

---

DAJ-AE-219-13  
05 de julio del 2013

Señor  
Mario Enrique Bolaños Ramírez  
Director  
Gestión de Capital Humano  
Ministerio de Trabajo  
Presente

Estimado compañero:

Nos referimos a su oficio GCH-1875-2013, del 02 de julio del año en curso, en el cual solicita criterio jurídico sobre si los permisos otorgados en los artículos 59 del Reglamento Autónomo de Servicios de este Ministerio y 21 inciso b) de la Convención Colectiva de este Ministerio, se extienden para madres y/o padres “de crianza” o está limitado a los progenitores biológicos, dado que existen casos de funcionarios que se encuentran en esta situación.

***1.- Reconocimiento de relaciones de crianza en otros países***

Este aparte tiene como propósito darnos una idea del avance del tema en otras latitudes. No pretende agotar todos los países, ni todas las aristas que de él puedan desprenderse, sino brindar un conocimiento básico del estado de regulación versus nuestra realidad.

A nivel de derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia maneja un concepto muy interesante de “familia de crianza”, como alternativa a la familia biológica que vale la pena señalar en el presente:

*“...Ahora bien, la presunción a favor de la familia biológica también puede ceder ante la denominada familia de crianza, que surge cuando ‘un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia’ que, por razones poderosas, puede ser preferida a la biológica, ‘no porque esta familia necesariamente sea inepta para fomentar el desarrollo del menor, sino porque el interés superior del niño y el carácter prevaleciente de sus derechos hace que no se puedan perturbar los sólidos y estables vínculos psicológicos y afectivos que ha desarrollado en el seno de su familia de crianza’ ”.*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tomado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>. Información bajada el 17 de julio de 2013, a las 2:00pm.

---

Nótese que el punto de arranque de aquel tribunal para definir una familia de crianza, es la separación de un menor de edad de sus progenitores biológicos por las razones que sean. Y, de seguido, la germinación de lazos de afecto entre el menor y el grupo que le dio cabida, albergue, cuidado y amor. Entonces, es necesaria una ruptura y separación entre los padres e hija(s) o hijo(s), que motive la atención del menor por parte de otras personas, con las cuales no existe un vínculo biológico, pero que psicológicamente se convierten en su seno familiar, por encima de quienes le dieron la vida. Con la familia de crianza, prevalecen aspectos emotivos sobre los biológicos, lo cual no es contradictorio con los fines de la familia y sociedad a nuestro juicio. De hecho, entendemos que la relación surgida por años de convivencia será mucho mayor que la que liga biológicamente a dos personas. Es un asunto muy personal de cada quien.

En un estudio jurisprudencial en el mismo país, se afirma que *“En la jurisprudencia colombiana reciente encontramos un significativo número de sentencias en las que vemos a los jueces referirse al hijo de crianza, no solamente como un mito, una figura meramente decorativa, cuya existencia es intrascendente, sino que en algunas ocasiones se le ha dado un tratamiento jurídico de sujeto de derechos y obligaciones en relación con sus padres de crianza, derivado del reconocimiento de una realidad social en la que lo familiar va más allá del vínculo sanguíneo o civil, atendiendo en este caso al vínculo afectivo y a la posesión notoria del estado de hijo (de crianza), y que por tanto nos hace pensar que dicha figura es más que una fantasía jurisprudencial para constituirse como una realidad.”*<sup>2</sup>

En el mismo trabajo se define al hijo de crianza como *“un fenómeno social no previsto en la ley pero reconocido por vía jurisprudencial, que hace referencia a aquella persona que en relación con otra llamada “padre o madre de crianza” ocupa el lugar de un hijo en virtud del lazo afectivo que los une, sin que exista un lazo de consanguinidad ni civil originando en un momento determinado derechos y obligaciones.”*<sup>3</sup> Según esta definición, no existe nexo de consanguinidad o de naturaleza civil, por lo que se descarta asimilarla a la adopción como mecanismo de adquirir el parentesco; existe un vínculo afectivo natural entre padres e hijo; y debe probarse el vínculo afectivo (algo similar a la posesión notoria del estado padre/hijo).

En Estados Unidos, la Ley de Ausencia Familiar y Médica (FMLA-siglas en inglés) le otorga derecho de ausencia no pagada del trabajo a un empleado elegible por hasta 12 semanas laborales y con protección de su puesto para el nacimiento o la colocación de un hijo o de una hija, para acercarse emocionalmente al/a la recién nacido(a) o al hijo o a la hija recién colocado(a) o para atender a un hijo o una hija con una condición seria de

---

<sup>2</sup> ACOSTA ARENGAS, Leonardo y ARAUJO QUIROGA, Lidia María, *El hijo de crianza en Colombia*, pág. 5. Tomado de <http://www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/El-hijo-de-crianza-en-Colombia.pdf>. Información bajada el 17 de julio de 2013, a las 3:30pm.

<sup>3</sup> Idem, op.cit., pág. 6.

---

salud<sup>4</sup>. Esta Ley ofrece una concepción amplia de hijo o hija, incluyendo al hijo biológico, al hijo adoptivo, al hijo de crianza, un(a) hijastro(tra), una persona bajo la tutela legal de otra, o una criatura de una persona que le sirve de *in loco parentis*.

La frase *in loco parentis* “*se entiende comúnmente para referirse a una relación en la cual alguien, sea un hombre o una mujer, se ha puesto en una situación de padre/madre al asumir y desempeñar las obligaciones de un(a) padre/madre hacia un(a) hijo(a) con el/la cual no tiene ninguna conexión legal o biológica. Existe cuando un individuo se propone hacer el papel de padre/madre.*”<sup>5</sup>

Las anteriores son apenas una referencia de la regulación de la familia de crianza y sus relaciones en otros países, lo cual no impide afirmar que nuestra realidad social y legal puede estar rezagada, para prestar atención en lo que corresponde a este Ministerio de Trabajo.

## ***2.- Familia de crianza: falta de conceptualización normativa en Costa Rica***

Al igual que sucede con muchas –la mayoría tal vez- legislaciones, en Costa Rica no se encuentra una conceptualización o definición de familia de crianza. En sí, no existe un concepto que de forma general refiera a las distintas relaciones cuyo ligamen no sea la consanguinidad, la afinidad o a una declaratoria civil o judicial. La tradicional regulación de las relaciones familiares se basa en la “familia” conformada por madre, padre e hijos esencialmente, sin desconocerse que pueden existir ligámenes con otros miembros como los abuelos por ejemplo. Es decir, se parte de una concepción básica biparental y heterosexual de la familia. A partir de esta, surgen un sin fin de situaciones que ameritan el reconocimiento y regulación estatal. En esencia, las mismas pueden verse en la Constitución Política y el Código de Familia, sin ser las únicas fuentes, pero sin duda las más importantes y representativas dentro de la concepción seguida por la legislación.

El Código de Familia establece en el artículo 11 que “*El matrimonio es la base esencial de la familia y tiene por objeto la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio.*” Sumando a ello la prohibición de contraer matrimonio para personas del mismo sexo contenida en el artículo 14 inciso 6) de la misma codificación –indistintamente de las interpretaciones con ocasión de la reciente reforma legislativa sobre las uniones de personas jóvenes del mismo sexo- a lo cual se añaden las disposiciones generales de los artículos 1 a 5 del Código sobre los padres e hijos, podemos partir de que existe un reconocimiento legal de la familia biológica, biparental y heterosexual, basada en el matrimonio, sin detrimento de los derechos y obligaciones de progenitores e hijos en caso de relaciones extramaritales o de las disposiciones relativas a la adopción, solo por mencionar algunos otros supuestos.

---

<sup>4</sup> Tomado de <http://www.dol.gov/whd/regs/compliance/whdfs28Bspanish.pdf>. Información bajada el 18 de julio de 2013, a las 10:30 horas.

<sup>5</sup> Ibid.

---

No obstante, en las últimas décadas han proliferado, si no por mayor cantidad sí por una mayor notoriedad de las agrupaciones defensoras de sus derechos, formas de organización familiar que se apartan de la tradicional. Parejas del mismo sexo, hogares monoparentales (originadas por divorcios o separaciones, o de madres y padres solteros), uniones de hecho, sociedades de convivencia, uniones entre personas con hijos provenientes de un matrimonio o relación anterior, son parte de la variedad de organizaciones familiares que convergen hoy día con la forma de agrupación tradicional. En la normativa de familia, apenas si se regulan un puñado de situaciones ligadas a la filiación (hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adopciones) y patria potestad, omitiéndose otras tantas que puedan derivarse de aquellos modelos “modernos” familiares.

Lo cierto es que de la investigación para atender su consulta, no apreciamos mayor producción doctrinal nacional en el tema de la familia de crianza. No obstante, sí podemos referir a ciertos casos donde la jurisprudencia ha abordado en alguna medida ciertas situaciones relacionadas, que veremos más adelante, pero a nuestro juicio apenas son pinceladas, como para concluir que exista una base sólida de regulación o reconocimiento de la familia de crianza.

### ***3.- Reconocimiento normativo de relaciones basadas en la crianza***

A pesar que no existe un concepto o definición legal de las relaciones familiares originadas en la llamada crianza, sí existen y han existido algunas normas que utilizan expresamente el término “crianza”, como forma de regular determinados supuestos donde la relación de cercanía es importante, aunque no se haya originado biológicamente. Así, tenemos el antiguo artículo 60 inciso ch) de la anterior Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres que disponía que *“Cuando en un accidente, con un vehículo amparado por el seguro obligatorio de vehículos, se produzca la muerte de una persona tendrán derecho al pago por concepto de indemnización las personas que se detallan adelante, según el orden de cita prioritaria, excepto los incisos a), b) y c), que no son excluyentes. [...] ch) La madre legítima o la madre de crianza.”*

Por su parte, el artículo 26.1.5 del Decreto Ejecutivo número 25370 MOPT-J-MP del 4 de julio de 1996, que reglamentaba la norma legal anterior, señalaba: *“Cuando con ocasión de un accidente se produjere la muerte de una persona, tendrán derecho al pago de la indemnización a que se refiere el artículo quince del presente Reglamento, los causahabientes, según el orden que a continuación se establece: [...] 26.1.5 La madre legítima o la madre de crianza, y si ambas existieren, la indemnización corresponderá a quien demuestre haber velado, en su oportunidad, por la guarda, crianza y educación del occiso.”*

Asimismo, en el actual artículo 12° del Reglamento del Seguro de Salud, se establece la posibilidad de asegurar a la madre y/o padre de crianza:

*“Artículo 12°*

*De la protección del beneficio familiar.*

*Son asegurados familiares: el o la cónyuge, la compañera o el compañero, hijos, hermanos, padre, madre y otros menores, que dependen económicamente del asegurado directo, según las siguientes condiciones:*

*a..., b..., c...,*

*d. Madre o la persona que le hubiere prodigado los cuidados propios de la madre, siempre y cuando se compruebe esa circunstancia a juicio de la Caja.*

*e. Padre natural o de crianza cuando a juicio de la Caja exista dependencia económica completa del asegurado directo...”*

Sin perjuicio de tener por agotadas las referencias legales o reglamentarias a las relaciones de crianza, podemos tener por cierto que existe un reconocimiento, aunque sea en casos muy puntuales, de relaciones originadas en la crianza. La pregunta que procede es por qué ese reconocimiento no ha trascendido a todas las situaciones.

Con relación a las normas antes indicadas, la Sala Constitucional ha emitido votos muy interesantes sobre relaciones de crianza, más desde una perspectiva de discriminación de normas vigentes. En el voto 2011-7808, de las 14:56 horas, del 15 de junio de 2011, manifestó lo siguiente respecto a la omisión de no incluir al padre de crianza en el pago de la indemnización por muerte de una persona, aplicando la anterior Ley de Tránsito:

*“Como aspecto previo, debe indicarse que esta Sala, en sentencia número 04812-98 de las once horas treinta minutos del seis de julio de mil novecientos noventa y ocho, al analizar el artículo de la Ley de Tránsito cuestionado, consideró que tanto la madre legítima o madre de crianza, como el padre, deben tenerse en un mismo orden de prelación, para efectos del pago de la indemnización derivada del seguro obligatorio de vehículos, en los supuestos de muerte. Ahora bien, se estima que el hecho de que se contemple a la madre de crianza y no al padre de crianza, implica un trato discriminatorio, violatorio del principio de igualdad y por ende, del contenido de los artículos 33 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”*

Como se aprecia, la Sala complementa una regulación legal ya existente, que reconoce un derecho al padre de crianza, que sin justificación alguna, estaba separado de un orden de prelación para recibir el pago de una indemnización. En sí, no crea un derecho sino que lo extiende a un sujeto por omisión injustificada de la legislación.

Por su parte, en el voto 2004-8013, de las 16:23 horas, del 21 de julio de 2004, la exposición de argumentos de la Sala fue mucho más amplio, pues además de hacer el estudio con base en el principio de igualdad y no discriminación, introduce el tema de la seguridad social –por la materia objeto de la acción, artículo 12 del Reglamento del Seguro

---

de Salud-, la validez de las leyes y de los actos públicos y los componentes del principio de razonabilidad desarrollados doctrinariamente. Aplicando la exposición teórica al caso, indicó lo siguiente:

*“Sometido el requisito cuestionado al análisis correspondiente, resulta evidente que no supera el examen de razonabilidad señalado. La cobertura del seguro de salud en relación con los familiares del asegurado directo está sometida a algunas condiciones o requisitos:*

- Grado de consanguinidad o parentesco: cónyuge o compañera (o), hijos, hermanos, padre o madre, otros menores*
- No tener trabajo*
- No poder optar por un seguro voluntario por no tener fuentes de ingreso adicionales*
- Dependier económicamente del asegurado directo*

*Estos requisitos son razonables pues pretenden garantizar que quienes califiquen como beneficiarios realmente no estén en condiciones económicas de contribuir directamente con el régimen. Dentro de esta línea de pensamiento, es razonable que cada uno de los beneficiarios, a su vez, esté sometido a requisitos adicionales que demuestren no sólo la imposibilidad de contribuir, sino también la relación de parentesco directa con el asegurado. Algunos de estos requisitos son la dependencia económica en el caso del cónyuge, condiciones de convivencia para la compañera (o), edad y/o condiciones de salud, en el caso de los hijos y hermanos.*

*Sin embargo, cuando se analiza la forma en que se regula la situación del padre y la madre del asegurado, se observa un trato diferente. La norma dispone que la madre solo deberá demostrar su condición de tal o haber prodigado los cuidados propios de ésta. El padre, sin embargo, debe cumplir dos condiciones:*

- Edad: 60 años o más*
- De ser menor, deberá padecer una discapacidad severa*

*Esa diferencia, en relación con el trato otorgado a la madre, constituye una discriminación que no tiene otro fundamento aparente que el sexo y que tratándose del seguro de salud, no tiene justificación alguna. Se trata entonces de un requisito que no es coherente con los principios de universalidad, generalidad, suficiencia de la protección y solidaridad que impregnan a la seguridad social y que están contenidos en varios artículos del mismo Reglamento de Salud...”*

Nuevamente la Sala, sin crear un derecho o condición nueva, señala que al padre de crianza se le trata desigualmente sin justificación alguna, al crearse una condición solo para él y no para la madre de crianza. En ningún momento se cuestiona que el beneficio social se extiende a un familiar por crianza.

Para cada una de las acciones propuestas que desembocaron en las resoluciones que han sido citadas, la Procuraduría General de la República rindió informes en el mismo sentido que fallara la Sala, lo cual nos da también una muestra de la inclinación doctrinal en la materia. No obstante, es bueno señalar que la tesis no es que se brinden mismos derechos a madre o padre de crianza al no haber sido considerados, sino que se omitiera a uno de ellos o se creara una condición limitativa sin ninguna justificación racional.

Como se puede apreciar, no son muchos los casos donde el bloque de legalidad regule situaciones donde la familiaridad por crianza se reconozca (es probable que en juzgados de familia exista mucho más material) y genere efectos jurídicos. Esto permite reconocer que el tema ha ido calando en algunas materias, no con la fuerza esperada como para que influya en otros campos, por lo que innegablemente existen importantes vacíos.

#### ***4.- Sobre su consulta en concreto***

La solicitud de criterio jurídico pretende que esta Dirección señale si las normas aludidas deben interpretarse en forma amplia o restrictiva, para ser aplicadas a los funcionarios de este Ministerio en casos de fallecimiento de padres o si estos requieren de algún cuidado especial. Por el origen y campo de aplicación de las normas jurídicas señaladas, el esfuerzo interpretativo debe considerar, necesariamente, el principio de legalidad administrativa, así como el espíritu o voluntad de las partes en el caso puntual de la cláusula convencional.

Partiendo del principio de legalidad, que como usted recuerda significa que una actuación administrativa debe estar autorizada por el bloque de legalidad preexistente, de acuerdo la literalidad de las normas y de conformidad con los conceptos de maternidad o paternidad vigentes y que fueran expuestos páginas atrás, la respuesta es sumamente sencilla a nuestro juicio: solo aplica a las madres y a los padres biológicos de los funcionarios.

Ahora bien, lo anterior no significa que esta Dirección Jurídica se muestre indiferente ante realidades que no necesariamente son reflejadas –y validadas- en la legalidad pública. Hemos repasado algunos escenarios donde la familia de crianza es reconocida, sino en la legislación, sí en alguna resolución judicial de situaciones concretas, donde la literalidad de la norma la comprendía. En Costa Rica, ya tenemos ejemplos palpables de que las relaciones de crianza son reconocidas; y criterios jurisprudenciales que van en la misma línea. De igual manera, la Procuraduría General de la República ha mostrado posiciones menos rígidas en cuanto a la aplicación literal de las normas, cuando de por medio están derechos humanos fundamentales y relaciones protegidas constitucionalmente.

Cuando se revisaron los votos de la Sala Constitucional, la justificación de los Señores Magistrados para incluir al padre de crianza en el beneficio de un derecho o para

---

eliminar condiciones discriminatorias, fue precisamente la falta de justificación razonable, de conformidad con el resto de la norma. Es decir, con vista en una norma jurídica existente que regulaba la figura crianza parental, se determinó la inconsistencia de no incluir a la figura paterna de crianza o de crearle a la misma figura una condición limitante para obtener un beneficio., cosa que no sucede en el caso de las disposiciones aquí estudiadas, que en su texto son restrictivas.

En este Ministerio, tenemos antecedentes de otorgamiento de permisos –por parte del Ministro de turno- no establecidos expresamente en ninguna norma aplicable a las relaciones de servicio en la institución, en casos de enfermedad o condición especial de hijos de funcionarios<sup>6</sup>.

Asimismo la Procuraduría General de la República reconoce la potestad de la Administración Pública, en la persona del Jarca institucional, para otorgar en forma discrecional permisos o licencias laborales a sus servidores. En el dictamen C-101-2010, del 14 de mayo de 2010, se indicó lo siguiente de importancia: “... Ahora bien, desde la perspectiva de la Administración Pública, hemos afirmado ‘que el otorgamiento de esta clase de permisos constituye una mera facultad y no una obligación para el jarca, el cual tiene la potestad de valorar los motivos en que se fundamenta la correspondiente solicitud y determinar discrecionalmente si cabe la concesión de tal beneficio, sopesando las consecuencias que ello pueda tener sobre la prestación de los servicios en la institución, las condiciones del funcionario de que se trate, etc., con apego a principios de justicia, conveniencia y objetividad’ (Dictamen C-396-2005 de 15 de noviembre de 2005, citado por el dictamen C-078-2008 de 14 de marzo de 2008. Y en igual sentido los dictámenes C-446-2006 de 8 de noviembre de 2006 y C-142-2008 de 5 de mayo de 2008).”

Teniendo esto como una guía de acción, no apreciamos ilegalidad alguna si las Autoridades en forma justificada y razonada, emiten un acto jurídico expreso y donde se autorice la concesión de alguno de los permisos en los cuales esté involucrado alguno de los dos o los dos padres de crianza del funcionario, no con base en la normas aludidas por lo indicado párrafos atrás, sino como una alternativa para quienes no desean acogerse a ella o no les sea aplicables los permisos. Se tiene además otro fundamento para la adopción de una decisión en este sentido, en el artículo 60 del Reglamento Autónomo de Servicios de este Ministerio<sup>7</sup>. El elemento negativo para el funcionario es que la norma establece la deducción del período vacacional, lo cual no se aplicó en los casos de los permisos a que hicimos referencia al principio de este párrafo.

---

<sup>6</sup> Resolución del Despacho del Señor Ministro DMT-1078-2008, de las 14 horas, del 31 de julio de 2008.

<sup>7</sup> “Artículo 60.- Los demás permisos, no contemplados en el numeral anterior, podrán otorgarse por el Ministro y el período de licencia con goce de salario se deducirá de las vacaciones correspondientes. En estos casos, el número de días de la licencia no podrá exceder el que por concepto de vacaciones tenga derecho el servidor al momento de concederse el permiso.”

La idea es que los funcionarios puedan ejercer ese derecho de petición y que la decisión jerárquica pueda reconocerles –esto quedará a discreción de la Administración– una licencia en similar sentido que las regladas en el Reglamento y la Convención Colectiva, según sea el caso. En caso que la Administración decida el otorgamiento, el acto administrativo debe emitirse bajo la condición necesaria, que por algún medio idóneo, se demuestre el lazo afectivo con la persona –materna o paterna de crianza– y que un eventual otorgamiento del permiso limite ipso facto, la concesión de los permisos reglados dirigidos a los padres biológicos. Esto último, dado que se presume que con los padres de crianza se da una especie de sustitución de las figuras parentelas biológicas, por una prevalencia de aspectos afectivos y psicológicos. De ahí que no sea razonable ni proporcional, que una persona solicite un permiso por fallecimiento del padre de crianza y luego se valga del permiso estipulado para el padre biológico para también solicitarlo, aunque no tenga mayor apego o relación con éste.

Con el fin de evitar discriminaciones o valoraciones subjetivas de los casos que se puedan presentar ante los Jerarcas, nos permitimos recomendar que se estudie la posibilidad de reformar tanto el Reglamento Autónomo de Servicios como la Convención Colectiva, si es la voluntad de la Administración Superior, sumando al Sindicato para la convención, a efectos de actualizar las normas a nuevas realidades como la familia de crianza. El punto central es, que de forma expresa, se amplíe la concesión de los permisos para madres o padres de crianza también, bajo la limitación de que el permiso o licencia se concederá solo una vez para cada figura. Es decir, otorgado el permiso para una madre de crianza por ejemplo, ya no se otorgue un segundo para la madre biológica. Esto para que el funcionario ejerza la opción del beneficio a su elección, bajo la restricción de que no pueda aplicarse una segunda vez sobre la misma figura. Este y otros detalles deben discutirse en el seno de reformas, con el objeto de revisar otras licencias donde la crianza tenga importancia.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora

Asesor

Licda. Ivania Barrantes Venegas

Jefe

kcm  
Ampo 9 D