluir que, siempre que se tenga claro que los hechos que han generado la disminución de las jornadas es la baja de estudiantes matriculados (debidamente documentado) y que esta medida se ha aplicado a todos los docentes del Programa (debidamente documentado) no se ha realizado ningún acto discriminatorio en contra de la funcionaria en periodo de lactancia. Lo anterior bajo la premisa de que no se ha dado tampoco ningún otro acto discriminatorio en contra de la docente.