



REVISTA REAL CARD

*Edición especial dedicada
a los Derechos Fundamentales
de los Trabajadores*

No. 8 - JUNIO 2012

GUATEMALA

Canada 

PRODEF
es apoyado
financieramente
por el gobierno de
Canadá, por medio del
Ministerio de Recursos
Humanos y Desarrollo
de Competencias
(HRSDC-Canadá) a
través de la Dirección
General de Trabajo
(LABOUR PROGRAM)
y de la Oficina para la
Cooperación Laboral
Interamericana (OIALC)
del HRSDC y su
Programa Internacional
para la Administración
Profesional del Sector
Laboral (IPPLA)
y la Agencia Canadiense
para el Desarrollo
Internacional (ACDI).

El objetivo de IPPLA es
mejorar la capacidad de
los países de la región,
sobre todo de los países
de la región Andina, del
Caribe y Centroamérica,
para proteger y respetar
las normas de trabajo
internacionalmente
reconocidas, al mismo
tiempo que se integran y
participan en los
mercados regionales
y mundiales.



*REVISTA
REAL CARD*

*Edición especial dedicada
a los Derechos Fundamentales
de los Trabajadores*

**No. 8 - Junio 2012
Guatemala**



*REVISTA
REAL CARD*

Consejo Editorial

Luis Linares
Coordinador Regional

Olga Loarca
Asistencia Técnica

Coordinadores de País

Cindy Sabat, Costa Rica
Floribeth Rodríguez, Honduras

Carlos De Icaza, Panamá
Arismendy Rodríguez,
República Dominicana

Editora

Ana Ma. de León de Specher

Diseño y diagramación

Herbert A. Méndez Jocol

Canada

Proyecto ejecutado con el apoyo
financiero del gobierno de
Canadá a través del Ministerio de
Recursos Humanos y Desarrollo
de Competencias (HRSDC-Canada)
y la Agencia Canadiense para el
Desarrollo Internacional (ACDI)



10 calle 7-48 zona 9
PBX 2201-6300
FAX 2360-2259

e-mail: asies@asies.org.gt
<http://www.asies.org.gt>
Guatemala

Comentarios:

linares@asies.org.gt
oloarca@asies.org.gt

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Para evitar la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a para marcar la existencia de ambos géneros, se opta por emplear el masculino genérico clásico, en el entendido de que todas las menciones en tal género representan siempre a hombres y mujeres.

Indice

Presentación	5
Aproximación a la naturaleza ontológica del derecho al trabajo <i>Carlos Alfredo Escobar Armas</i>	13
Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales <i>Wilfredo Sanguineti Raymond</i>	25
La eliminación de toda las formas de trabajo forzoso u obligatorio <i>Germán Eduardo Cascante Castillo</i>	47
Costa Rica: País recurrente, en la ley y en la práctica, en la violación de los convenios internacionales y las libertades sindicales <i>Mario Rojas Vílchez y Rodrigo Aguilar Arce</i>	67
La libertad sindical en Honduras <i>Miguel F. Canessa Montejo</i>	85
Desafíos para la inclusión y la equidad laboral en Guatemala <i>Flor del Rosario Tohom</i>	107
La abolición efectiva del trabajo infantil: Realidad centroamericana <i>Marco Antonio La Touche Arbizú</i>	121

Documentos

**Manifiesto de los cincuenta y cinco sobre la
reforma laboral - España** 143

Reseña de libros

**La justicia laboral en América Central, Panamá y
República Dominicana - Adolfo Ciudad Reynaud - (Editor)** 149

Presentación

Tenemos el agrado de poner en manos de nuestros lectores el octavo número de la **REVISTA REAL CARD**, que fue originalmente publicada por el proyecto Red de Asesoría Laboral de Centroamérica y República Dominicana (REAL CARD), apoyado por el Programa Internacional para la Administración Profesional del Sector Laboral (IPPLA por sus siglas en inglés) del **Ministerio de Recursos Humanos y Desarrollo de Competencias de Canadá** (HRSDC por sus siglas en inglés) y la **Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional** (ACDI), y ejecutado por la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) de Guatemala.

A partir de la finalización del proyecto REAL CARD, en diciembre de 2012, el IPPLA aprobó un nuevo proyecto laboral, de corta duración, denominado **PROMOVIENDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES (PRODEF)**, que se ejecuta en Costa Rica, Honduras, Panamá y República Dominicana, encomendando a ASIES la coordinación del mismo.

El proyecto **PRODEF** tiene como objetivo general contribuir al mejoramiento de las relaciones laborales y al cumplimiento de la legislación laboral en los países atendidos por el proyecto. Su objetivo específico es promover el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, reconocidos por la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*.

Las actividades del proyecto contemplan la publicación del octavo número de la **Revista Real Card**, dedicado a los derechos fundamentales de los trabajadores, como un aporte del **PRODEF**

para profundizar en el conocimiento y comprensión de esos derechos.

PRODEF incluye el apoyo a la elaboración de planes de acción para mejorar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores en Honduras, Panamá y República Dominicana, con la finalidad de que los gobiernos, representados por sus respectivos Ministerios o Secretarías de Trabajo, y los interlocutores sociales, cuenten con un instrumento que permita mejorar el cumplimiento de esos derechos y, como consecuencia de ello, lograr un clima de armonía en las relaciones laborales.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), al adoptar la declaración relativa a sus fines y objetivos, conocida como **Declaración de Filadelfia**, del 10 de mayo de 1944, reafirmó los principios fundamentales en los cuales se basa la actividad de la organización:

- El trabajo no es una mercancía.
- La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante.
- La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos.
- La promoción del bienestar común, mediante un diálogo en el que participen representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en pie de igualdad con representantes de los gobiernos.

El 18 de junio de 1998, la organización dio un paso más, al aprobar la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, la **Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento**, que hasta ese momento era tan solo la tercera declaración adoptada por la OIT en casi 80 años de existencia.¹

¹ La segunda fue la Declaración referente a la política de "apartheid" de la República de Sudáfrica, adoptada en 1964 y abrogada en 1995, cuando dicha política llegó a su fin.

En la presentación de la declaración se indica que, con ella, la OIT desea aportar una respuesta a los desafíos que plantea el proceso de mundialización o globalización de la economía. Reconociendo que dicho proceso favorece el crecimiento económico y que este es condición esencial pero no suficiente para el progreso social, afirma que el crecimiento debe ir acompañado “de un mínimo de reglas de funcionamiento social fundadas en valores comunes, en virtud de las cuales los propios interesados tengan la posibilidad de reivindicar una participación justa en las riquezas que han contribuido a crear”.

Un año después, el destacado diplomático chileno Juan Somavia, el primer Director General de la OIT proveniente de un país en desarrollo y quien finaliza su gestión el 1 de octubre de 2012, presentó a la 87ª Conferencia su memoria “**Trabajo Decente**”, en la cual define el concepto homónimo, que resume de manera brillante los principios plasmados en el Preámbulo de la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia.

El concepto de trabajo decente² tiene cuatro dimensiones, una de las cuales se refiere a la aplicación de las normas y la realización de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Los principios y derechos fundamentales son los siguientes:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación

² Oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente en condiciones de equidad, seguridad y dignidad humana (Trabajo Decente, Memoria del Director General, OIT, 1999).

Esos principios y derechos son considerados fundamentales por hacer referencia a categorías de derechos humanos relacionadas con la libertad (prohibición del trabajo forzoso), la igualdad entre todas las personas que trabajan (no discriminación) y el derecho de los niños a estudiar y a no trabajar antes de una edad mínima. Entre esos derechos ocupa un lugar especial el que se refiere a la libertad de asociación – para empleadores y trabajadores - y a la negociación colectiva, pues el ejercicio de esos dos derechos es la principal y más efectiva garantía para el cumplimiento de los otros derechos fundamentales y, en general, de los derechos que la legislación internacional y nacional reconocen a los trabajadores.

También son considerados fundamentales por estar plasmados en instrumentos internacionales de particular relevancia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales. Constituyen, como afirma el Director General de la OIT en su Memoria de 2006,³ “una base global para la gobernanza del mundo del trabajo”.

Según se asienta en la Declaración citada, los Estados miembros de la OIT tienen el compromiso, derivado de su mera pertenencia a la organización, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, y de conformidad con la Constitución de la OIT, los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Los citados principios están desarrollados en los ocho convenios que, dentro y fuera de la OIT, son reconocidos como fundamentales:

- Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, 1939
- Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949
- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951

³ Cambios en el mundo del trabajo. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª. Reunión 2006. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

- Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957
- Convenio sobre la discriminación, empleo y ocupación, 1958
- Convenio sobre la edad mínima, 1973
- Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, 1999

Todos los países de la subregión integrada por Centroamérica y República Dominicana han ratificado los convenios anteriormente citados, por lo que están incorporados plenamente a su respectiva legislación.

Algo que también conviene señalar, por su gran trascendencia, es que los principios desarrollados en los convenios fundamentales están recogidos, de manera destacada, en las constituciones de los ocho países, por lo que existe una base jurídica de especial jerarquía y de gran amplitud para que el cumplimiento de esos derechos se convierta en una meta y un compromiso de las sociedades de Centroamérica y República Dominicana.

En este número especial de REAL CARD hemos tenido la fortuna de obtener excelentes colaboraciones, que permiten presentar un conjunto de artículos dedicado a la temática de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El primero, del ilustre jurista y diplomático guatemalteco Carlos Escobar Armas, socio fundador de ASIES, quien hace una aproximación al trabajo y al derecho al trabajo desde la ontología, lo que le lleva a concluir que ese derecho es algo que forma parte de la esencia misma del ser humano, lo cual obliga a que las relaciones de trabajo se establezcan en condiciones de dignidad y justicia, y que los derechos humanos en el trabajo no puedan ser denegados bajo ninguna circunstancia, por ser intrínsecos a la naturaleza humana.

El segundo artículo, del jurista peruano Wilfredo Sanguinetti, actualmente profesor de la Universidad de Salamanca, nos ofrece un análisis sobre la aplicación del principio de proporcionalidad para la solución de conflictos que se suscitan al intentar ejercer

los derechos fundamentales de los trabajadores ante el poder de dirección de la empresa. Conflictos que derivan de la legitimidad que, en principio, tienen los intereses de cada una de las partes: trabajadores y empleador.

Queremos dejar constancia del gesto especial que el profesor Sanguineti, tuvo para nuestra revista, al atender nuestra solicitud de un artículo de su autoría. El profesor Sanguineti visitó Guatemala hace unos años, para dictar una conferencia sobre Multinacionales y Derecho del Trabajo, con ocasión del Seminario Internacional de Derecho Laboral, realizado en Antigua Guatemala en 2008.

A continuación presentamos cinco artículos que abordan los cuatro derechos fundamentales reconocidos por la OIT. El primero se refiere al trabajo forzoso, escrito por un distinguido iuslaboralista costarricense, German Eduardo Cascante, quien ofrece propuestas de acción para eliminar el trabajo forzoso y hace una síntesis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre el tema.

Los dos siguientes, están dedicados a la libertad sindical y la negociación colectiva. Uno, referido a la experiencia de Costa Rica, planteando la diferencia existente entre el marco legal vigente y el ejercicio de la libertad sindical, que trae como consecuencia, en opinión de los autores Mario Rojas Vilches y Rodrigo Aguilar Arce, destacados dirigentes de la Confederación de Trabajadores Rerum Novarum (CTRN), una situación de recurrente violación de la libertad sindical en ese país.

En el otro, del iuslaboralista peruano Miguel Canessa, cuya actividad académica en Centroamérica le permite un profundo conocimiento de la problemática laboral de nuestros países y de quien hemos publicado cuatro artículos en números anteriores de la Revista Real Card, se presenta un análisis de la congruencia de la normativa laboral hondureña con los Convenios 87 y 98, a la luz de las observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ambos de la OIT.

El cuarto artículo, producto de la colaboración de una joven estudiosa de los temas laborales, guatemalteca, Flor del Rosario Tohom, analiza diferentes formas de discriminación laboral existentes en Guatemala, tanto por motivo de género, edad, capacidades diferentes o especiales, etnia y religión, que plantean importantes desafíos para hacer realidad la incorporación de todas las personas al mundo del trabajo en condiciones de igualdad.

El quinto artículo está dedicado a la realidad centroamericana en materia de trabajo infantil, escrito por otro iuslaboralista costarricense, Marco Antonio La Touche, quien se desempeña como Gerente de Relaciones Laborales de una importante empresa de Costa Rica. El autor dedica una parte importante de su artículo a resaltar el papel que corresponde jugar a la institucionalidad pública en la prevención y abolición de toda forma de trabajo infantil, señalando que el marco legal de Centroamérica y República Dominicana recoge ampliamente el contenido de los convenios de la OIT relacionados con el trabajo infantil, así como el de otros instrumentos internacionales.

En la sección Documentos se transcribe el “Manifiesto de los cincuenta y cinco sobre la reforma laboral” en España. Los firmantes, catedráticos de derecho del trabajo y de la seguridad social en diversas universidades españolas, expresan su insatisfacción con una reforma que impacta desfavorablemente en los elementos esenciales del modelo constitucional de relaciones laborales y que afecta algunos de los derechos fundamentales.

Finalmente, en la sección Reseña de Libros, presentamos una elaborada por el jurista Otto Navarro, colega de ASIES, sobre el libro “La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana”, edición publicada por la OIT y dirigida por Adolfo Ciudad Reynaud, quien actualmente se desempeña como Especialista Principal en Legislación Laboral, Administración del Trabajo y Diálogo Social de la OIT, para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana, con quien colaboraron ocho especialistas, que elaboraron los estudios sobre la justicia laboral de los siete países cubiertos por el estudio. El tema de esta obra

tiene una estrecha relación con los derechos fundamentales de los trabajadores, pues un sistema de justicia laboral eficiente y eficaz es un instrumento indispensable para garantizar la vigencia de esos derechos. Del Dr. Ciudad Reynaud hemos publicado, en el séptimo número de REAL CARD un artículo sobre las reformas procesales laborales en América Latina.

Finalmente agradecemos a los autores por sus valiosos aportes, así como la dedicación de nuestra editora, Ana María de Specher y de nuestro diseñador e impresor, Herbert Méndez, pues sin el concurso de todos ellos no tendríamos una publicación de creciente calidad, tanto en su contenido como en su presentación. También reiteramos nuestro reconocimiento al equipo del IPPLA-HRSDC, en especial a David Mercier y Marielle Pion, por el apoyo proporcionado para la ejecución del proyecto **PRODEF**, que hace posible la publicación del octavo número de la Revista Real Card; así como al equipo de **PRODEF**, integrado por Olga Loarca, Cindy Sabat, Floribeth Rodríguez, Carlos De Icaza Ruiz y Arismendy Rodríguez, sin cuya colaboración no podríamos cumplir con los objetivos y actividades del proyecto.

Luis F. Linares López
Coordinador Regional de PRODEF

Aproximación a la naturaleza ontológica del derecho al trabajo

Carlos Alfredo Escobar Armas *

¿Qué es la ontología?

La ontología es la más importante de las disciplinas filosóficas, que permite indicar y establecer cuál es el ente en tanto tal, porque ente es todo lo que es, tiene ser, es a la que Aristóteles llamó la filosofía prima.

La ontología es la ciencia más universal, cuyo origen puede explicarse al momento en que Dios contesta a Moisés, “yo soy el que soy”, con una frase que se aplica al nombre personal del Dios de Israel, Yavhé, que en hebreo se escribe con las cuatros consonantes YHWH transcrita habitualmente como Yahvé, verbo hebreo “hayah” que significa ser, existir y a veces acontecer, que equivale a “Yo soy el que existe realmente y por sí mismo”. Debe tenerse en cuenta al respecto que el verbo hebreo, no designa la mera existencia, sino una presencia viva y activa (Éxodo 3.14). Por otra parte, siguiendo la tradición bíblica entre los semitas, el conocimiento del nombre da poder sobre el mismo ser nombrado. Esta tradición, como la tradición ya vista, se remonta a tiempos anteriores al diluvio.

* Guatemalteco. Abogado y Notario, por la Universidad de San Carlos de Guatemala, con Postgrado en Desarrollo Urbano y Regional, Massachusetts Institute of Technology, Boston. Ha desempeñado, entre otros, los cargos de Diputado y Primer Vicepresidente del Congreso de la República; Director del Instituto de Ciencias Políticas y Decano de la Facultad de Teología de la Universidad Rafael Landívar; Embajador de Guatemala ante la Santa Sede y la República Socialista Federativa de Yugoslavia; Director del Fondo de Inversión Social (FIS). Miembro fundador de ASIES y del Partido Democracia Cristiana Guatemalteca.

El carácter ontológico del derecho al trabajo, lo hace teleológicamente antropológico, apelando a un humanismo auténtico en consideración a que su razón de ser es el ser humano mismo y su dignidad. Bajo este carácter de derecho humano quedan superados los conceptos restringidos, estructuralistas y despersonalizados de Marx, o los sentimentalismos utópicos de otros autores.

La ontología como la más importante de las disciplinas filosóficas para indicar la ciencia del ser como tal, es la ciencia de la cual dependen otras disciplinas como la antropología, la teoría del conocimiento y la teología racional. Es por tanto la ciencia del ente en tanto que ente, porque ente es todo lo que es o sea que tiene ser. La persona es ente porque tiene ser, y su manera de ser es ser humano. La ontología es ciencia universal de todos porque se refiere a todas las cosas, en su totalidad y no hay ámbito que no caiga bajo su consideración. La pregunta básica de la ontología ¿qué es y en qué consiste el ser?, la ontología responde indagando los principios, las causas más elevadas que tengan naturaleza propia. Con muchas significaciones, pero todas referidas a un único principio.

La ontología estudia el ser en sí mismo, por lo que la ontología del *derecho humano* al trabajo fija el ser al derecho, o sea al objeto sobre el que se va a filosofar y que es anterior al conocimiento, es decir que tiene una realidad propia, como todo derecho humano que antes de ser estudiado, permite ver por sí mismo sus relaciones interhumanas. Es por ello que el *derecho humano* al trabajo ha de establecer una relación de justicia interhumana, en virtud de su naturaleza de actividad humana por excelencia, desarrollada por una persona para sí, para la familia y para la sociedad. Esta relación obliga a ser justa y digna, porque es una relación de equidad, concreta no abstracta sino objetiva, de las facultades de las que está dotado el ser humano con sus correlativas obligaciones que convergen a su cumplimiento y validez.

Se encuentra allí la importancia de consagrarse, como lo hace la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al estudio

progresivo del fenómeno de correlación del derecho al trabajo y las obligaciones que de él se derivan como una “obligatio et juris viculum”:-

El *derecho humano* al trabajo, es un derecho consecucionalmente natural, ínsito de los seres humanos y es a través de este que la sociedad se ha desarrollado en forma válida y dinámica como aspiración o pretensión moral, y es gracias a la intervención de la OIT en muchas sociedades y Estados miembros, o no, que mediante la reivindicación de la dignidad del trabajador como ser humano, la actividad esencialmente humana del trabajo sea, desde todo punto de vista, objetivo y subjetivo, una actividad protegida y dignificada.

La ontología y la ética

A lo largo de gran parte de la historia, el estatuto ontológico de los seres humanos, no ha sido reconocido como debe ser. Se ha aceptado o admitido el estatuto ético de las personas que considera personas a aquellas que así eran reconocidas, pero excluye a los que se consideraban diferentes, a los que no hablaban como nosotros, y acepta sólo aquellos que tenían las mismas características. La historia registra tres ejemplos paradigmáticos: por una parte los griegos llamaban “bárbaros” a quienes pronunciaban sonidos ininteligibles para ellos.

Así, Aristóteles llamaba al hombre como “zoom logonejon” animal racional con “logos” porque hablaban griego, pero a quienes no eran capaces de hablar griego, les negaba que tuvieran “logos” y por lo tanto no había por qué respetarlos. Con esta falta de comunicación en griego los bárbaros debían ser esclavos, dado que se consideraban inferiores espiritualmente. Aristóteles defendía la necesidad de la esclavitud debido a esta inferioridad. Siglos más tarde surgió una disputa intelectual.

Por un lado, Fray Bartolomé de las Casas; defendía la condición de personas de los indígenas, en su Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias. Por otro lado, Juan Ginés de Sepúlveda, contemporáneo de Fray Bartolomé, escribió en su “democrates

secundas sive de justis belli causis” que los indígenas eran seres naturales no racionales, pues para él los indígenas eran “hombrecillos en los que difícilmente se encuentran vestigios de humanidad”, de esta manera sigue a Aristóteles, llamando a los indígenas, bárbaros y siervos por naturaleza.

Para dirimir esta cuestión, se reunió en Valladolid una junta de teólogos que fue convocada por el Emperador Carlos I, a fin de replantear al hombre europeo sus ideas sobre el hombre y la historia, pues tenía importantes implicaciones prácticas, especialmente para la evangelización de nuestro continente, entre otras cuestiones, como permitir o no el matrimonio de los españoles con las mujeres indígenas, o si tenían o no capacidad para la fe y los sacramentos.

Esta cuestión así tratada, hizo que el Papa Paulo III promulgara la bula “Sublimis Deus” en 1537, en la cual declaró tajantemente la racionalidad de los indígenas y por lo tanto su capacidad para la fe y los sacramentos.

Juan Carlos Álvarez, en su ponencia “Ser humano-persona: planteamiento del problema publicada en la compilación “Ser humano, persona y dignidad”, que recoge las ponencias transdisciplinarias presentadas con ocasión del Décimo Noveno seminario de la Cátedra de Bioética de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid ISBN 84-330-2007-2, Ser humano, persona y dignidad (pág. 19) dice “Una de las conquistas más importantes de la ética, a lo largo de la historia, ha sido ir ampliando progresivamente el círculo de aquellos que han de ser respetados; actualmente consideramos personas a los bávaros, a los indios, a los negros, a los gitanos, a las mujeres, etc. Ha costado siglos aceptar que los otros, los diferentes a nosotros, son también seres humanos, personas, que merecen respeto”. Este respeto se fundamenta en que el ser humano tiene una dignidad, la que aparece en todos los códigos deontológicos, textos constitucionales y legales tanto en el ámbito nacional, como últimamente en el supranacional de los tratados, convenciones, actos o convenios.

Hay distintas maneras de comprender la dignidad, así desde la que procede de la propia esencia del ser, que algunos autores llaman la dignidad ontológica que se expresa por el hecho de ser persona merecedora de respeto y consideración, independientemente de cómo actúe, para nuestro caso el trabajador, sea cual fuera su actividad laboral, objetiva o subjetivamente considerada. Esta dignidad es un atributo esencial y singular de todo trabajador, del ser persona, dignidad a la que no puede renunciar, porque el trabajo es una actividad humana y por tanto el derecho al trabajo es absoluto y no admite excepciones, piénsese así en el caso de la persona con capacidades especiales.

Por otra parte la dignidad de la ética, al decir de Romano Guardini en "Persona y mundo",¹ "significa que no puedo ser utilizado por nadie" por lo que trata de obtener la excelencia personal y esto distingue aquellos actos que dignifican engrandeciendo al ser humano de los actos indignos que lo envilecen. De estos conceptos derivan la dignidad jurídica, reconocida en leyes y normas y la volitiva como ejercicio de la voluntad y libertad, que suponen el autogobierno de la persona.

Heidegger (filósofo personalista) en "El ser y el tiempo" entiende al ser humano como un "ser en existencia", basado en que existe en el mundo y debe construir su esencia; pero como también está en relación con el mundo, y es en esta interacción en la que se va construyendo, y en la que el sujeto llega a realizarse, convirtiendo así la fenomenología de trabajar en ontología hermenéutica del trabajo. En consecuencia es una perfección perfectible que puede hacerse defectible.

Don Luis Recasens Siches (nacido en Guatemala) señala que "en filosofía, persona es la expresión de la esencia del ser humano, del individuo humano, esencia que no puede ser captada dentro

² R.Guardini. "Persona y mundo" citado por F. Torralba, *Antropología del cuidar*. Ed. Fundación MAPFRE. Madrid 1998. 1063 Ver Corte IDH, *El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27(2), 25(1) y 7(6), Opinión Consultiva OC-8/87 de Enero 30, 1987, Series A. No. 8, párr... 18 en Pág. 7. 4 Ibid., Loc. Cit.

del mero campo de la ontología, antes bien, es conseguible tan solo en la intersección de este campo con el de la ética” con lo cual “desde tal punto ético, la persona se define como el ser con dignidad”. Conclusión, ser, en el campo ontológico del derecho al trabajo y su encuentro en el ético, es el derecho al trabajo decente preconizado por la OIT.

Para concluir esta aproximación ontológica del derecho humano al trabajo, es conveniente finalmente abordar la temática de la persona y su dignidad desde el derecho al trabajo en el camino óntico y ético.

El derecho al trabajo y su naturaleza

El derecho al trabajo tiene una naturaleza ontológica en virtud de que se refiere a una actividad que por esencia propia es efectuada por un ser humano, ya sea hombre o mujer, lo que lleva a afirmar que es un derecho humano y como tal, ínsito de la persona y su dignidad ya que esta, al ser una realidad que recibe su savia del trabajo, tiene un sentido más profundo que se vincula a la razón y a la ética de manera necesaria. Esta vinculación ocurre por ser el derecho al trabajo un fenómeno que da vida al ser humano en su dignidad de tal, y por lo mismo como un sujeto que vive cada día transformando la naturaleza y obteniendo al propio tiempo la realización de sí mismo, haciéndose cada vez más un ser social.

El derecho al trabajo, en consecuencia, es siempre un derecho personal con función social y por lo tanto un derecho que debe permitir investigar las leyes de la naturaleza y manejar a su servicio las fuerzas de la materia, dominándolas y sirviéndose de la técnica como aliada, por ello la mecanización nunca debe suplantar a la libertad, la creatividad y la responsabilidad, pues de lo contrario, reduce al hombre y a la mujer a una nueva forma moderna de esclavitud, que como tal es indigna de toda persona humana.

En su Carta encíclica, “Caridad en la verdad” (69) S.S. Benedicto XVI, indica: “Si bien la técnica permite dominar la materia, reducir los

riesgos, ahorrar esfuerzos, mejorar las condiciones de vida” ésta responde a la misma vocación del trabajo humano”(...)“vista como una obra del propio talento, el hombre se reconoce a sí mismo y realiza su propia humanidad. La técnica es el aspecto objetivo del actuar humano cuyo origen y razón de ser está en el elemento subjetivo: el hombre que trabaja. Por eso la técnica nunca es sólo técnica”.

La realidad ontológica del derecho al trabajo

El derecho al trabajo como consecuencia de las anteriores reflexiones tiene una naturaleza ontológica que debe ser desarrollada por la deontología. La sociedad en general, y los profesionales del derecho, con especial mención de los abogados laborales, estamos llamados a determinar la naturaleza de la voz “derecho del trabajo” como un fenómeno lógico de una actividad humana y por lo tanto ontológica, ya que el trabajo es por esencia propia efectuada por un ser humano, ya sea éste hombre o mujer lo que genera deberes y obligaciones.

El derecho al trabajo, precisamente por provenir en cuanto tal de la voz “derecho” del latín “directus”, obliga pensar que tiene un sentido más profundo que se vincula a la razón y la ética de manera necesaria por ser un derecho humano, y como tal es ínsito del ser humano o sea “extranormativo” por tener una naturaleza humana y social.

Ontológicamente, el derecho al trabajo es el derecho a una actividad humana y social, que la realidad filosófica la coloca como una realidad de la existencia humana de la cual la vida del ser humano, hombre o mujer está hecho cada día. De tal realidad deriva su propia dignidad específica, lo que ejercita y obtiene, a través de la influencia que el trabajo tiene fenomenológicamente para su vida al transformar la naturaleza material, y al propio tiempo obtiene la realización de sí mismo en cuanto hombre o mujer, quienes se hacen cada vez más seres sociales.

El derecho al trabajo y su protección

La propia naturaleza del concepto de derechos humanos consiste en que estos al pertenecer a la persona en su calidad de ser humano, no pueden ser privados de su **sustancia** bajo ninguna circunstancia. Ya que son intrínsecos a la condición humana. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresan esta ética fundamental en los primeros párrafos de sus preámbulos, al reconocer "(...) la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables". Esta dignidad, es expresión del principio de su universalidad, incluyendo el derecho a la igual protección constitucional y legal, principio fundamental que informa todo el campo del Derecho Nacional e Internacional de los Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce expresamente, en el segundo párrafo de su preámbulo, que "los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana". Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre el Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías, afirmando que los derechos protegidos por la Convención no pueden, "per se", ser suspendidos ni siquiera en estados de emergencia porque estos son "consustanciales con la persona" y siempre calificadas "pro hombre"³. Según la Corte, lo que podría "suspenderse o impedirse" en virtud de la Convención es el "pleno y efectivo ejercicio" de los derechos contenidos en ella⁴.

El principio de derechos universales e inalienables de todos los seres humanos está basado de forma sólida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos:

- Los derechos humanos son inherentes al ser humano. Los derechos humanos son por lo tanto derechos universales e inalienables de todos los seres humanos.

- Los seres humanos no pueden ser privados de la esencia de sus derechos (inalienabilidad). Solamente el ejercicio de algunos de estos derechos puede ser limitado en ciertas circunstancias.
- El hecho de que los derechos humanos se originen en la naturaleza única de los seres humanos significa que ellos deben ser objeto de efectiva protección social y jurídica a nivel nacional e internacional.

Una efectiva protección de los derechos humanos es, en consecuencia, una condición esencial para la paz y la justicia en todo nivel, ya que esta tiene salvaguardas inherentes que ofrecen a la población formas de reducir la tensión social en el nivel nacional e internacional.

El nexo entre el Estado Constitucional de Derecho, la efectiva protección de los derechos humanos y el progreso económico, inter alia, fueron enfatizados en la actual Constitución Política de la República.

Su efectiva protección y las libertades fundamentales conducen a la paz, la seguridad y la armonía entre sectores productivos y provee una cultura democrática básica que se inicia desde la familia, evitando los conflictos intrafamiliares y extrafamiliares y resueltos de forma pacífica.

Por otra parte, se asegura el progreso económico que depende también en gran medida de la buena gobernanza.

Los derechos humanos deben ser protegidos efectivamente por los sistemas jurídicos nacionales. Y deben ser interpretados sobre la base de una aproximación integradora y teleológica, mediante la búsqueda de una interpretación que respete los derechos e intereses de la persona humana y que preserve el sentido lógico dentro del contexto social tratado.

Conceptos finales

Siendo que este artículo fue redactado en el mes de mayo, termino mis reflexiones en primer lugar, rindiendo un homenaje al Día Internacional del Trabajo que celebramos el primero de este mes, pero al mismo tiempo se da la coincidencia que el tema del trabajo ha ocupado expresamente el pensamiento del Papa León XIII quien lanzara al mundo la *Rerum Novarum* el 15 de mayo de 1891 y que el Papa Juan Pablo II diera a conocer, con ocasión de los cien años de la encíclica anterior, con fecha 13 de mayo, curiosamente dos días antes del aniversario de la encíclica de León XIII, la que llamó *Laborem exercens*, ambas desde una perspectiva antropológica. Como dijimos anteriormente, la antropología es una disciplina filosófica de la ontología.

Con visión histórica, global y realista, esta encíclica parte del hombre, como sujeto activo y responsable del trabajo, al que llama "actus personae", constituyendo este principio de la subjetividad del trabajo, el hilo conductor del desarrollo conceptual de todo el documento. Este hombre, sujeto del derecho al trabajo, no se considera en abstracto, como ser genérico o ente colectivo, ni tampoco como un ser autónomo, autárquico, autosuficiente, individualista y falto de solidaridad, egoísta, sino como persona, en su única e irrepetible individualidad como ser humano, histórico, social y solidario.

Es un documento de síntesis - de ahí su importancia, integra las experiencias sociales y económicas del occidente desarrollado -, desde cuya óptica habían sido escritos fundamentalmente todos los documentos contraídos bajo las experiencias de los países del este y oeste europeos, también de las de nuestro mundo americano, especialmente la del mundo conformado en lo que ha dado en llamarse el tercer mundo, posicionándose como realistas y ante ciertas formas de propiedad colectiva de los bienes de producción, con avances sociales introducidos por las sociedades más evolucionadas.

Entre estas fórmulas surge la copropiedad, la participación en la gestión y en los beneficios mediante el accionariado del trabajo, afirmando y defendiendo la plena verdad del ser humano en

su existencia personal, comunitaria y social desde el núcleo fundamental de la familia, lo que pareciera ser la base del hermoso preámbulo de nuestra Constitución Política.

En resumen el derecho humano al trabajo, desde el punto de vista ontológico, antropológico y ético contiene un mensaje liberador para los hombres y mujeres que formamos parte de toda la humanidad trabajadora sin distingos de ninguna naturaleza.

El derecho al trabajo como una actividad realizada por el ser humano, y es característica suya, como tal exige renovada atención y testimonio decidido frente a los temores y esperanzas relacionados con dicha actividad, el trabajo.

La OIT, como organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas, mantiene siempre como uno de sus principios recordar la dignidad y el derecho al trabajo de los hombres y mujeres, señalar las situaciones que conducen a una violación de los derechos de los trabajadores, pero al mismo tiempo orienta los cambios que son necesarios en orden al progreso auténtico de los seres humanos y con ello el progreso auténtico y desarrollo con ética de la sociedad.

El derecho al trabajo constituye en consecuencia un elemento permanente de la vida social y por lo mismo, pone de relieve que el trabajo humano tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, tiene como sujeto al ser humano; y que su expresión en las diversas épocas de la cultura y de la civilización sigue siendo una transformación que no debe ser adversaria del ser humano, cuando lo suplanta y cuando este desarrollo lo priva de puestos de trabajo, reduciéndolo como señalábamos anteriormente a esclavo, con una esclavitud moderna que olvida contenidos y tensiones de carácter ético-social, y representa un desafío continuo para un Estado constitucional de derecho de carácter humanista como es el nuestro.

Confiamos en que la naturaleza ontológica del derecho al trabajo contribuya al proceso de desarrollo y ofrezca una ocasión sistemática y un estímulo para pensar y valorar tanto la dimensión objetiva como subjetiva de la actividad laboral.

Bibliografía

- Mounier, E. *El personalismo*. A.C.C. Madrid, 1997.
- Castro Álvarez, Juan. *Ser humano-persona: planteamiento del problema I. Estatuto ontológico y estatuto ético. Ser humano, persona y dignidad*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. 2005. D.D.B.
- Recasens Siches, Luis. *Tratado de filosofía del derecho*. Editorial Porrúa, S. A. México 1975. 244-45.
- http://usuarios.advance.com.ar/pfernando/DocslgILA/Paulo3_sublimis.htm
- Maritain, J. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Buenos Aires, 1972, 12,13.

Derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales*

Wilfredo Sanguinetti Raymond¹

I. Un salto cualitativo en la construcción del moderno derecho del trabajo: la tutela de los derechos fundamentales del “ciudadano-trabajador”

En las últimas décadas las estructuras tradicionales del derecho del trabajo, articuladas en la mayor parte de países a partir de la necesidad de introducir elementos de equilibrio en el seno de una relación estructuralmente desigual como es la de trabajo, se han visto sometidas a duros y constantes ataques, todos ellos dirigidos a tratar de subordinar su construcción a los requerimientos de la economía, interpretados estos en clave de supresión o aligeramiento de todas aquellas instituciones o mecanismos que traben o dificulten la libre actuación de los sujetos económicos dentro del mercado. Estas presiones han contribuido a transmitir

* El punto de partida de este artículo se encuentra en la intervención oral del autor en el Seminario Internacional “Derechos Humanos y Derecho del Trabajo”, celebrado en Montevideo del 22 al 24 de junio de 2009. Con posterioridad, el mismo ha tenido la ocasión de debatir sobre su contenido con diversos colegas de la especialidad en diversos foros, de uno y del otro lado del Atlántico. El texto que se presenta aquí recoge las principales aportaciones fruto de tan decisivo intercambio. Está dedicado a Oscar Ermida Uriarte, muy querido amigo y admirado colega, de cuya ausencia no terminamos aún de hacernos cargo los que conservamos su recuerdo siempre presente en nuestro trabajo cotidiano. Para la preparación del texto inicial han sido de especial utilidad dos textos, ambos procedentes del ámbito de la filosofía del Derecho, a los cuales se remite para un mayor desarrollo de las tesis sobre la naturaleza de los derechos fundamentales y el método al que es necesario recurrir para solventar los conflictos que entre ellos pueden producirse a la hora de su aplicación, que aquí se exponen de manera sintética. El primero es la segunda edición

una imagen del derecho del trabajo como una disciplina jurídica a la defensiva, cuya única aspiración –si es que le competía tener alguna dentro del nuevo paradigma en alza– radicaba en tratar de salvar los elementos fundamentales de su identidad del asalto al garantismo impuesto por dichas concepciones. Una disciplina, por tanto, a la que no le estaba en principio permitido, so pena de situarse a contracorriente de la “modernidad” del pensamiento dominante, plantearse siquiera la posibilidad de alcanzar niveles superiores de desarrollo en lo que a la concreción de sus propósitos igualatorios o equilibradores se refiere.

En este mismo período, sin embargo, el derecho del trabajo ha experimentado, por paradójico que pueda parecer, una notable expansión de sus objetivos protectores. De manera constante, aunque por lo general no estridente, los últimos años son testigos del tránsito, de la tutela exclusiva del trabajador como productor y sujeto de una relación jurídica de dependencia, a una visión más amplia u holística del mismo, que añade a la perspectiva clásica su consideración como titular del conjunto de derechos fundamentales que le corresponden en tanto persona y ciudadano. Unos derechos de los que no se desprende, como es obvio, como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo y que, por tanto, han de acompañarlo a lo largo de su ejecución.

Esta es una evolución sólo en parte de atribuible a factores endógenos. En realidad, en su base se sitúa, antes que nada, el avance imparable experimentado en las últimas décadas por el

de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, El segundo es la tercera edición de El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, del que es autor Carlos Bernal Pulido. En su versión definitiva, este trabajo ha sido publicado también en el número 11, de 2011, de la revista Derecho del Trabajo, de la Fundación Universitas de Venezuela.

- ² Peruano. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Perú y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. En 2005 ingresó, por concurso nacional, al Cuerpo de Catedráticos de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de España. Autor, entre otras obras de: “El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo” (1988); “Contrato de Trabajo y nuevos sistemas productivos” (1997) y “Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas a los desafíos de la transnacionalización del empleo” (2003). Editor, conjuntamente con Agustín García Laso, de dos obras colectivas: “Sindicatos y cambios económicos y sociales” (2002) y “Globalización económica y relaciones de trabajo” (2003).

paradigma del Estado Social y Democrático de Derecho como forma política y la consecuente expansión y generalización de la exigencia de respeto de los derechos fundamentales que le es inherente. Su resultado final ha sido, en todo caso, por decirlo con una expresión que alcanzó fortuna en la Italia de los años 70 del pasado siglo, el “ingreso de la Constitución en la fábrica”, con la consiguiente negación de la consideración de esta como un espacio cerrado y autorreferencial, dentro del cual el empleador ejercía una autoridad indiscutida e indiscutible, compensada solamente, bien que “desde fuera”, por la actuación normativa del legislador y la praxis de las organizaciones sindicales. Frente a ello, las transformaciones impuestas por el constitucionalismo moderno han terminado por afirmar la necesidad de dar lugar a un nuevo “modo de estar” en las organizaciones productivas, coherente con la condición de titulares de los derechos fundamentales de quienes en ellas despliegan sus esfuerzos.

En todo caso, aunque con el fin de dar cuenta de la intensidad de esta transformación se suele hablar de “ciudadanía de la empresa” y de derechos del “ciudadano-trabajador”, los derechos de cuya garantía venimos tratando no son, en puridad, aquellos que se atribuyen al mismo en tanto integrante de una comunidad política determinada. Es decir, los derechos de participación política en sentido estricto, cuya titularidad depende, en última instancia, de su pertenencia a la misma. Antes bien, la noción de “ciudadano” es empleada en este caso en sentido amplio, equivalente a la de persona. Los derechos de los que tratamos se caracterizan, desde este punto de vista, por ser universales, en el sentido de que corresponden a cualquier individuo por el solo hecho de ser tal.

Estos derechos pueden ser identificados, además, por dos rasgos complementarios que conviene poner inmediatamente de manifiesto. El primero está representado por su carácter de fundamentales, derivado del hecho de aparecer plasmados o recogidos en cartas y declaraciones de rango constitucional o en declaraciones y pactos internacionales sobre esta materia y actuar, como consecuencia de ello, como fundamento del orden político-jurídico al que sirven de referencia. El segundo de tales rasgos está

representado por su naturaleza, en la mayor parte de los casos, de derechos de libertad o de derechos negativos de inmunidad, en el sentido de que se concretan en la expectativa de ausencia de intromisiones o injerencias sobre su objeto, antes que en la expectativa de prestaciones.

La nómina de los derechos que gozan de estos atributos es amplia y compleja. Dentro de ella es posible entender comprendidos, con la formulación ofrecida en cada caso por los instrumentos que proceden a su reconocimiento, al menos los siguientes derechos:

- A la vida, a la integridad física, psíquica y moral y al libre desarrollo de la personalidad.
- A la libertad ideológica y religiosa o de conciencia y culto.
- A la libertad de expresión e información.
- A la intimidad personal y familiar.
- Al honor, a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones.
- A reunirse y a asociarse.
- A la igualdad ante la ley, sin discriminaciones.

Todos estos son, como se ha dicho, derechos reconocidos por las normas constitucionales o los tratados y declaraciones internacionales con una titularidad amplia o general, no específicamente laboral. La evolución del pensamiento constitucional y la afirmación de la fuerza de obligar de las normas fundamentales ha determinado que puedan ser ejercidos también de forma universal, por todos los ciudadanos en todos los ámbitos de la vida social, incluyendo el de las relaciones de trabajo. El hecho de que el ejercicio de estos derechos se lleve a cabo por trabajadores en el seno de una relación de trabajo no altera, como es evidente, su naturaleza. No obstante sí es determinante de una "impregnación" laboral de los mismos. Estos se convierten, así, en verdaderos derechos laborales, tanto por razón de los sujetos que los ejercen como por el ámbito en el que son hechos valer. En "derechos constitucionales laborales inespecíficos", en la feliz expresión del Profesor Palomeque, que el "ciudadano-trabajador" puede ejercer en tanto que "trabajador-ciudadano".

II. La proyección de los derechos fundamentales de la persona sobre el contrato de trabajo: dos respuestas contradictorias para una cuestión capital

El presupuesto técnico-jurídico de la aplicación de estos derechos fundamentales de titularidad general o inespecífica a las relaciones de trabajo está constituido, como resulta más que sabido a estas alturas, por el reconocimiento de su eficacia horizontal. Es decir, por su consideración como prerrogativas o posibilidades de actuación susceptibles de ser ejercidas por sus titulares, no sólo frente a los poderes públicos, sino también respecto de otros sujetos privados en el ámbito de sus relaciones recíprocas.

En la actualidad, la eficacia horizontal o *inter privatos* de los derechos fundamentales constituye una realidad asumida de forma generalizada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural. Y además, en su versión más genuina y completa, como es la que atribuye a los mismos un efecto inmediato y directo sobre tales relaciones, no necesitado de acto alguno de mediación legislativa o judicial que delimite o desarrolle su contenido, “proyectándolo” al ámbito privado. Esto incluye, como es obvio, a las relaciones de trabajo, respecto de las cuales tampoco se exige por lo general ningún tipo de decisión distinta de la de reconocer los derechos en cuestión al máximo nivel normativo, para postular la posibilidad de su ejercicio y la exigibilidad de su respeto por quienes en ellas intervienen.

De todas formas, aún siendo cierto lo que se acaba de indicar, forzoso es reconocer que esa aplicación, al menos en lo que al ámbito laboral se refiere, tiene hasta el momento a resultados más bien discretos, cuando no insatisfactorios. Si bien en la mayor parte de países se ha ido generando en los últimos años un corpus normativo y, sobre todo, jurisprudencial que ratifica la aplicación de los derechos fundamentales sobre el terreno de las relaciones de trabajo, ello no ha supuesto, como era de esperar, una transformación real del “modo de estar” de los trabajadores en los centros de producción. Antes bien, la aplicación de la estos derechos suele ser aquí desigual y fragmentaria, además de verse

con frecuencia eclipsada por la proyección, sobre ella, de múltiples requerimientos y exigencias, todos ellos deducidos de la peculiar naturaleza obligacional del vínculo que une a las partes del contrato de trabajo.

Lo anterior permite apreciar cómo, al menos en lo que a las relaciones de trabajo se refiere, el reconocimiento de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales constituye, en contra de lo que en un principio pudiera pensarse, más un punto de partida que de llegada. Más una fuente de interrogantes que de afirmaciones claras y contundentes. Esto es así en la medida en que, luego de admitida dicha eficacia, queda aún por resolver el decisivo –y acuciante– problema de la compatibilidad –o no– del ejercicio de tales derechos con el conjunto de las obligaciones libremente asumidas por el trabajador a través del contrato de trabajo. Y particular, como es obvio, con el desenvolvimiento de los poderes empresariales, a los que el mismo aceptó voluntariamente someterse. Desde este punto de vista, aunque la necesidad de conciliar el ejercicio de los derechos fundamentales con el respeto del principio de autonomía de la voluntad recorre el derecho privado en general, esta operación se torna especialmente difícil de realizar en el caso del contrato de trabajo, debido a la atribución que, a través de él, se hace al empleador de un poder general de disposición sobre la actividad laboral o energía del trabajador. Y, por tanto, en última instancia sobre la persona de este, que es la que habrá de actuar conforme a sus instrucciones.

¿En qué medida el cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, y su sometimiento a la superior autoridad del acreedor de su fuerza de trabajo, son capaces de justificar limitaciones de sus derechos fundamentales? O, más bien a la inversa, ¿en qué medida pueden servir los derechos fundamentales para modular el contenido de tales obligaciones y el espacio de ejercicio lícito de las facultades empresariales?

Particularmente delicada ya de por sí, esta cuestión lo es aún más si se tiene en cuenta que en la mayor parte de ordenamientos no existen todavía, como sería deseable, normas que reconozcan

y regulen el ejercicio de los derechos fundamentales por los trabajadores, delimitando así su espacio lícito de actuación. El problema queda, de tal forma, librado por lo general a la mediación judicial, con las dificultades e inconvenientes consiguientes.

Con todo, dentro de la jurisprudencia comparada, especialmente de nivel constitucional, se registra una importante evolución en cuanto a la clarificación de la naturaleza del mismo y los instrumentos a los que ha de recurrirse para resolverlo, de la que conviene dar cuenta aquí.

Una primera y más elemental respuesta adoptada por los jueces consistió en enfocar el problema en términos de “adaptabilidad” del ejercicio de los derechos fundamentales al marco de derechos y obligaciones propio del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador solamente resulta posible en la medida en que no afecte a dicho marco, al fin y al cabo fruto de una decisión libremente asumida por el mismo; no en caso contrario.

Tan evidente subordinación de la aplicación de los derechos fundamentales a la lógica del contrato de trabajo se aprecia, por ejemplo, en algunas sentencias de la primera etapa del Tribunal Constitucional español, en las cuales, pese partirse de afirmaciones tan categóricas como la de que “las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho”, se termina por denegar el amparo solicitado por entender que la conducta adoptada por el trabajador o exigida por este al empleador desconoce los “usos y costumbres del sector” (STC 170/1987, de 30 de octubre), o exige de este último una colaboración a la cual, a diferencia de lo que ocurre con los poderes públicos, no está obligado por la Constitución (STC 129/1989, de 17 de julio).

Progresivamente, sin embargo, se irá avanzando hacia un enfoque distinto del problema, basado en su consideración como uno de colisión de derechos, a resolver con la ayuda de las técnicas aplicables a este tipo de situaciones. En concreto, el conflicto de

base sería uno entre, de un lado, el concreto derecho fundamental que el trabajador pretende poner en práctica limitando una determinada prerrogativa empresarial o que se ve restringido, en su caso, como consecuencia de una actuación empresarial y, del otro, la libertad de empresa –o su equivalente en cada ordenamiento– que ofrecería cobertura a la prerrogativa empresarial que sería objeto de limitación de ejercer el trabajador su derecho o que se busca ejercer restringiendo, a su vez, el disfrute de un derecho fundamental por parte del trabajador.

La solución a este conflicto vendría aportada, por su parte, por la aplicación al mismo del “principio de proporcionalidad”, de acuerdo con el cual el sacrificio de un derecho fundamental –sea este de titularidad del trabajador o del empleador– sólo resulta admisible desde el punto de vista constitucional, en la medida en que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto.

A estos efectos, el juicio de proporcionalidad, resultado de la aplicación del principio homónimo, se descompone en una triple valoración, que deberá llevar a cabo el intérprete a la hora de valorar la legitimidad de cualquier actuación que implique el ejercicio de un derecho fundamental con el sacrificio de otro: a) *juicio de idoneidad*, encaminado a establecer su aptitud para satisfacer el interés protegido por el derecho que se pretende ejercer; b) *juicio de necesidad*, dirigido a determinar si es la más benigna de todas las medidas afectantes capaces de conseguir esa satisfacción con un nivel equivalente de eficacia; y c) *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, verdadero núcleo del razonamiento, cuyo objeto es determinar cuál de los dos intereses ha de prevalecer –si el del sujeto que pretende ejercer su derecho fundamental limitando el de otro o el de quien que sufre esa limitación– mediante la realización de una ponderación entre ambos, dirigida a establecer si la importancia de la satisfacción de uno justifica la afectación o la no satisfacción del otro, teniendo en cuenta a estos efectos dos parámetros complementarios: de un lado, la importancia que

puede asignarse a cada derecho dentro del sistema constitucional; y, del otro, la magnitud del daño que cada uno sufre al ser afectado o verse impedido de ser ejercido, respectivamente.

Esta clase de análisis lo encontramos, por ejemplo, en sentencias de la etapa más reciente del Tribunal Constitucional español, que no se conforman con examinar, a los efectos de establecer la legitimidad de determinadas actuaciones limitativas del derecho a la intimidad de los trabajadores, como la instalación de sistemas de escucha o videovigilancia, si estas pueden ser encuadradas de manera genérica en el ámbito de las prerrogativas de vigilancia y control, sino que exigen también que las mismas, además de ser imprescindibles para la satisfacción de un interés empresarial legítimo, puedan ser consideradas “ponderadas” o “equilibradas”, por derivarse de ellas “más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto” (SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 196/2000, de 10 de julio).

III. La difícil traslación del principio de proporcionalidad a la solución de los conflictos entre derechos fundamentales y poderes empresariales

De la mano de la jurisprudencia constitucional, el principio de proporcionalidad se erige actualmente en el criterio dirimente básico para los conflictos entre particulares derivados del ejercicio de derechos fundamentales, incluidos los que se presentan en el ámbito de las relaciones de trabajo. En la mayoría de los casos, sin embargo, esta difusión no ha venido acompañada de una clarificación de su forma de operar. Y menos aún de la manera como ha de ser aplicado a relaciones de una textura tan particular como las de trabajo.

Lo anterior resulta especialmente preocupante, si se tiene en cuenta que el principio de proporcionalidad constituye una herramienta conceptual de muy compleja aplicación, diseñada originalmente por la jurisprudencia constitucional alemana para valorar la adecuación a la Constitución de las leyes restrictivas de los derechos fundamentales, cuyo juego se ha extendido con

posterioridad a los conflictos entre sujetos privados vinculados con el ejercicio de tales derechos, incluidos los que afectan a trabajadores y empleadores. La razón de dicha complejidad se encuentra, por lo demás, en el hecho de que en estos casos los dos intereses enfrentados pueden ser considerados, en principio, igualmente legítimos desde el punto de vista constitucional, por lo que es posible encontrar argumentos de peso para conceder prioridad tanto a uno como al otro.

Esto convierte al principio de proporcionalidad en una herramienta potencialmente peligrosa para los propios objetivos que a través de él se busca garantizar, ya que es capaz de convertirse, en manos interesadas o no expertas, en un fácil expediente para justificar toda clase de restricciones a los derechos fundamentales, sobre la base de argumentar su vinculación a la tutela de otros bienes amparados por la Constitución. En particular, por lo que al ejercicio de los derechos en cuestión en el seno de la relación laboral se refiere, una aplicación no rigurosa de este principio estaría en condiciones de avalar con suma facilidad su restricción casi en todo tipo de situaciones, en función de la necesidad de satisfacer unos intereses empresariales que, al fin y al cabo, son también legítimos desde la perspectiva constitucional, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad.

De hecho, es precisamente lo que ocurre cuando se maneja la que, hasta el momento, puede ser considerada como la “versión laboral” más admitida del principio de proporcionalidad. De acuerdo con este planteamiento, muy difundido por cierto entre la jurisprudencia constitucional y la doctrina españolas, el derecho fundamental del trabajador únicamente debe ceder cuando ello resulte imprescindible para la satisfacción de un interés legítimo del empleador y no exista otra posibilidad menos restrictiva de atenderlo (véase, por todas, la STC 204/1997, de 26 de noviembre).

A despecho del pretendido carácter categórico de estas afirmaciones, lo que a través de ellas se está haciendo es, finalmente, atribuir prioridad a la satisfacción del interés empresarial sobre el del trabajador con carácter general y sin ningún tipo de matización.

Esto es así en la medida en que, conforme al enfoque que se propone, el primero de tales intereses debe ser satisfecho siempre, con la sola condición de que se elija para ello el medio menos afectante de todos los posibles. El principio de proporcionalidad se trastoca, de tal modo, en una suerte de "*principio de intervención mínima*" del empleador sobre los derechos fundamentales del trabajador, que parte de la necesaria subordinación de estos últimos a los intereses empresariales, lo que niega la esencia misma de su fundamentalidad.

La potencialidad restrictiva de este planteamiento resulta, por lo demás, particularmente intensa si se tiene en cuenta que la libertad de empresa, que actúa en principio como soporte constitucional de las pretensiones empresariales, es un derecho de gran amplitud, en la medida en que abarca las libertades de desenvolver una actividad económica, tomar las decisiones relacionadas con su desarrollo y competir en un mercado libre. Esto permite que prácticamente cualquier decisión empresarial pueda ser reconducida a su ejercicio, confiriéndole legitimidad *prima facie* desde el punto de vista constitucional.

En realidad, esta peligrosa versión "*light*" del principio de proporcionalidad es el resultado de una aplicación deficiente e incompleta de los distintos pasos que el mismo comprende, que se queda en los dos primeros y olvida aplicar el tercero y fundamental.

En efecto, cuando se afirma que el derecho fundamental del trabajador debe ceder cada vez que su sacrificio resulte indispensable para la satisfacción de un legítimo interés del empleador y no exista otra forma menos restrictiva de atenderlo, lo que se está haciendo es exigir una valoración de la medida únicamente desde la perspectiva de su aptitud para satisfacer ese interés (juicio de idoneidad) y de la ausencia de otras más benignas (juicio de necesidad). Mientras que se deja en la sombra, en cambio, el problema fundamental. Un problema que no es otro, como resulta evidente, que el de determinar si, bajo tales condiciones, el interés del empleador ha de prevalecer sobre el del trabajador al ejercicio o el respeto de su derecho fundamental.

Es decir, se obvia la parte principal del razonamiento, que se sitúa en la base del juicio de proporcionalidad, que está representada, como se dijo, por la ponderación de los intereses en conflicto y la determinación de cuál de ellos debe primar en el caso concreto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Amputado nada menos que en su núcleo argumental, el principio de proporcionalidad –o, más bien, esta deficiente manera de entenderlo– está en condiciones de justificar, como salta a la vista, cualquier despojo de los derechos fundamentales de los trabajadores que el empleador estime necesario para la satisfacción de sus intereses, con la sola condición de que estos sean legítimos. Así, no es de extrañar, por ejemplo, que en España ciertas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia hayan considerado como una medida “necesaria, idónea y equilibrada” la instalación clandestina de programas de vigilancia en los ordenadores con los que se realizan las labores, para verificar simplemente si el trabajador se dedicaba o no a jugar a las cartas durante la jornada laboral (véase, por todas, STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2000).

Naturalmente, mientras sea este el enfoque, no es mucho lo que puede esperarse de la tan ponderada “proyección” de los derechos fundamentales de la persona del trabajador a la relación laboral. De allí que sea posible afirmar que, en la actualidad, una vez admitido de forma pacífica que tales derechos tienen en la empresa uno de sus espacios clave de ejercicio y que este debe necesariamente compatibilizarse con el marco de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, la cuestión clave a resolver no es otra que la siguiente: cómo llevar a cabo una aplicación del juicio de proporcionalidad que, sin desconocer la complejidad de ese marco, no termine por hacerlos sucumbir cada vez que así lo precise el interés empresarial.

V. Una aplicación del principio de proporcionalidad acorde con la peculiar textura de las relaciones de trabajo

La respuesta al interrogante que se acaba de formular se desprende sin mayor dificultad de las consideraciones realizadas en la parte

final del apartado anterior. Si el problema tiene su raíz en un empleo deficiente e incompleto del principio de proporcionalidad –y no, por tanto, de la decisión de servirse de él como canon para la solución del conflicto de intereses subyacente en estos casos– de lo que se trata es de llevar a cabo una aplicación rigurosa o estricta del mismo, capaz de extraer todas las consecuencias que de él se derivan.

Lo anterior pasa, como es obvio, por aplicar al examen de dicho conflicto todos los escalones de razonamiento en los que, como hemos visto, se descompone el juicio de proporcionalidad, incluido el tercero y fundamental (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), y no sólo los dos primeros (juicio de idoneidad y juicio de necesidad), como suele ocurrir. Y por hacerlo, además, teniendo en cuenta la peculiar textura de las relaciones jurídicas sobre las cuales se proyecta en estos casos y la diversidad de situaciones que aquí pueden presentarse.

Esta aplicación estricta del principio de proporcionalidad debe partir necesariamente de una premisa que, aunque elemental, es con frecuencia ignorada. Esta consiste en asumir que, en tanto titular de una posición jurídica garantizada por la Constitución, el trabajador tiene una pretensión de respeto de su derecho fundamental que ha de ser considerada, *prima facie*, al menos tan legítima como la del empleador al del suyo. Su limitación solamente podrá ser admitida, por tanto, de manera excepcional, cuando se determine que, además de ser adecuada y necesaria para la satisfacción de un legítimo interés empresarial, ese interés pueda ser considerado preponderante conforme a la Constitución. Es entonces –y solo entonces– cuando el interés del trabajador a disfrutar de su derecho fundamental o ejercerlo sin perturbaciones debe ceder. Mientras que, en caso contrario, su posición jurídica no podrá ser afectada, al contar con el respaldo, firme e incuestionado, de la norma fundamental.

Algo similar ocurre, sin embargo, con la pretensión del empleador al respeto de la libertad de empresa, que únicamente estará en condiciones de ceder si el interés del trabajador a ejercer su

derecho fundamental limitándola es susceptible de ser considerada prioritaria desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, dicho lo anterior cabe preguntarse ¿de qué depende que se conceda prioridad en cada caso a uno de los derechos fundamentales en liza sobre el otro?

A responder a este decisivo interrogante se dirige, como bien sabemos, el tercer y último escalón del juicio de proporcionalidad. Es decir, el denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto, cuyo objetivo es, precisamente, llevar a cabo una ponderación de la importancia de los dos intereses en conflicto a la luz de los principios y valores consagrados por la Constitución, con el fin de determinar cuál de ellos ha de ser priorizado en el caso concreto, por satisfacer en mayor medida que el otro la exigencia de optimización de la aplicación de tales principios y valores.

Naturalmente, la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro solamente puede ser considerada admisible cuando la importancia de su satisfacción, juzgada conforme a los mencionados parámetros constitucionales, supere a la de la no satisfacción del otro. O, dicho con otras palabras, cuando las ventajas que obtiene quien pretende ejercer un derecho fundamental limitando el de otro, puedan ser consideradas superiores desde la perspectiva constitucional a las desventajas que ello ocasiona al afectado, por suponer una aplicación más intensa de los fundamentos de la norma constitucional. Esto supone, como no resulta difícil de deducir, que cuanto mayor sea el grado de afectación de un derecho fundamental, mayor debe ser la importancia y el grado de satisfacción del otro para que la misma pueda ser considerada legítima. Es lo que se conoce a nivel doctrinal como *"ley de la ponderación"*.

Aplicada al contrato de trabajo, la *"ley de la ponderación"* permite entender que cuanto más intensa sea la limitación del derecho fundamental que experimenta el trabajador como consecuencia de una actuación empresarial, más extraordinario deba ser el interés a satisfacer por el empleador mediante el ejercicio de la libertad de

empresa, o más grave el sacrificio que se le impondría de no poder satisfacerlo, para que pueda justificarla. Del mismo modo que, en la situación inversa, cuanto más intensa sea la limitación de la libertad de empresa que es capaz de ocasionar la pretensión del trabajador de ejercer su derecho fundamental, más extraordinario debe ser el interés a satisfacer por el mismo, o más grave el sacrificio que se le impondría de no poder satisfacerlo, para que se la considere válida desde la perspectiva constitucional.

Ahora bien, ¿cómo pueden ser calculadas tales magnitudes? Es decir, el “*peso*” que ha de atribuirse a cada derecho fundamental en la ponderación. Dado que de lo que se trata es, como se dejó dicho, de determinar a cuál de las dos pretensiones que colisionan es posible atribuirle un mayor respaldo desde la perspectiva de la optimización de la aplicación de la Constitución y el sistema de valores por ella consagrado, esa ponderación debe reposar sobre el juego combinado de dos parámetros complementarios:

- El primero, de naturaleza cualitativa, está representado por la determinación de la *importancia material* que es posible atribuir a cada derecho dentro del sistema constitucional, en función de su conexión con valores nucleares del mismo, como el principio democrático, la dignidad de la persona, etc. Es lo que se conoce a nivel doctrinal como el “*peso abstracto*” de cada derecho fundamental. Desde este punto de vista, cuantos más vínculos puedan establecerse entre el derecho del que se trate y tales valores, más extraordinario debe ser el interés a satisfacer por quien pretenda afectarlo.
- El segundo, de naturaleza cuantitativa, viene dado por la *intensidad de la intervención o el daño* que experimenta cada derecho fundamental al ser limitado o verse impedido de ejercerse. Se trata del denominado, también por la doctrina, “*peso concreto*” de cada derecho. De acuerdo con este criterio, cuando más intensa sea la limitación que sufre un derecho fundamental, más extraordinario debe ser el interés a satisfacer por quien pretende afectarlo. O más grave el sacrificio que se le impondría de no poder satisfacerlo.

La valoración de la importancia material de cada derecho fundamental, primero de los parámetros recién citados, permite determinar el “grado de fundamentalidad” que le corresponde, con el fin de asignarle un “peso” en la ponderación acorde con él. A estos efectos debe tenerse en cuenta que, pese a encontrarse todos reconocidos por la misma fuente, es posible distinguir jerarquías internas entre los derechos fundamentales en función de su mayor o menor proximidad con las bases o fundamentos del sistema constitucional.

Con arreglo a este criterio puede establecerse, antes que nada, que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del principio democrático, mayor será su peso en la ponderación. En lo que al ejercicio de los derechos de la persona en el ámbito de la relación de trabajo se refiere, este criterio conduce a atribuir un relieve especial al ejercicio por los trabajadores de las libertades ideológicas, de expresión e información y de reunión y manifestación, sin las cuales es impensable el funcionamiento democrático de cualquier sociedad. De igual modo, siguiendo el mismo criterio, es posible afirmar que cuantos más vínculos posea un derecho fundamental con la dignidad de la persona, que es el fundamento de todos los derechos y por tanto del orden constitucional en su conjunto, mayor deberá ser también su peso en la ponderación. Esto exige que se reconozca también un grado de fundamentalidad superior a la versión laboral de los derechos a la integridad física y moral, al honor y a la intimidad, así como a la propia imagen, máxime cuando, siendo ejercidos por trabajadores, entren en colisión con una libertad que, como la de empresa, satisface esencialmente expectativas patrimoniales, por lo que su nivel de fundamentalidad no puede ser considerado equivalente sino inferior.

¿Significa lo anterior que estos derechos deben prevalecer siempre? Por ejemplo, ¿que el empleador no puede imponer en ningún caso controles que limiten la intimidad del trabajador o exigir a este estándares de apariencia que condicionen su derecho a dar de sí la imagen que desee?

Naturalmente que no. Esta especial relevancia de partida hace especialmente resistentes a los derechos fundamentales mencionados, pero no los inmuniza de forma absoluta. Hacerlo supondría atribuirles una posición jerárquica sobre los demás que la Constitución no les reconoce. En realidad, su efecto es más modesto. Este se concreta en la exigencia para su limitación de un interés extraordinario de suficiente intensidad como para justificarla.

Este interés extraordinario puede estar vinculado con el diferente grado de afectación que, en el caso concreto, experimentaría cada uno de los derechos fundamentales en conflicto de verse limitado o no poder ser ejercido. Es decir, con la determinación de lo que hemos denominado su “peso concreto”. No debemos perder de vista que satisface más la expectativa de optimización de la aplicación de la Constitución un sacrificio pequeño de un derecho fundamental “importante”, si a través de él se evita un daño grave o muy grave a un derecho fundamental menos relevante.

La determinación de la intensidad de la intervención sobre los derechos fundamentales en conflicto exige llevar a cabo una valoración de carácter empírico, que sopesa el grado de afectación que, en el caso, sufre cada uno de ellos. Esta es una valoración para la cual deben ponderarse magnitudes como las siguientes:

- El número de facultades de cada derecho fundamental que se ven afectadas.
- La importancia de cada una de esas facultades.
- La intensidad de su afectación.
- La duración de su afectación.
- La mayor o menor probabilidad de que esa afectación se produzca, etc.

Naturalmente, estas dimensiones cualitativa y cuantitativa (el “peso abstracto” y el “peso concreto”) deben ser puestas en contacto para determinar la importancia o el valor que corresponde atribuir a cada derecho fundamental en la ponderación. Vale decir, su “peso global” dentro de ella.

Ahora bien, hecho esto, ¿en qué consiste la ponderación?

Como no es difícil de intuir, en comparar los “pesos” o valores de cada uno de los derechos en liza, con el fin de establecer una relación de precedencia condicionada en el caso concreto a favor de aquel al que se haya atribuido, en conjunto, un “peso” superior al otro.

La realización de esta comparación permite resolver de entrada y sin demasiadas dificultades buena parte de los conflictos que pueden presentarse. Son los llamados por la doctrina “*casos fáciles de ponderar*”, por enfrentar a derechos a los que cabe atribuir, en la concreta situación de la que se trata, “pesos” claramente desiguales.

Desde este punto de vista, por ejemplo, es claro que una *intervención intensa* en un derecho fundamental del trabajador no puede estar justificada por la *satisfacción de nivel leve o medio* del derecho fundamental del empleador. Así, es difícil de admitir que una alteración de la apariencia inmutable del trabajador, como la derivada de la prohibición del uso de barba o el cabello largo, pudiera venir avalada por la mera pretensión del empleador de “mejorar la apariencia” del personal. Una *intervención media* en un derecho fundamental del trabajador puede estar justificada, en cambio, por la *satisfacción intensa* del derecho fundamental del empleador. Piénsese en la imposición de un código de apariencia mutable, como puede ser un uniforme, para atender a la necesidad de identificación del personal de vuelo una compañía de transporte aéreo. Incluso, una *intervención leve* en un derecho fundamental del trabajador puede estar justificada por la *satisfacción media* del derecho fundamental del empleador. Por ejemplo, la imposición de cierto código de vestimenta, del tipo del uso de corbata en las sucursales bancarias, para adecuarse a los usos del sector de actividad en el que se desarrollan las labores.

No siempre, sin embargo, la decisión es tan fácil de realizar. Puede ocurrir también que no sea posible determinar con suficiente certeza cuál de las dos magnitudes es superior. Son los llamados “*casos difíciles de ponderar*”, en los que se produce un “empate” entre

los pesos de los derechos fundamentales que se ponderan, por lo general por tratarse de intervenciones intensas sobre un derecho fundamental del que es titular el trabajador, que satisfacen también intensamente el derecho fundamental del empleador.

¿Qué criterio debe adoptarse en estos casos, que son los realmente importantes?

La regla que se utiliza en los supuestos de este tipo, tratándose del análisis de la constitucionalidad de las leyes limitativas de derechos fundamentales, es la de entender que existe aquí un margen estructural de decisión a favor del legislador, dentro del cual no puede ser considerado desproporcionado ni intervenir ni no intervenir, por lo que la decisión de hacerlo o no corresponde exclusivamente a este, en ejercicio de su competencia de desarrollo de la Constitución.

Nada de esto es aplicable, obviamente, a los conflictos entre sujetos privados. Aquí no parece que baste, como proponen algunos autores trasladando mecánicamente el criterio recién apuntado a un ámbito totalmente distinto, con que las ventajas que el acto afectante reporta a su autor sean al menos equivalentes a las desventajas que se ocasionan al derecho fundamental afectado, de forma que el “empate” termine resolviéndose a favor de quien pretende limitar el derecho fundamental. Antes bien, tratándose de un conflicto entre particulares, no existe en principio razón alguna para priorizar el interés de uno sobre el del otro. Y, por tanto, un derecho fundamental sobre el otro. Por esta razón elemental, la duda no puede inclinarse sino a favor de la no afectación del derecho fundamental, cuyo ejercicio está garantizado en principio por la Constitución. Sostener lo contrario es tanto como admitir que alguien está legitimado para causar un daño grave a otro con el fin de evitárselo a sí mismo. Una opción que atenta contra la más elemental exigencia de justicia.

De todas formas, me parece importante advertir que no siempre que nos encontramos ante perjuicios graves a los derechos fundamentales de los trabajadores, que satisfacen intensamente

un interés empresarial, es posible hablar de la existencia de un "empate" a los efectos antes indicados.

En particular, cuando la afectación grave de un derecho fundamental del trabajador representa la única forma de ejecutar adecuadamente el contrato de trabajo celebrado, deberá tenerse en cuenta que la autonomía de la voluntad es también un valor constitucionalmente protegido, cuya garantía debe ser asegurada en cumplimiento de la voluntad de las dos partes. Esto permite que se "refuerce" el peso de la pretensión de afectación de la posición del trabajador, deshaciéndose el "empate" en perjuicio de ella. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando afectar de manera intensa la intimidad del trabajador, imponiéndole sistemas de grabación de la imagen y la voz, constituye el único medio para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Algo similar ocurre, por lo demás, cuando se encuentra de por medio algún otro bien o valor constitucional especialmente relevante, cuya presencia contribuye también a reforzar el peso de la pretensión empresarial de afectación del derecho fundamental del trabajador. Este sería el caso de la imposición de controles médicos o de pruebas de alcoholemia o de consumo de drogas, motivada por razones de protección de la seguridad de terceros.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que, para ser legítimos, los actos de ejercicio de un derecho fundamental con limitación de otro han de tener un peso superior dentro de la ponderación.

El traslado de esta regla al terreno laboral tiene una doble consecuencia:

- De un lado, supone que los derechos fundamentales de los trabajadores sólo pueden ser objeto de restricciones de importancia cuando exista un interés extraordinario del empleador de suficiente intensidad como para prevalecer sobre el del trabajador. Así, por citar una situación especialmente conflictiva, la videovigilancia intensiva sólo será admisible cuando el daño que sufre el empleador de no permitirla (no poder supervisar al trabajador, haciendo imposible la propia

ejecución del contrato) supera en su intensidad a la injerencia que supone sobre la intimidad de este.

- Pero, a la vez, determina que la pretensión del trabajador de ejercer su derecho fundamental limitando las prerrogativas que son expresión del derecho del empleador, sólo pueda ser admitida cuando quepa asignarle un peso superior en la ponderación. Por ejemplo, por aludir aquí también a una hipótesis igualmente controversial, la pretensión de adaptación del horario, la jornada o el calendario laboral al ejercicio de la libertad religiosa, solamente será exigible por el trabajador cuando, además de ser posible, no ocasione un quebranto grave a la organización empresarial. En caso contrario podrá ser denegada.

En ambos casos, las soluciones que se postulan están claramente alejadas de la primacía que terminan por atribuir al interés empresarial las versiones hasta el momento al uso del principio de proporcionalidad, ya que postulan la limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores solo en casos excepcionales, en los que resulte claro que se ocasiona a los mismos un daño inferior al que experimentaría el empleador en caso contrario. E incluso promueven la acomodación del marco contractual al ejercicio por los trabajadores de tales derechos, cuando no se deriven de ella perjuicios extraordinarios para el empleador. Al la vez, sin embargo, impiden que la libertad de empresa pueda verse afectada cada vez que se exija de ella un sacrificio desproporcionado en relación con la importancia de los bienes que se pretende tutelar. Y hacen posible incluso que se le atribuya prioridad, cuando su tutela demande una restricción de menor entidad en los derechos fundamentales del trabajador, que sea indispensable para el funcionamiento del contrato o satisfaga adicionalmente otro bien o valor constitucional de especial relevancia.

De este modo se sientan las bases de una aplicación del principio de proporcionalidad acomodada a la peculiar textura de las relaciones de trabajo. Y capaz, a la vez, de garantizar la vigencia efectiva de la Constitución en las organizaciones productivas.

La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio

German Eduardo Cascante Castillo¹

Introducción

La normativa jurídica de origen internacional como de naturaleza constitucional, que prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio es muy amplia. La literatura existente sobre el tema, en particular en la web, es extensa. Ambas sorprenden por su abundancia. Por ello resulta muy difícil hacer una síntesis, y es imposible realizar un análisis exhaustivo de ellas en un pequeño trabajo como este.

A pesar de esa abundante literatura que informa y de esa amplia normativa jurídica que lo prohíbe, el trabajo forzoso u obligatorio, realizado contra la voluntad de la persona que lo ejecuta, no es exclusivo de sistemas de esclavitud del pasado. Para vergüenza de la humanidad actual, existe prácticamente en todo el mundo, en cantidad de no menos de 12 millones de personas, según cálculos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para 2005; y se canaliza bajo formas diversas, siendo algunas tan detestables como la esclavitud, la servidumbre, la trata de personas, la prostitución ajena y el trabajo de niños, e incluye otras tan “discretas” o “disimuladas” como el servicio doméstico, el trabajo agrícola y los trabajadores migrantes.

¹ Costarricense. Abogado y Notario (UCR). Miembro de la Comisión de Derecho Laboral del Colegio de Abogados. Ex Integrante del Tribunal de Pérez Zeledón. Exprofesor de D. Laboral en cinco universidades. Ex Director de Asuntos Jurídicos y Ex Asesor de tres Ministros de Trabajo. Cuatro libros publicados y artículos en revistas y semanario “El Financiero”. Becado y pasante por ISCOS-CISL de Italia y Facultad de Derecho de la UCR. Alumno de Honor en UCR-1980 y 1981. Jubilado del Poder Judicial de CR (agosto 2009).

Razones económicas, y sobre todo humanas, hacen necesario que los gobernantes de los diferentes países, así como los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales, extremen sus esfuerzos para lograr la efectiva eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.

A continuación se expone un apretado resumen sobre la evolución histórica del trabajo en la antigüedad, en la Edad Media, durante el liberalismo y en la actualidad; así como una síntesis de la literatura y de la normativa internacional y constitucional centroamericana, que regula el trabajo subordinado y que prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio. También se presenta una muestra de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica sobre la materia.

I. El trabajo en la antigüedad, la edad media y durante el liberalismo

1. El trabajo según el Génesis: En el capítulo 2, versículo 15, del Génesis (Santa Biblia, 1960) vemos que Adán y Eva estaban en un mundo perfecto, de estrecha y directa comunicación con Dios; y podían disfrutar a plenitud y con entera libertad, de todos los frutos de la tierra y de todos los animales que Dios había creado, excepto del *“árbol de la ciencia del bien y del mal”*, (versículos 16 y 17) del cual el Todopoderoso le había prohibido a Adán comer.

Dios le había dado a Adán la potestad y libertad de realizar cualquier actividad física o intelectual necesaria para transformar el huerto del Edén y que este produjera frutos según la voluntad de aquél. El trabajo era una concesión que Dios otorgó a Adán como instrumento o medio de hacerlo partícipe de su obra creadora y transformadora. Dios había puesto a Adán como señor y amo de todo cuanto Él había creado;² y el trabajo no era un castigo, sino una forma por la cual Adán podía transformar todo el resto

² Santa Biblia, 1960, versículos 27 a 29. Según el Avance a la 23ª edición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE), **señorear** (De señor) significa **1.** tr. “Dominar o mandar en algo como dueño de ello.” **2.** tr. “Dicho de una persona: Apoderarse de algo, sujetarlo a su dominio y mando.” U. t. c. prnl. **3.** tr. “Dicho de una persona: Mandar imperiosamente y disponer de las cosas como si fuera dueño de ellas.” A su vez, **sojuzgar** (De so³ y juzgar), es **1.** tr. “Sujetar, dominar, mandar con violencia.” (Cursiva del autor para destacar).

de la creación terrenal de Dios, según su libre voluntad. Como se observa, no es cierto el dicho de la canción “El Negrito del Batey”, de que “el trabajo lo hizo Dios como castigo”.

Es hasta después de haber cometido el pecado de desobediencia contra Dios, al haber comido del “árbol de la ciencia del bien y del mal”, que Jehová le dijo a Adán “Con el sudor de tu rostro comerás el pan hasta que vuelvas a la tierra,…”³; “Y lo sacó Jehová del huerto del Edén, para que **labrase** la tierra de que fue tomado.”⁴ De esta forma, el trabajo se transformó en un “castigo” para el hombre no porque esa fuera la primera voluntad de Dios, sino como consecuencia de dicha desobediencia, instigada por el mismo Satanás. Luego de la “caída”, el trabajo será la forma obligada para obtener el sustento diario suyo y de sus hijos, hasta su muerte. Este segundo trabajo humano será esforzado, fatigoso y cansado; y, como se verá más adelante, no siempre los frutos transformados por el esfuerzo, ni la riqueza producida serán en beneficio de quien(es) lo realiza(n) o ejecutan.

2. El trabajo en la antigüedad: El libro Éxodo de la Biblia relata que en el antiguo Egipto, después de la muerte de José y con el ascenso al poder de un faraón que no había conocido a José, el pueblo de Israel empezó a ser sometido paulatinamente a condiciones de trabajo rigurosas, opresivas, de servidumbre y, por último, de esclavitud,⁵ durante unos 400 años,⁶ hasta que Dios los sacó de Egipto por medio de Moisés.

³ Véase Santa Biblia, 1960.

⁴ **Ibidem**, capítulo 3, versículo 23.

⁵ ¿Qué es la esclavitud? En el Avance a la 23ª edición del DRAE tenemos que **servidumbre** (Del lat. *servitudo*, —nis), significa **1.** f. “Trabajo o ejercicio propio del siervo.” **2.** f. “Estado o condición de siervo.” **3.**.../ **4.** f. “Sujeción grave u obligación inexcusable de hacer algo.” **5.** f. “Sujeción causada por las pasiones o afectos que coarta la libertad.”. Mientras que **siervo**, **va** (Del lat. *servus*) es **1.** m. y f. “Esclavo de un señor.” (Definiciones obtenidas en: <http://www.google.com/Diccionario>, recopiladas el 22/3/12). “Ser un esclavo es estar controlado por otra persona o personas de tal manera que tu voluntad no pueda determinar el curso de tu vida, ni ser remunerado por tu trabajo, siendo estos sacrificios imposibles de reclamar. Según Kevin Bales, uno de los expertos mundiales sobre la esclavitud contemporánea, “la gente es esclavizada por la violencia, y retenida en contra de su voluntad, con la finalidad de ser explotada.” (Consultado el 22/3/12 en: http://www.hrea.net/index.php?doc_id=848/GuíaDeEstudio:LaEsclavitudyeltRabajoforzoso. La cursiva no corresponde al original).

⁶ Véase Santa Biblia, 1960. Éxodo, capítulo 1, versículo 8; capítulo 5, versículos 6 a 9; 13 y 14 y 17 a 19.

Es lo más probable que, durante la estancia del pueblo israelí en Egipto, haya habido otros esclavos no pertenecientes al pueblo de Israel. También resulta lógico suponer que, con posterioridad al éxodo de Israel, la esclavitud de personas de otros pueblos incluyendo al propio Egipto, se incrementaría, habida cuenta de la necesidad de que “otros” realizaran en alguna medida las labores y actividades que hasta entonces habían desempeñado los israelíes.

La mayoría de los tratados de derecho del trabajo refieren que el trabajo manual en la antigüedad, en Grecia y en Roma, era desarrollado por esclavos (Bayón y Pérez Botija, 1979; Durand y Jausaud, 1947). Es decir, en las mismas condiciones en que fue ejecutado el trabajo por el pueblo de Israel durante su cautiverio en Egipto, aunque con sus peculiaridades. Se sabe que en Roma el esclavo era prácticamente considerado un objeto, una cosa, y el amo podía disponer de él prácticamente a su voluntad y libre arbitrio (Arias Ramos, 1954). En conceptos más actuales, el esclavo era un “activo” más de la hacienda o del haber hacendario del amo.

El trabajo subordinado, tal y como se conoce hoy, no se desarrolló ni en Grecia ni en Roma, por cuanto se dio una jerarquización indirecta de aquél, producto de la jerarquización de las clases sociales (Cascante, 1994, páginas 32-34). Aunque se admite como aporte del derecho romano, que en Roma el trabajo subordinado entre hombres libres estaba regido por la teoría general del arrendamiento, aquél no se desarrolló precisamente porque estaba destinado al trabajo manual y este era ejecutado por esclavos, y porque los romanos distinguían entre la *locatio operarum* y la *operae liberalis* que estaba destinada al trabajo realizado por hombres libres y cuya paga no se llamaba merces sino *honoraria* (Cascante, 1994, página 34). En resumen, salvo casos de excepción, en Grecia y Roma antiguas, el trabajo siguió siendo realizado mayoritariamente por esclavos.

3. El trabajo subordinado durante la Edad Media: Se relata en los textos de derecho del trabajo que, en la Edad Media, el trabajo agrícola es el más generalizado⁷ y, al lado del trabajador doméstico,

⁷ Bayón y Pérez Botija, 1979 p. 41 y ss.; Durand y Jausaud, 1947 (R.), pp. 37 y ss.; y Cascante, 1994, p. 39.

se conformaron los denominados “oficios libres”, por oposición a los “oficios jurados”, que se ejercían en las corporaciones y las manufacturas.

El trabajador agrícola apenas si tuvo un leve mejoramiento en el trato recibido respecto del que recibió el esclavo en la antigüedad. Pasó de ser un “esclavo” a un “siervo” sometido al señor feudal, a quien le debía fidelidad como su señor (Durand y Jaussaud, 1947, página 4 y ss y Cascante, 1994, página 49). Curiosamente, esta relación personal entre el trabajador agrícola y el señor feudal, junto con la idea del catolicismo de que el trabajo es “un bien del hombre que lo dignifica”, da origen al carácter personal del derecho del trabajo de hoy (Durand y Jaussaud, 1947, página 41), siendo este su fundamental aporte a esta disciplina jurídica.

En las corporaciones el “oficio jurado” era prácticamente cerrado. Para acceder a él, el compañero (“obrero especializado” en palabras actuales) debía cumplir una serie de pruebas, incluido realizar “la obra maestra”, que era calificada por los maestros (dueños del taller), quienes conforme fue pasando el tiempo hicieron casi imposible a los compañeros cumplir los requisitos correspondientes; por lo cual casi no existía “movilidad social” y la condición de los obreros no mejoró durante la Edad Media (Durand y Jaussaud, 1947, pág. 39 y ss. y Cascante 1994, pág. 36 a 52).

4. El trabajo subordinado durante el liberalismo: La crisis del sistema corporativo inicia con el nacimiento del pensamiento liberal, a partir de 1756, y la aparición de las escuelas liberales, inglesa y fisiocrática francesa; y se acentúa con la Revolución Francesa y la emisión de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ambas en 1789 (Cascante, 1994, páginas 55 a 60).

En lo económico, el sistema liberal se funda en el principio de “*laissez faire*”, que es la libertad general de toda actividad profesional; y en lo jurídico, en la doctrina de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual (Cascante, 1994, páginas 56 a 61). Estas últimas presuponen la igualdad de las partes al contratar; siendo así que el

contenido del contrato lo definían las partes con base en la ley del mercado, y el salario y las condiciones de trabajo lo determinaban la oferta y la demanda (Cascante, 1994, página 66).

Con el transcurso del tiempo, la puesta en práctica de las ideas del liberalismo, condujo a la sociedad al estado de degradación social y humana más grande de la historia; apareciendo jornadas excesivas de hasta 15 horas diarias en promedio, así como el trabajo femenino y de los niños de 5 a 6 años de edad, por ser mano de obra más barata que la de los hombres adultos. Contra todos esos abusos, excesos y consecuencias nació el llamado *intervencionismo estatal* que, junto con otras corrientes, doctrinas ideológicas y otros factores, derivaron en el advenimiento del derecho del trabajo, a partir del siglo XIX en Europa y a inicios del siglo XX en América, tal y como se conoce hoy, salvo pequeñas variaciones (Cascante, 1994, páginas 72 a 75 y 75 a 96).

II. Regulación jurídica actual del trabajo subordinado y prohibición del trabajo forzoso

1. Normativa internacional: De interés para este pequeño trabajo, por tener relación directa para Centroamérica y República Dominicana, como instrumentos normativos internacionales, que regulan jurídicamente el trabajo subordinado y prohíben toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, sin que la lista sea exhaustiva ni mucho menos, podemos citar los siguientes:

a) De la Organización de Naciones Unidas (ONU): La Convención sobre la Esclavitud (1926), adoptada por la Sociedad de las Naciones (antecesora de la ONU); la ampliación a la Convención sobre la Esclavitud de 1926, mediante la cual se incluyó el término trabajo forzoso u obligatorio; la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), cuyo artículo 4 establece que *“nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”*; el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949); el Protocolo de 1953, para modificar la Convención sobre la Esclavitud adoptada en Ginebra el 25 de

septiembre de 1926; y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), que vino a complementar la Convención sobre la Esclavitud de 1926, al incluir las prácticas análogas a la esclavitud y los trabajos forzados.

b) De la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

- **Convenio 1 sobre las horas de trabajo (industria), 1919:** Limita las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y 48 semanales, ratificado por Costa Rica, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana.

- **Convenio 29 sobre el trabajo forzoso, 1930:** Según su artículo 2.1, por **"trabajo forzoso u obligatorio"** se entiende *"...todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente."* Ratificado por todos los países centroamericanos y República Dominicana. Su texto puede consultarse en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C029>.

Según Roger Plant, *"La definición de trabajo forzoso de la OIT implica coacción e involucra dos elementos básicos: que el trabajo o servicio sea exigido bajo amenaza de una penalidad, y que sea realizado involuntariamente."*⁸ También se dice que: *"El trabajo forzoso no puede equipararse simplemente con salarios bajos o con condiciones*

⁸ Y agrega de seguido que: *"Pero hay muchas formas a través de las cuales la libertad de elección puede ser negada en un primer momento. Muchas personas entran en situaciones de trabajo forzoso inicialmente por su propia voluntad, aunque a través del fraude y el engaño, sólo para descubrir más tarde que no son libres de dejar el empleo. El trabajo de investigación y práctico realizado por la OIT (...) muestra las dificultades de distinguir entre coacción total y otros factores que conducen a las personas a situaciones de grave explotación laboral en casos individuales. Es por este motivo que estamos desarrollando indicadores operacionales, que cubren aspectos como engaño, coacción o abuso de la vulnerabilidad en las diferentes etapas del ciclo de reclutamiento y empleo."* Información obtenida el 16/3/12 en: <http://www.ilo.org/topics/forced-labour>. [La cursiva ha sido agregada]. Menos esquemática que la definición de la OIT y, por tanto más amplia, es la conceptualización que establece que: *"El trabajo forzoso es cualquier tipo de trabajo o servicio que un individuo debe realizar contra su voluntad, bajo la amenaza de castigo. Casi todas las prácticas de esclavitud, incluidos el trabajo en condiciones de servidumbre por deudas y la trata de personas, implican cierto grado de trabajo forzoso."* Véase: <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com/trabajoforzoso>. Información obtenida el 21/3/12. [La cursiva ha sido agregada para destacar].

de trabajo precarias. El concepto tampoco abarca las situaciones de mera necesidad económica, como cuando un trabajador se siente incapaz de dejar un puesto de trabajo debido a la falta real o supuesta de alternativas de empleo..." (Véase <http://www.oit.org.pe/index.php?option=com/trabajoforzoso>)

- Convenio 30 sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930: Limita las horas de trabajo del personal de establecimientos públicos o privados, de actividades de comercio, oficinas y servicios, a ocho horas diarias y 48 semanales, salvo las excepciones contenidas en él. Ratificado por Guatemala, Nicaragua y Panamá.

- Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957: Señala en su artículo 1 las prácticas análogas a la esclavitud, que los Estados miembros de la OIT se comprometen a suprimir: *"Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique este convenio, se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: / (a) como medio de coerción política o educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; / (b) como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; / (c) como medida de disciplina de trabajo; / (d) como castigo por haber participado en huelgas; / (e) como medida de discriminación racial, nacional o religiosa."* Ratificado por todos los países centroamericanos y República Dominicana.

- Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, 1989: Prohíbe las peores formas de trabajo infantil, incluyendo la esclavitud, la venta y la servidumbre por deuda, el trabajo forzoso, el reclutamiento para las fuerzas armadas, la prostitución, el tráfico de drogas y otras actividades ilícitas, u otros trabajos que dañen la salud, la seguridad y la moral de los niños. Ratificado por todos los países centroamericanos y República Dominicana.

A los anteriores instrumentos se agregan el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta

de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, **2000**: Procura y pretende la penalización contra todas las actividades relativas a la venta y adopción ilegal de niños, así como de la prostitución y la pornografía infantil. Entró en vigencia el 18 de enero de 2002; así como el **Convenio 138 sobre la edad mínima, 1973**, relativo a la edad mínima de admisión al empleo y el **Convenio 97 sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949**, ambos ratificados por todos los países centroamericanos y República Dominicana

c) De la Organización de Estados Americanos (OEA): El artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) establece que *“nadie puede ser sometido a la esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.”* Se menciona que no se consideran trabajo forzoso o esclavitud, el requerido a una persona en la prisión, el servicio militar, el servicio en emergencias o el que forma parte de las obligaciones cívicas normales. Esta convención también está ratificada por todos los países centroamericanos y República Dominicana.

2. Normativa constitucional de Centroamérica y República Dominicana: Las constituciones políticas de los siete países establecen la libre elección del trabajo, ya sea de forma expresa o implícita;⁹ aunque también algunas señalan que es una obligación de la persona humana o individuo (CR, P y RD) y una función social (RD). Algunas prohíben expresamente la servidumbre (ES, N y RD) y la esclavitud (ES, N, CR y RD), la trata de cualquier naturaleza (N) y la trata y el tráfico de personas (RD).

⁹ Véanse los artículos 101 y 102 de la Constitución Política de Guatemala; el primer párrafo del artículo 2 y el artículo 4 de la Constitución de El Salvador; 127 de la Constitución Política de Honduras; 40 y 57 de la Constitución Política de Nicaragua; 20 y 56 de la Constitución Política de Costa Rica; primer párrafo del artículo 40 y primera parte del artículo 60 de la Constitución Política de Panamá; y 41 y 62 de la Constitución Política de la República Dominicana.

III.- Existencia de múltiples formas de trabajo forzoso

En el Génesis vemos que Dios les dio a Adán y Eva mayordomía sobre la tierra y sobre todos los animales que Él había creado; pero no les dio “dominio” o “propiedad” respecto de sí mismos, ni sobre futuros seres humanos (Smith, 2011).

No obstante lo anterior y pese a la existencia de la múltiple normativa de origen internacional, así como de carácter constitucional, la OIT indica que: *“En el mundo hay al menos 12,3 millones de personas atrapadas en el trabajo forzoso... El trabajo forzoso adopta diversas formas, incluyendo la servidumbre por deudas, el tráfico y otras formas de esclavitud moderna. Las víctimas son los más débiles. Mujeres y niñas son obligadas a prostituirse, los migrantes son atrapados en esquemas de servidumbre por deudas, y los trabajadores son retenidos en talleres o granjas explotadoras en forma ilegal con escasa o ninguna compensación...”*¹⁰

Según el informe “El costo de la coacción”, elaborado por la OIT, *“... las víctimas del trabajo forzoso pierden cerca de U\$S 20.000 millones cada año en salarios no pagados. Esta y otras conclusiones ofrecen un poderoso argumento para intensificar la acción mundial contra el trabajo forzoso”*¹¹.

Se ha dicho que el trabajo obligatorio o forzoso puede darse en las siguientes actividades y adoptar las siguientes formas: esclavitud; en agricultura y zonas rurales remotas; servidumbre por deudas; tráfico de personas; abuso en contra de trabajadores domésticos; algunos aspectos de trabajo en la penitenciaría; participación

¹⁰ <http://www.ilo.org/topics/forced-labour>. Información tomada el 18/3/12.

¹¹ Tomado de la dirección electrónica: <http://www.ilo.org/topics/forced-labour>. Datos obtenidos el 18/3/12. En el mismo sentido, Roger Plant ha dicho que: *“Por lo tanto, una conclusión es que el costo de oportunidad para los trabajadores que están en trabajo forzoso en vez de en una relación de empleo libre, es cinco veces mayor que nuestro cálculo anterior sobre los beneficios generados por la trata con fines de explotación laboral. Ofrecemos estas cifras aproximadas como razón convincente para que el trabajo forzoso sea percibido como un problema económico, además de un problema moral y de derechos humanos, y para que los organismos que se ocupan de la reducción de la pobreza presten mayor atención al trabajo forzoso.”* (Información obtenida el 16/3/12 en: <http://www.ilo.org/topics/forced-labour>. La cursiva y la negrita no corresponden al original).

obligatoria en obras públicas; y trabajo obligatorio impuesto por militares donde hay ejército.¹²

Asimismo, en porcentajes por región, se ha establecido que: *“El trabajo forzoso es un problema global, si bien, en algunas regiones, el número de personas afectadas es mayor. La distribución regional del trabajo forzoso es la siguiente: Asia y el Pacífico: 9.490.000 (77%); América Latina: 1.320.000 (11%); África subsahariana: 660.000 (5%); países industrializados: 360.000 (3%); Oriente Próximo y África del Norte: 260.000 (2%); y países en transición: 210.000 (2%)”*¹³ Lo anterior evidencia e implica que, prácticamente, no existe ninguna región en el mundo en donde no se esté dando el trabajo forzoso.

La trata o tráfico de personas constituye una vergüenza para el género humano; no obstante, en la “Introducción” del informe “TRATA DE PERSONAS, PARTICULARMENTE DE MUJERES, EN CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA: UNA DEMANDA PARA LAS INSTITUCIONES POLICIALES”, se afirma que: *“La trata de personas florece. El negocio mundial con la mercancía ser humano alcanza a nivel mundial dimensiones similares al del tráfico de drogas y armas. La mayor parte de las víctimas de la trata de personas son mujeres y niños/as. Los afectados son explotados como mano de obra barata en la gastronomía o la industria del sexo, en el marco de matrimonios forzados y adopciones ilegales y para la extracción de órganos... A diferencia de lo que sucede en Europa del Este y Asia, al tema de la trata de personas se le concede hasta ahora poca atención en América Latina y el Caribe.”* (Véase: http://www.apramp.org/Upload/DOC52_do. Información recopilada el 16/3/12).

Más adelante, en dicho documento se afirma que: *“La trata de personas y en especial la de mujeres es un fenómeno delincriminal de ámbito nacional e internacional, con un ascenso incontrolable que deja fuertes réditos a los traficantes y enfermedades, violencia, pobreza y señalamiento social a las víctimas.”* [La cursiva ha sido agregada para destacar].

¹² http://www.antislavery.org/spanish/esclavitud_mo/Enquéconsisteeltrabajoforzoso consultado el 21/3/12.

¹³ Ibidem

¿A esas formas y modalidades, podría agregarse el trabajo extraordinario, cuando se ejecuta por "imposición" del patrono, so pena de despido justificado en caso de negativa a realizarlo?

En sentido contrario a ese criterio, el artículo 3 del Decreto Ejecutivo N° 35903-MEIC del 03/03/2010, que rige en el Ministerio de Economía, Industria y Comercio de Costa Rica, establece que: *"Cuando las necesidades del servicio así lo requieren, los servidores quedan en la ineludible obligación de laborar horas extraordinarias, dentro de los límites señalados por el presente Reglamento, salvo causa justa o fuerza mayor para negarse. La negativa injustificada para hacerlo será tomada como falta grave para efectos disciplinarios."*

Por su lado, el considerando 3° del Decreto Ejecutivo N° 36621-MTSS, del 12/04/2011, que rige en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica, señala que *el Reglamento Autónomo de Servicio del MTSS, "en el artículo 36 regula la obligación ineludible que tienen los servidores y servidoras de laborar jornada extraordinaria, salvo impedimento grave."* Asimismo, en el Considerando II de las DIRECTRICES SOBRE LA AUTORIZACIÓN, APROBACIÓN Y PAGO DE LA JORNADA EXTRAORDINARIA EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (Acuerdo tomado en Sesión Ordinaria N° 120-2009, del 1/12/09), se indica *"Que el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Elecciones y Registro Civil, N° 3504 del 10 de mayo de 1965 y sus reformas, establece que corresponderá al Tribunal fijar los días y las horas de servicio en sus dependencias, así como la obligación del empleado de laborar la jornada ordinaria y extraordinaria"*.

Igualmente ha dicho el M. Sc. Francisco Salas Chaves, de BDS Asesores, que: *"Dos de los principios que rigen la materia laboral son el de lealtad y el de buena fe, de esta forma, si el patrono, con razones debidamente justificadas, y de forma ocasional, solicita al trabajador que permanezca en su puesto de trabajo, más allá de la jornada regular, éste en atención a dichos principios, debe aceptar dicho pedido y a cambio recibirá por cada una de sus horas laboradas,*

un recargo del 50% de su valor. Por su parte, estos mismos principios aplican para el patrono, quien no podrá exigir la permanencia del trabajador, por más del tiempo que resulte estrictamente necesario. La resolución de la Sala Segunda, a la que se ha hecho referencia en días pasados, **en nada cambia la posición que hasta la fecha se ha mantenido, en cuanto a la obligación de los trabajadores de laborar las horas extra que se le solicitan, ni tampoco nos parece correcto afirmar, como lo han hecho algunos, que con esta resolución queda claro que el trabajo después de la jornada ordinaria, debe de pactarse de mutuo acuerdo entre el patrono y el trabajador, pues en realidad, esta jornada surge como una necesidad objetiva del patrono y el trabajador debe colaborar con ésta, a menos que demuestre que existen igualmente circunstancias reales que le impiden prestar esta colaboración. A nuestro criterio, la negativa injustificada y maliciosa del trabajador de laborar horas extra sigue siendo causal de despido, por violar los principios de buena fe y lealtad antes citados.** (Véase: <http://www.centralamericadata.com/es/article/>. Información obtenida el 23/3/12). [La cursiva y la negrita no corresponden a los originales].

Resulta al menos discutible que esa “obligación” derive para el trabajador sólo de los implícitos “principios de lealtad y de buena fe” que complementan el clausulado contractual; siendo que, para mayor seguridad jurídica, sobre todo del patrono, la obligación debería incluirse en un contrato. Aunque muchos trabajadores incluso han creído tener “derecho” a que se les conceda laborar jornada extraordinaria “permanente”, para obtener un mayor ingreso, es lo cierto que habrá casos en que sólo acceden trabajar “horas extras” para evitar la amenaza latente de su despido.

Se ha indicado con acierto que: *“A fin de determinar exactamente qué prácticas constituyen esclavitud, es necesario considerar sus circunstancias: El grado de restricción que tenga un individuo de su libertad de movimiento; el grado de control que tiene el individuo sobre sus posesiones personales; la existencia de consentimiento informado y el entendimiento de la naturaleza de la relación que existe entre las*

partes.”¹⁴ Esas mismas consideraciones, según nuestro criterio, resultan aplicables para determinar la existencia o no de trabajo forzoso.

IV. Propuestas de acción para eliminar el trabajo forzoso u obligatorio

Para lograr la efectiva eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio es preciso acudir a diferentes acciones, aplicando una(s) o todas ellas, según sea preciso en cada caso concreto.¹⁵ Sin que sean exhaustivas, y siguiendo a Roger Plant, se propone que pueden adoptarse las siguientes medidas y acciones:

- a) promulgación de leyes en contra de la explotación laboral y sexual, en especial contra la trata; b) ejecución de planes nacionales, con mecanismos interministeriales, para acción coordinada contra la trata y el trabajo forzoso; c) creación de unidades especiales para identificar casos de trabajo forzoso y poner en libertad a sus víctimas; d) clarificar e identificar cuáles prácticas abusivas constituyen trabajo forzoso y tráfico de seres humanos, haciendo énfasis en determinar cuándo existe coacción intencional como parte esencial del delito de tráfico de seres humanos y cuándo este se constituye por las condiciones de trabajo degradantes o “inhumanas”, o una mezcla de la coacción y de malas condiciones de trabajo; e) de ser posible, establecer cifras nacionales de trabajo forzoso; f) aplicación efectiva de las leyes ya existentes contra el trabajo forzoso y la trata con fines de explotación laboral, por parte de los tribunales de trabajo y la justicia laboral, mediante la utilización de otros recursos complementarios a la ley penal; g) salvaguardar los derechos de los trabajadores migrantes, quienes están más expuestos al trabajo forzoso y la trata, especialmente

¹⁴ Información obtenida el 21/3/12 en: http://www.hrea.net/php?doc_id848/Guía de estudios La Esclavitud y el Trabajo Forzoso.

¹⁵ Según Roger Plant, “... si bien existen casos flagrantes de trabajo forzoso en el mundo, que involucran violencia física y restricción, las formas sutiles de coacción representan un problema generalizado que requiere respuestas creativas. Por esto proponemos una agenda de acción global que comprenda cuatro temas principales: recolección de datos e investigación, aumento de la sensibilización a nivel mundial, mejora en la aplicación de leyes y respuestas por parte de la justicia laboral, y fortalecimiento de la alianza entre trabajadores y empresas contra el trabajo forzoso y la trata.” (<http://www.ilo.org/topics/forced-labour>. Información obtenida el 28/3/12. La cursiva no es del original).

cuando se encuentran en una situación irregular, ya que se les amenaza con denunciarlos a las autoridades y deportarlos si no aceptan realizar incluso trabajo no remunerado; h) salvaguardar los derechos de los trabajadores migrantes, evitando que terminen en trabajo forzoso o servidumbre por deudas con los agentes de reclutamiento; i) reglamentación y fiscalización efectiva de las agencias de reclutamiento; j) apoyar gubernamentalmente la investigación y las encuestas para documentar la incidencia del trabajo forzoso en los diferentes países; k) rehabilitación y reintegración de las víctimas que han sido rescatadas del trabajo forzoso;¹⁶ y l) participación más activa y en diferentes formas de los sindicatos.

V. Síntesis de la jurisprudencia costarricense

Mediante el voto 2001-5420, dictado el 20 de junio de 2001, la Sala Constitucional de Costa Rica¹⁷ declaró sin lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la aplicación, en las carreras de Derecho que imparten las universidades privadas, de los artículos 1, 4, 6 y 7 de la Ley 4575, que regula los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Costa Rica.¹⁸ Asimismo, sobre la base del artículo 2, apartes 1 y 2, numeral e), del Convenio 29 de la OIT, dicha sala ha resuelto reiteradamente que el “Trabajo Comunal Universitario”, que se exige realizar como parte del programa de carrera a los estudiantes universitarios, tanto públicos como privados, no constituye trabajo forzoso.

Igualmente, fundamentada en el Pacto de San José o Convención Americana de Derechos Humanos y en la Constitución Política,

¹⁶ Véase: <http://www.jilo.org/topics/forced-labour>. Información obtenida el 28/3/12.

¹⁷ Según el artículo 2 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a dicha Sala le corresponde “Garantizar... los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.” (La cursiva no es del original).

¹⁸ Lo anterior “...por estimar que esas normas cumplen con el principio de solidaridad social y no son inconstitucionales; además, nada impide que las universidades privadas contemplen en los programas de las carreras de Derecho, cursos que cumplan esa misma función. Además se resuelve que el trabajo comunal universitario no es un trabajo, sino un requisito de graduación...” (Así resumido y citado en la resolución 14434-2011, del 25/10/11, dictada en Recurso de Amparo por ese alto Tribunal).

dicha sala ha resuelto en forma reiterada que un programa que obliga a los futuros profesionales en farmacia a prestar servicios a la comunidad, no viola derecho fundamental alguno.

En el voto de mayoría 0705-2002, del 25 de enero de 2002, en lo conducente, se dijo: *“Este asunto del servicio social **obligatorio**, es una cuestión respecto de la que la Sala ya se ha pronunciado de manera reiterada y, en concreto, con relación con los farmacéuticos, los precedentes señalan: ...Dijo la Sala, en la sentencia número 1294-091 ... el derecho al **trabajo** y el de libre elección que consagra el artículo 56 constitucional- no pueden ser irrestrictos, pues las libertades también tienen que ser objeto de regulación, más aun cuando están de por medio intereses de orden público, por lo que es lícito para los órganos con competencia para ello, fijar los requisitos que aseguren la eficacia del servicio, sin que por esa circunstancia se constituya monopolio alguno o se discrimine en su perjuicio”. Además,...En principio, un programa por el que los profesionales deban prestar servicios a la comunidad, no implica violación a derecho fundamental alguno. Podría inscribirse dentro de la norma 18 Constitucional, que ordena a los costarricenses -servir a la Patria-, no obstante que alguien afirme que esta no fue necesariamente la inteligencia con que se dictó. Pero, a su vez y reforzando el interés social ante el que cede el particular, el Pacto de San José de Costa Rica establece que -toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad- (artículo 32.1), a ello que también cabe citar dentro de la prohibición de someter a las personas a esclavitud o servidumbre, que el Pacto establece la siguiente excepción: No constituyen **trabajo forzoso** u **obligatorio**, para los efectos de este artículo: ... d) el **trabajo** o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales. (Art. 6.3.d)... (RSC N.º 4122, 16:54 horas, 13 de agosto, 1996. Ver además RSC N.º 07494, 11 de noviembre, 1997)...”*

En lo atinente, se dijo: *“... en el caso de la recurrente, al menos una vez al mes, en el día de visita a la población penitenciaria, inicia su turno de labores a media noche y labora 12 **horas**, e ingresa a laborar, nuevamente, en el turno que inicia a las 17 **horas**, con el fin de atender el ingreso de familiares y particulares al centro penitenciario.*

Nótese, al efecto, que en tales días se le exige laborar a la recurrente después de 8 horas laboradas, en condiciones que no son de urgencia o apremiantes, sino que, por el contrario, en una actividad ordinaria, como son las visitas a las privadas de libertad. Lo que es contrario a la jurisprudencia de esta Sala respecto a este tema e implica una violación al derecho fundamental de la recurrente al descanso.” (Resolución 1090-2010, de las 15:36 horas del 21 de diciembre de 2010).

La citada Sala Constitucional resolvió que la exigencia, para que una policía penitenciaria labore al menos una vez al mes, en situaciones que no son apremiantes o de urgencia, una vez concluida su jornada de ocho horas, en el día de visita a la población penitenciaria, es contraria a su jurisprudencia, por ser violatorio del derecho de la recurrente al descanso.¹⁹ ¿Esta misma jurisprudencia podría resultar aplicable a los casos de trabajo extraordinario “impuesto” por el patrono, cuando no hay situaciones apremiantes o de urgencia? Es un tema interesante y de mucha discusión, a desarrollar con la amplitud que requiere en un trabajo específico.

Conclusión

Todos los esfuerzos realizados hasta ahora por los gobiernos de los diferentes países, por los organismos internacionales como la OEA, la ONU y la OIT, por las organizaciones no gubernamentales y por otras instancias, así como por los ciudadanos y estudiosos sobre el tema, han resultado insuficientes para eliminar el trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas.

No obstante, no debe desistirse en procura de alcanzarlo; sino que, por el contrario, dados los altos valores humanos en juego, es preciso extremar las medidas y acciones tendientes a lograr su total erradicación.

Bibliografía consultada

Arias Ramos (J.). **Derecho Romano**. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 6ª edición, 1954, T. II y III.

Bayón Chacón (Gaspar) y Pérez Botija (Eugenio). **Manual de Derecho del Trabajo**. Madrid, Editorial Pons, 12ª edición, 1978-1979, Vol. I.

Cascante Castillo (German Edo.). **Teorías Generales del Derecho del Trabajo**. Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., San José, Costa Rica, 1ª edición, 1999.

Durand (Paul) y Jaussaud (R.). **Traté de Droit du Travail**. París, Editorial Dalloz, 1947, T. I.

Guier Esquivel (Jorge Enrique). **Historia del Derecho**. San José, Costa Rica, Editorial Costa Rica, 1986, Vol. 1 y 2

Santa Biblia, antigua versión de Casiodoro de Reina (1569), revisada por Cipriano de Valera (1602), revisión de 1960.

Smith Pegues (Deborah). **Controla tu lengua**. Editorial Portavoz. Grand Rapids, Michigan 49501, USA, 10ª edición/año 12 11.

II.- Decretos y normas administrativas de Costa Rica:

1.- Decreto Ejecutivo N° 35903-MEIC del 03/03/2010, del Ministerio de Economía, Industria y Comercio de Costa Rica.

2.- Decreto Ejecutivo N° 36621-MTSS, del 12/04/2011, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica.

3.- Directrices sobre la Autorización, Aprobación y Pago de la Jornada Extraordinaria en el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (Acuerdo tomado en Sesión Ordinaria N° 120-2009, de 1º de diciembre de 2009).

III.- Jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica:

- 1.- Voto 2001-5420, dictado a las 15:16 horas del 20 de junio de 2001.
- 3.- Voto de mayoría N° 0705-2002, dictado a las 12:11 horas del 25 de enero de 2002.
- 4.- Resolución 1090-2010, dictado a las 15:36 horas del 21 de diciembre de 2010.
- 5.- Resolución N° 14434-2011, dictado a las 15:44 horas del 25 de octubre de 2011.

Costa Rica: País recurrente, en la ley y en la práctica, en la violación de los convenios internacionales y las libertades sindicales

Mario Rojas Vílchez¹ y Rodrigo Aguilar Arce²

1. Libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva

Partiendo del criterio de la libertad sindical en la dogmática del derecho a la libertad sindical, en el Seminario Regional: Fortalecimiento de la Acción Sindical, frente a la Agenda Hemisférica de Trabajo Decente, realizado por la Confederación Sindical de la Américas, CSA, en Montevideo, en noviembre de 2010, el gran maestro, amigo y defensor del movimiento sindical el Dr. Oscar Ermida (QDDG), refiriéndose a la estructura y función del derecho del trabajo, sostenía que: “El derecho laboral no protector no es derecho, lo protege no porque sea mejor, bonito o simpático, sino porque constata que está en desventaja en una relación de desigualdad, se corrige creando desigualdades compensatorias,

¹ Costarricense. Profesor, Ex secretario de Organización y de Conflictos y Asuntos Laborales del Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras Costarricenses (SEC). Actualmente es Secretario de Asuntos Jurídicos de la Confederación de Trabajadores Rerum Novarum, (CTRN). Ha sido representante sindical en el Consejo Nacional de Salarios y en el Consejo Superior de Trabajo; representante de los trabajadores y Consejero Técnico en la Conferencia Internacional del Trabajo de OIT. Coordinador para la Subregión de la Red y de Derechos Humanos de la CSA.

² Costarricense. Profesor Pensionado, Ex presidente y Ex secretario General del Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras Costarricenses (SEC). Actual presidente de la CRTN, Secretario General del Consejo Unitario Sindical de América Central y del Caribe (CSU) y representante sindical ante el Consejo Nacional de Salarios. Miembro del Grupo de Trabajo de Integración Hemisférica de la Confederación Sindical de las Américas (CSA).

se defiende a través de la autotutela, autoprotección o sindicatos y la heterotutela: A través del Estado, ley, Ministerio de Trabajo, Inspección, Poder Judicial y procesos”.

Indicaba que un convenio colectivo que sucede a una ley, mejorando los derechos que esa ley prevé, tiene una importancia fundamental para los trabajadores y trabajadoras porque también pueden existir leyes que fijen beneficios a la convención colectiva, o la promueven.

Refiriéndose a la libertad sindical, indicaba que es “un derecho humano fundamental por cuanto es requisito para tener otros derechos y para crear otros derechos”, y que “en la declaración fundamental de principios y derechos fundamentales en el trabajo, está primero la libertad sindical, porque si no se da, los otros derechos tampoco se dan”.

Debe recordarse que la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008*, señala entre los objetivos estratégicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el de “respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, reviste particular importancia, no sólo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos, teniendo en cuenta:

- a- Que la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva son particularmente importantes para permitir el logro de esos cuatro objetivos estratégicos.
- b- Que la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima y que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas.

Es importante destacar también que en el Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y

Recomendaciones (CEACR) de la OIT, sobre los convenios fundamentales en el trabajo, a la luz de la Declaración de la OIT de 2008 (Informe III B), que será conocido en la 101 Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), a celebrarse en junio de 2012, al analizar los convenios 87 y 98 señala en el párrafo 49 que:

“La libertad sindical es esencial para la búsqueda de la justicia social en el proceso de globalización y está estrechamente vinculada con todos los demás derechos fundamentales a los que se refiere este Estudio General. Se trata de un derecho humano fundamental de alcance universal, indispensable para el ejercicio de otros derechos. Es un proceso, dotado de un contenido sustantivo, que permite por medio de acciones colectivas, tomar medidas para combatir el trabajo forzoso, proteger a los menores de abusos y adoptar medidas contra la discriminación y en favor de la igualdad que beneficien a todos. La libertad sindical está en la esencia de la democracia, desde la base hasta lo más alto de la cúspide del poder”
[El subrayado es nuestro]

En el dicho estudio en mención (ver párrafo 51) la CEACR sostiene que: “La libertad sindical y la negociación colectiva, que actualmente figuran en la mayoría de las constituciones de los Estados Miembros, revisten una importancia capital para los interlocutores sociales; dado que les permiten establecer reglas en materia de las condiciones de trabajo, incluidos los salarios, formular reivindicaciones más generales y conciliar sus respectivos intereses para lograr un desarrollo económico y social duradero. A juicio de la Comisión, organizaciones de trabajadores sólidas e independientes son indispensables para compensar la inferioridad jurídica y económica de los trabajadores. Asimismo, las organizaciones de empleadores son particularmente importantes para la protección de los intereses de las pequeñas empresas. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores son herramientas esenciales para la gobernanza del mercado de trabajo y para el desarrollo de sistemas de relaciones laborales que sean vectores de estabilidad, de progreso y de prosperidad económica y social. Por otra parte, al denunciar, cuando ello sea necesario, las violaciones

de la legislación, estas organizaciones permiten también garantizar la aplicación efectiva de la legislación laboral. Además, participan en los mecanismos de consulta en los que se definen las políticas económicas y sociales y se elaboran los proyectos de legislación laboral. De ahí que resulte esencial salvaguardar su independencia frente a las autoridades públicas y los partidos políticos tal como lo recuerda la Resolución adoptada por la Conferencia en 1952 sobre la independencia del movimiento sindical”.

El derecho de sindicación, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga, son los componentes esenciales en los que se asientan las libertades sindicales. Estos derechos están consagrados en las constituciones de la mayoría de los países de la subregión y en los Convenios 87 y 98 de la OIT. No obstante, se aprecia en todos los países del área, y Costa Rica no es la excepción, una violación e inaplicación sistemática de dichos convenios.

Particularmente, Costa Rica se presenta ante el concierto de las naciones como un país respetuoso de los derechos humanos y laborales, sin embargo la realidad es otra. Costa Rica ocupa después de Guatemala (según datos de la OIT) uno de los lugares más altos en denuncias ante el Comité de Libertad Sindical (CLS), séptimo en Latinoamérica y el 17 en el mundo.

Distintos Ministros de Trabajo han tenido que comparecer ante la Comisión de Aplicación de Normas de la CIT, dos veces por el Convenio 87 y siete por el Convenio 98. Además, en 15 memorias enviadas a la CEACR, desde 1989 a 2009, los gobiernos adquirieron compromisos que no han cumplido, es decir, llevan un cuarto de siglo de mentirle a la OIT, sin que se haya logrado avance alguno.

Si bien es cierto que las comparencias de los gobiernos ante la Comisión de Aplicación de Normas de la CIT fueron mayoritariamente por el Convenio 98, debe tomarse en cuenta que dicho convenio está estrechamente ligado con el 87 por lo que, cuando se leen las observaciones que la CEACR hace sobre estos convenios en sus distintos informes, los temas guardan mucha relación.

Recuérdese que si se obstaculiza la negociación colectiva, se está coartando la posibilidad a la organización sindical de ejercer ese derecho; si se desarrollan prácticas desleales de carácter antisindical, o si se ponen obstáculos a la huelga, se está violentando el Convenio 87

Los ataques sistemáticos al derecho de sindicación, a la negociación colectiva y a la huelga, tanto en el sector público como en el privado, colocan al Estado costarricense en una situación delicada frente a sus obligaciones constitucionales y a su condición de Estado miembro de la OIT.

Diversas misiones enviadas por la OIT (contactos directos, alto nivel, asesoramiento técnico entre otras, incluida la presencia de la Directora del departamento de normas), constataron lo dicho por el movimiento sindical en las quejas ante el CLS; mediante las memorias que todos los años se envían a la CEACR sobre los convenios mencionados, así como las declaraciones que los representantes de los trabajadores hacen ante la Comisión de Aplicación de Normas, cuando los Gobiernos comparecen.

Asimismo, diversas organizaciones internacionales como la CIOSL y CMT (hoy CSI) y federaciones internacionales, han acompañado las denuncias presentadas por el movimiento sindical

Para algunas personas ajenas a nuestra región, esta situación es sorprendente, pues consideran a Costa Rica como un país con una democracia sólida y ejemplar. Reconocemos que durante siete décadas ha existido democracia formal, que no significa democracia participativa. Debe tenerse en cuenta que en las tres últimas décadas, los partidos políticos se convirtieron en poderosas máquinas electorales, entregadas total y absolutamente a las tesis de mercado como ente regulador, renunciando con ello al rol de Estado de Bienestar creado en la Constitución de 1949 y, por ello, imponiendo el modelo neoliberal, que pisotea los derechos económicos, laborales y sociales.

Esos mismos actores están investidos de una cultura antisindical sorprendente, no solo en gran parte del sector empresarial, sino que permea a esas máquinas electo-partidarias, a las instituciones públicas, así como a los medios masivos de comunicación, que colocan al sindicalismo casi como el enemigo público número uno. Esta cultura antisindical fue reconocida en el informe de la misión de alto nivel que visitó Costa Rica en 2006.

Ante dicha misión, las organizaciones sindicales sostuvieron que: “las quejas y denuncias ante el Comité de Libertad Sindical eran de larga data; en una primera etapa por la actuación de las empresas y escasa capacidad de las autoridades para tutelar los derechos de los trabajadores; y en una segunda etapa, además de las relacionadas con el sector privado, las quejas también han sido en virtud de que el propio sistema institucional se dedicó a violentar los derechos establecidos en la legislación internacional. Desde la óptica del movimiento sindical costarricense, el agravamiento de la cultura antisindical se dio en virtud de la posición firme de las organizaciones sindicales de defender el Estado social de derecho y de haberse convertido en un dinamizador de la lucha de la sociedad en contra de los ajustes estructurales, las privatizaciones, el desmantelamiento institucional y en defensa de la seguridad social”.

No es de extrañar entonces que la CEACR, en sus diversos informes que presenta sobre los Convenios 87 y 98 exprese posiciones como: Tiene la esperanza, esperan, toman nota, esperan que en un futuro cercano y otras tantas formas de abordar este asunto, y la verdad es que nada, absolutamente nada se ha resuelto. Al contrario, todo ha empeorado. Las campañas antisindicales son constantes, permanentes, agresivas, denigratorias, a tal punto que a los sindicalistas se les coloca ante la opinión pública casi como delincuentes y obstaculizadores del desarrollo.

De ahí que la situación de los actos de discriminación antisindical se mantienen en Costa Rica, a pesar de lo resuelto por los órganos de control de la OIT, con relación a los casos 2490 y 2528, y el informe que diera la misión de alto nivel de 2006. Entre esos actos se pueden señalar:

- La lentitud e ineficacia de los procedimientos sancionatorios y de reparación en relación a actos antisindicales.
- La retardación de justicia a instancia judicial, sigue dándose en igual grado.
- La legislación nacional adolece de procedimientos rápidos y efectivos, para que el fuero sindical se convierta en un derecho real y no como hasta en este momento que es una expectativa de derechos.
- El despido de un dirigente sindical tiene que ventilarse en la vía jurisdiccional laboral, y es en esta vía donde se decide, se ordena o no la reinstalación de un dirigente o una dirigente que haya sufrido el despido. Este procedimiento puede tardar entre cuatro y cinco años.
- La mora judicial laboral supera los seis años, esto es, que los casos de prácticas laborales desleales y lo relacionado con la violación a los derechos laborales y sociales tardan en resolverse como promedio 8 años.
- Los despidos de los dirigentes sindicales siguen dándose tanto en el sector público como privado

Cabe recordar que las denuncias más sonadas se plantearon ante el CLS desde los años 80, con el caso 1483, cuando las organizaciones sindicales en conjunto presentaron una queja contra el gobierno de Costa Rica, en virtud del impulso dado a las asociaciones solidaristas, con el propósito de destruir el movimiento sindical, muy fortalecido en el sector bananero y en crecimiento en el sector industrial.

En los 90 el movimiento sindical tuvo que presentar quejas ante el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, por violación a las condiciones del Sistema Generalizado de Preferencias y de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe, lo que motivó una negociación con el gobierno de la República y una reforma al Código de Trabajo, en el que se prohibió a ese tipo de organizaciones el ejercicio de actividades propias del movimiento sindical.

No obstante, como se verá más adelante, el gobierno sigue impulsando la formación de las organizaciones solidaristas, a tal grado que elevaron a rango constitucional. Y, si bien no ejercen directamente actividades sindicales, son utilizadas por los empresarios para crear comités permanentes y llegar a arreglos directos, para limitar la creación de sindicatos y con ello imposibilitar el desarrollo de la negociación colectiva.

Al igual que el derecho de sindicación, el de negociación colectiva, es violentado sistemáticamente, en el sector público y en el privado. En el sector público se sigue a tacando en el marco de esa conjura, donde participan los tres poderes del Estado, e incluso la misma Defensoría de los Habitantes, que continúa insistiendo en los “privilegios” de las convenciones colectivas.

A su vez la propia Sala Constitucional ha declarado inconstitucionales cláusulas de las pocas convenciones colectivas negociadas en el sector público, alegando situaciones de racionalidad y proporcionalidad, y violando con ello el principio de libre negociación que establece el Convenio 98. Adicionalmente, el propio Estado ha promovido acciones para acabar con sindicatos del sector público, tal el caso de SINTRAJAP, un sindicato del sector portuario, porque se oponía a la privatización de ese sector, por el gobierno de Oscar Arias, Premio Nobel de la Paz

En las empresas estatales se exige a los sindicatos que tienen convenciones colectivas, que negocien no conforme al derecho laboral, sino que según lo establecido en el reglamento de negociación colectiva en el sector público (caso de la negociación colectiva inscrita entre SITRAPEQUIA y RECOPE). Lo grave de la aplicación de este reglamento es que somete a las partes negociadoras al escrutinio previo de la negociación colectiva, ante un órgano conformado por ministros (donde no hay representación de los trabajadores) y quienes tienen la potestad para definir qué se negocia.

El sometimiento de la convención colectiva a la Comisión de Ministros contraviene el artículo 4 del Convenio 98, que señala

expresamente el uso de procedimientos de negociación voluntaria entre patronos y trabajadores. Sobre el particular, y a raíz de las denuncias hechas por la CTRN, la CEACR llamó la atención sobre la necesidad urgente de que el país armonice esta legislación con lo que, establece el Convenio 98. Sin embargo, las llamadas de atención hechas no han surtido efecto, y el derecho de negociación colectiva sigue siendo cada vez más inalcanzable.

Mención especial merece el hecho de que la OIT, sigue insistiendo ante el gobierno de Costa Rica, que los fallos de la Sala Constitucional contrarios a las convenciones colectivas o a ciertas cláusulas de estas, representan una clara violación al Convenio 98. Sin embargo, se sigue aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad (señalados por la Sala Constitucional), para las convenciones colectivas de las empresas e instituciones públicas.

En marzo de 2011 la Sala Constitucional (Sala IV), ante un recurso presentado por la Contraloría General de la República, declaró inconstitucional la cláusula número 49 de la 15ª Reforma a la V Convención Colectiva del Sindicato de Empleados del Banco Nacional (SEBANA), lo que contrasta con lo que señala la CEACR en su informe de 2010: ***“La Comisión saluda esta evolución jurisprudencial, cree comprender que en 2008-2009 no ha habido nuevas anulaciones de cláusulas de convenciones colectivas, y pide al Gobierno que le continúe informando de nuevas evoluciones que se produzcan”***. Ello indica que la Sala IV no había actuado por un asunto de evolución jurisprudencial, sino porque no le habían presentado este tipo de casos.

Los Convenios 151 y 154, que regulan, en su orden, lo relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública y el fomento de la negociación colectiva, no lograron durante 27 años su aprobación por la Asamblea Legislativa, mientras que la reforma a la Constitución Política, que da rango constitucional a las asociaciones solidaristas, ya fue aprobado.

En el informe 2012 de la CEARC se lee: **“La Comisión expresa la firme esperanza de que la Sala Constitucional de la Corte Suprema tendrá en cuenta los principios del Convenio en las sentencias sobre los cinco recursos en trámite y pide una vez más al Gobierno que utilice todas las medidas a su alcance para que los proyectos de ley tendientes a reforzar el derecho de negociación colectiva en el sector público, incluidos los relativos a la ratificación de los Convenios número 151 y 154, puedan ser discutidos y, cabe esperar, ser aprobados por la Asamblea Legislativa”** [el resaltado es de la Comisión].

La brecha existente, entre el número de convenciones colectivas con respecto a los arreglos directos, sigue siendo abismal. Los comités permanentes y las asociaciones solidaristas siguen promocionando los arreglos directos y actuando de testaferros de los patronos, para impedir la creación y desarrollo de los sindicatos.

En el informe de 2012 sobre este tema la CEACR

“Concluye que la desproporción entre el número de convenios colectivos y el de arreglos directos con trabajadores no sindicalizados se ha agravado desde 2007 en términos preocupantes y las cifras actuales (un total de 15 convenios colectivos en el sector privado concluidos por organizaciones sindicales y 159 arreglos directos concluidos por comités permanentes de trabajadores no sindicalizados) muestran que no se está dando cumplimiento al deber de promoción de la negociación colectiva en el sector privado (*artículo 4* del Convenio), en particular si se tiene en cuenta que los 15 convenios colectivos no son sectoriales y que el Gobierno no ha facilitado informaciones sobre el número de trabajadores cubiertos.

La Comisión observa con **preocupación** que del informe de Misión surge que en el país se viene facilitando la expansión de los arreglos directos.

La Comisión saluda la decisión de la UCCAEP y de la Ministra del Trabajo de discutir este tema con las organizaciones sindicales en el marco del Consejo Superior del Trabajo, incluyendo la discusión del

informe del experto de la OIT realizado en 2007. La Comisión saluda la decisión de la Ministra de Trabajo de realizar en colaboración con la oficina subregional de la OIT actividades para promover la negociación colectiva, incluidas actividades de capacitación.

La Comisión queda a la espera de la evolución tripartita sobre el problema de los arreglos directos con trabajadores no sindicalizados a la luz del informe del experto realizado al respecto, así como de cualquier solución satisfactoria que se proponga, incluidos programas en todos los sectores y medidas eficaces para promover la negociación colectiva con las organizaciones sindicales existentes, para evitar que se promuevan los arreglos directos y se utilicen con fines antisindicales.

La Comisión expresa la firme esperanza de que en su próxima memoria el Gobierno estará en condiciones de informar de un aumento importante del número de convenios colectivos” [los resaltados son de la Comisión].

Del derecho de huelga

En nuestro país el derecho de huelga no es debidamente tutelado y más bien, la legislación laboral, para el ejercicio del mismo, determina una serie de disposiciones que se constituyen en cortapisas para su ejercicio pleno.

No es casual que la CEACR (ante reclamos de la CTRN y de otras organizaciones sindicales, la presentación de quejas y/o denuncias, o con el envío de informes-memorias sobre la inaplicación del Convenio 87) ha insistido que los requisitos y procedimientos establecidos en el Código de Trabajo son excesivos y pueden hacer nugatorio el derecho de huelga. De igual manera, el porcentaje de trabajadores determinado como requisito para poder llevar a cabo la convocatoria de una huelga, es contrario al Convenio 87.

La CTRN, en sendas reuniones con la presidencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Sala Segunda, les comunicó la opinión

de la CEACR en cuanto a la aplicación de las normas internacionales e insistido que el Poder Judicial debe aplicar más en sus sentencias los Convenios de la OIT.

Al cierre de este artículo, la Sala Constitucional, resolvió declarar con lugar una acción de Inconstitucionalidad contra el inciso c del artículo 373 del Código de Trabajo, interpuesta por nuestra organización afiliada, SITRACHIRI.

Dicho artículo se refiere a los requisitos para declarar legal una huelga y, concretamente, el inciso c establecía *“constituir por lo menos el sesenta por ciento de las personas que trabajen en la Empresa, lugar o negocio de que se trate”*. El voto de la Sala señala no solamente la supresión del inciso c, sino que en materia de huelga se debe actuar en función de los parámetros que indica la OIT. También debe destacarse, como un logro del movimiento sindical, que la Sala IV prohíbe el descuento de salarios, si la huelga no ha sido declarada ilegal.

Como puede observarse, el fallo emitido por la Sala Constitucional implica para el movimiento sindical, una reivindicación importante, pues el derecho de huelga, es uno de los pilares de la libertad sindical.

La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación

No es la primera vez que el movimiento sindical costarricense denuncia la discriminación en el trabajo y el doble discurso del gobierno costarricense, que difunde una imagen internacional democrática y mantiene una práctica nacional poco coherente.

El Convenio 111 de la OIT, de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, define como discriminación *“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*.

Desde 1949 la Constitución de Costa Rica, contempla en el numeral 33 que *“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”*. En el numeral 68 consagra que *“no podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores”*.

En 1961, como resultado de la adopción del Convenio 111, se promulgó la Ley Núm. 2694 denominada *“Prohibición de toda suerte de discriminación”* que en su artículo 1º prohibía *“(...) toda suerte de discriminación, determinada por distinciones, exclusiones o preferencias, fundada en consideraciones sobre raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica, que limite la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo u ocupación”*. En nuestra opinión esa ley está vigente, por cuanto no se ha aprobado ninguna que se le oponga o la derogue. En 2001 se adiciona al Código de Trabajo el título undécimo, mediante la Ley Núm. 8107 (Art. 618 al 624), que también prohibió la aplicación en el trabajo, tanto público como privado, de medidas discriminatorias perjudiciales.

Resumimos entonces que la lucha contra la discriminación no puede considerarse como un problema normativo, sino como una práctica discriminatoria indirecta de parte del Estado costarricense, que facilita la permanencia de dichas en las empresas, que llegan inclusive a justificarse mediante fallos judiciales.

El Estado se muestra aparentemente neutro, pero en la práctica pone en desventaja a los trabajadores asalariados, aunque en teoría esté garantizada la igualdad de trato y de oportunidades. Los trabajadores que se accidentan en sus lugares de trabajo, las personas con discapacidad que buscan empleo, los migrantes, las mujeres trabajadoras, continúan discriminadas, y no existe una política consistente para enfrentar estas prácticas.

En Costa Rica los inmigrantes nicaragüenses realizan las labores más pesadas y sacrificadas en las plantaciones, en la industria

de la construcción, y otras labores peligrosas, con el agregado que se trata de trabajadores con altos niveles de informalidad y temporalidad; utilizando sub-contratistas para evadir la legislación laboral y los derechos fundamentales. Miles de trabajadores nicaragüenses son considerados como una fuerza laboral barata, dócil y flexible, a disposición de los empresarios de plantaciones y de la construcción.

En el empleo agrícola en las provincias de Guanacaste y Limón se da una situación especialmente grave, y esto explica situaciones como la exclusión en determinados empleos, salarios más bajos, mayores tasas de participación laboral donde los salarios son más bajos o existen mayores riesgos de trabajo.

Los bajos niveles educativos y pocas expectativas en cuanto a la calidad del trabajo que se espera obtener, especialmente de los migrantes nicaragüenses, les obligan a aceptar mayores riesgos laborales. Muchos de ellos participan como trabajadores temporales en las cosechas de caña de azúcar y melón; y en las empresas bananeras, en condiciones de informalidad y subcontratación, con mano de obra infantil, inclusive en labores peligrosas. Cientos de trabajadores padecen enfermedades graves, que son resultado de la aplicación de agro tóxicos en las plantaciones de caña de azúcar, donde se utilizan venenos prohibidos en otras regiones del mundo.

Frente a esto existe una inoperancia total del Estado costarricense. Muchos de esos trabajadores no superan los 50 años y quedan excluidos del mundo del trabajo, con insuficiencia renal crónica. Cuando el patrono se da cuenta que están enfermos son despedidos sin miramiento alguno. Por otra parte la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) deja de atenderlos por ser una enfermedad profesional, pero el Instituto Nacional de Seguros (INS) no reconoce que estas sean enfermedades profesionales.

La solución es difícil porque no existe en la legislación costarricense una definición de actividades peligrosas, lo que da lugar a una situación de alta vulnerabilidad para la población trabajadora. Si a esto sumamos la falta de información sobre derechos laborales

para la población migrante, el resultado es una tragedia de enormes dimensiones.

En la industria de la caña en Guanacaste hemos documentado decenas de casos de trabajadores con insuficiencia renal crónica, que están muriendo poco a poco. Muchos han muerto, sin que las autoridades del Estado costarricense hayan reaccionado. El gran vacío de la política migratoria costarricense, es que no contempla los aspectos socio-laborales, educativos, culturales, de convivencia territorial y de participación ciudadana, sobre la base de normas claras y adecuadas que otorguen seguridad jurídica a los migrantes, y que se apliquen desde una actuación coherente y unitaria de las diversas administraciones públicas que dicen proteger el trabajo y sus riesgos.

Género

La desigualdad en la valoración de roles y funciones podemos comprobarla en la cotidianeidad del mundo del trabajo asalariado. Los hombres, en su conjunto, perciben una mejor retribución que las mujeres, en cualquier tipo de trabajo; gozan de mejores oportunidades de empleo y de capacitación profesional, y no tienen más limitaciones que las propias para enfrentar el cada día más competitivo mundo del trabajo. Las mujeres, en cambio, cargan con años de marginación y con la responsabilidad, exclusiva en la mayoría de casos, del mantenimiento y cuidado de la familia.

Desde hace años la CEACR tomó nota de las tareas desarrolladas por el Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU) y la Unidad de Equidad de Género del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), para llevar a cabo planes sistemáticos que mejoran, no sólo la cantidad sino la calidad del empleo de mujeres, a los que se refiere en su solicitud directa y que el 8 de marzo de 2007 se presentó a la Asamblea Legislativa un proyecto de modificación de la ley contra el hostigamiento sexual.

Si bien Costa Rica avanzó en la legislación contra el acoso sexual, dejó un amplio vacío, al no regular el acoso moral en todas sus

formas. Las trabajadoras y trabajadores son acosados en el trabajo y no existen mecanismos cautelares adecuados para protegerlos. Las trabajadoras deben acudir a procesos judiciales ordinarios en la vía laboral, a probar que son víctimas de acoso moral en las sutiles formas que adquiere esta práctica de discriminación laboral.³

En el campo laboral, hoy las mujeres siguen enfrentando segregación ocupacional, hostigamiento sexual, incumplimiento de la licencia de maternidad y permiso de lactancia y diferencias salariales con respecto a los hombres. Estos aspectos no son coyunturales sino estructurales, por las funciones de cuidado y reproducción que la sociedad asigna a las mujeres y no son compartidas por la sociedad. Faltan las acciones afirmativas para que las mujeres tengan iguales oportunidades de empleo e igual salario, las cuales deben ser consignas fundamentales en todo tratado o acuerdo económico.

Costa Rica ha ratificado ante la OIT los Convenios sobre la igualdad de remuneración y el 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), que forman parte de los convenios reconocidos como fundamentales. Adicionalmente, el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, establece condiciones especiales para trabajadoras y trabajadores que tienen este tipo de responsabilidades.

El Convenio 156 aún no ha sido ratificado por Costa Rica, ni el Convenio 183 sobre la protección de la maternidad. La mujer participa en las actividades asalariadas sin estar protegida por un contrato de trabajo. En las nuevas normas de flexibilización de las jornadas, no se excluye a las mujeres embarazadas, y sus derechos de maternidad serían afectados gravemente si el proyecto de ley N° 1,315 denominado "Protección del Empleo en momentos de Crisis" entrara en vigencia. Esto muestra una vez más el doble discurso del Estado costarricense.

³ CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) Costa Rica (ratificación: 1962) Publicación: 2008

Discriminación por enfermedad o incapacidad total o permanente

La discriminación por enfermedad en el ámbito laboral puede dividirse en dos etapas claramente diferenciables, a los efectos de realizar un análisis más preciso del problema en Costa Rica y solución, si mediara una acción estatal más coherente y permanente.

La Ley 7600 y la ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006 y su protocolo, constituyen avances. Sin embargo, a la fecha no existe una adecuación de las normas laborales a los principios de ambas. Es decir, que la legislación no se ha adecuado o modernizado. Persisten normas y reglamentos de la seguridad social con cláusulas discriminatorias y que dejan fuera de la cobertura del régimen de pensiones por incapacidad laboral, a miles de trabajadores.

Esto no solo constituye una discriminación, sino un verdadero ajuste de cuentas con los que sufren un accidente. Existen casos de riesgos de trabajo que deben discutirse en procesos que duran hasta diez años. Muchos trabajadores mueren tratando de reivindicar su derecho a una jubilación, por haber adquirido una incapacidad en el trabajo. Hay un caso emblemático, del trabajador nicaragüense José Hilario Torres Rivera, que sufrió varios accidentes laborales, quedó con una seria incapacidad y se dan dos valoraciones contradictorias relativas a su discapacidad. En el juicio por riesgo laboral, la medicatura forense de la Corte de Justicia dice que no está discapacitado; y en el juicio por pensión planteado contra la CCSS, se confirmó hace dos años su invalidez permanente y esta aún no ha sido resuelta por el tribunal superior de trabajo de San José.

Los dos juicios tienen más de siete y ocho años respectivamente. Este trabajador fue abandonado a su suerte y vive de la caridad de los vecinos de Río Cuarto de Grecia, esperando la justicia laboral. Entre otras enfermedades, sufre de diabetes, insuficiencia renal,

hipertensión y otras afecciones graves. Además, tiene extrema dificultad para moverse, pero debe recorrer más de 100 kilómetros para cualquier trámite judicial.

Es importante destacar que, respecto de las personas enfermas o con discapacidad, es plenamente aplicable el principio de discriminación inversa o afirmativa. Según este principio, en determinadas ocasiones, y frente a situaciones especiales como las del ámbito del derecho laboral y el contrato de trabajo, es necesario adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes se encuentran en una situación desigual con relación al empleo y el reconocimiento de la discapacidad laboral.

Este problema también lo tienen los trabajadores con insuficiencia renal. Deben someterse a un procedimiento complejo y confuso, que deben aprender en el camino, que limita el acceso a una vida digna después de haber laborado por muchos años. En la CCSS existe una comisión de valoración de la discapacidad, en donde de manera sistemática se rechazan las mismas. Entendemos que muchas de estas son riesgos de trabajo, y que existe cierto mérito burocrático para hacerlo. Pero ocurre que el INS, que administra los riesgos de trabajo, aduce que no son enfermedades profesionales, siendo como se dijo, que no existe una legislación clara en cuanto a actividades peligrosas.

La libertad sindical en Honduras

Miguel F. Canessa Montejo¹

Introducción

La libertad de asociación es una libertad fundamental que gozan las personas y consiste en agruparse como un colectivo para defender intereses comunes lícitos. Su expresión jurídica en el mundo laboral es la libertad sindical. De este modo, se presenta una relación de género y especie entre la libertad de asociación y la libertad sindical, aunque con algunas particularidades de la libertad sindical en razón al carácter protector del cual están impregnados los derechos laborales.

Existen dos definiciones sobre la libertad sindical que resultan importante tomar en cuenta. La primera es formulada por el profesor español Antonio Baylos en los siguientes términos: "El derecho a asociarse para la defensa de los intereses de los trabajadores"². La segunda la formula el desaparecido profesor uruguayo Óscar Ermida planteándolo como un concepto en constante evolución, donde su contenido complejo incluye derechos positivos (de hacer) y negativos (de no hacer), individuales y colectivos, etc.³

¹ Abogado y sociólogo peruano. Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de las Maestrías de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y de Derecho Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor Internacional: miguelcanessa@hotmail.com

² Sindicalismo y Derecho Sindical de Antonio Baylos. Albacete, Editorial Bomarzo, 3ª. Edición, 2006 p. 7.

³ Protección contra los actos antisindicales de Oscar Ermida Uriarte. Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1991, p. 5.

En la primera se le plantea como una libertad constituida a favor de uno de los actores sociales –los trabajadores-; mientras que en la segunda se amplía hacia una visión que pone el acento en su carácter pluridimensional -un derecho fundamental complejo-, es decir más allá de la libertad o no de asociarse dentro del mundo laboral y sin identificarlo a uno de los actores sociales del mundo del trabajo.

En Honduras, la libertad de asociación se encuentra recogida en el artículo 78 de la Constitución⁴ y, específicamente, la libertad sindical está recogida en el artículo 128 numeral 14 de la Constitución⁵. Una lectura que complementa ambos artículos nos conduce a identificar su contenido constitucional:

- a) Se garantiza la libertad de asociación de trabajadores y patronos.
- b) El ejercicio de la libertad de asociación no debe ser contrario al orden público y las buenas costumbres.
- c) Se ejerce conforme a la ley⁶.
- d) La libertad de asociación en el trabajo tiene por fines exclusivos los de su actividad económica-social.
- e) Los trabajadores se organizan en sindicatos y los patronos en asociaciones profesionales.

La libertad de asociación también está plasmada en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Honduras, con lo que son vinculantes para su ordenamiento nacional:

- a) Universal general
 - El artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴ El artículo 78 señala: “Se garantizan las libertades de asociación y de reunión siempre que no sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres”.

⁵ El artículo 128 establece la nulidad de los actos, estipulaciones o convenciones que impliquen renuncia, disminuyan, restrinjan o tergiversen la siguiente garantía: “ 14) Los trabajadores y los patronos tienen derecho, conforme a la ley, a asociarse libremente para los fines exclusivos de su actividad económica-social, organizando sindicatos o asociaciones profesionales”.

⁶ La ley de desarrollo no puede ir en contra del contenido esencial de la libertad de asociación porque significaría su violación constitucional.

- El artículo 22 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- El artículo 5 inciso e) i de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- El artículo 15 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

b) Universal especializado

- Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.
- Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva-

c) Regional (interamericano)

- El artículo 26 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.
- El artículo 45 inciso c) de la Carta de la OEA.
- El artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- El artículo 16 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- El artículo 8 numeral 1 inciso a) del Protocolo de San Salvador.

La Constitución hondureña, en su Capítulo III sobre los tratados dentro del Título I del Estado, establece el marco regulador de la incorporación de los instrumentos internacionales al ordenamiento nacional.

En primer lugar, señala que el ordenamiento nacional incorpora los principios y prácticas de derecho internacional (primer párrafo del artículo 15). Así, la costumbre internacional y los principios del derecho Internacional son también fuentes del derecho hondureño. En segundo lugar, establece que es válida y obligatoria la ejecución de las sentencias judiciales de carácter internacional (segundo párrafo del artículo 15), con lo que sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia laboral

en casos contra Honduras, son obligatorias en su ejecución⁷. En tercer lugar, también se incorporan al derecho interno los tratados internacionales ratificados por Honduras (artículo 16), adoptando el modelo monista para el sistema jurídico nacional. En cuarto lugar, se establece la regla de la aprobación de un tratado internacional bajo la forma de una reforma constitucional, cuando este se encuentre en conflicto con una disposición constitucional (artículo 17). Esto significa que si un instrumento internacional se aprueba y ratifica estando en colisión con la Constitución sin recurrir a esta modalidad, sería nulo. En quinto lugar, si se presenta un conflicto entre un tratado internacional y una ley nacional, siempre prevalece el instrumento internacional (artículo 18).

Esta disposición constitucional ubica a los instrumentos internacionales ratificados por Honduras en un rango normativo *supra legal*. Por ende, sí existe un conflicto entre un convenio de la OIT ratificado por Honduras y el Código del Trabajo, conforme al artículo 18 de la Constitución prevalece la norma internacional.

En conclusión, el contenido constitucional de la libertad de asociación y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Honduras en materia de libertad de asociación son los pilares sobre los que se garantiza esta libertad fundamental. El Código del Trabajo y las leyes laborales están sujetos a ese marco normativo.

A su vez, existe una fuerte interdependencia entre la libertad de asociación y los derechos fundamentales que aseguran su ejercicio. Así, debemos tener presente que el ejercicio de esta libertad viene acompañada por otros derechos fundamentales recogidos por la Constitución hondureña:

- El derecho a la vida y la seguridad es un presupuesto básico de la libertad sindical (artículos 61, 65 y 68).

⁷ Se podría interpretar que la Constitución no otorga esta potestad a los pronunciamientos de los órganos de control internacional -dentro de ellos, los de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)- dada la precisión con que se mencionan las sentencias judiciales de carácter internacional. A pesar de esto, los pronunciamientos de dichos órganos son acatados por los Estados respetuosos de sus compromisos internacionales.

- El derecho de reunión en los locales sindicales y empresariales (artículo 78).
- El derecho a la libertad de movimiento (artículo 81).
- El derecho de protección a la correspondencia (artículo 100).
- El derecho de libre opinión verbal y escrita (artículos 72, 73 y 74)
- El derecho de manifestación pacífica para defender sus intereses profesionales (artículo 78).
- En caso de detención, los trabajadores y los empleadores gozan de las garantías de un procedimiento judicial incoado (artículos 71, 82 y 84)
- Se requiere un mandato judicial para allanar un local sindical o los hogares de sindicalistas y dirigentes empresariales (artículo 99)

Analicemos el contenido de la libertad sindical tomando como criterio las obligaciones que se desprenden de los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Las dimensiones de la libertad sindical

Existen dos dimensiones de la libertad sindical:

- a) Individual: se plantea la relación que une al trabajador con la organización sindical;
- b) Colectiva: se refiere a la propia organización como sujeto en sus relaciones internas y externas.

La dimensión individual de la libertad sindical

1. *Derecho de los trabajadores y de los empleadores sin ninguna distinción de constituir organizaciones y de afiliarse a las mismas (Principio de no discriminación en materia sindical):* recogido en el artículo 2 del Convenio 87.

El Código del Trabajo hondureño define a los sindicatos como asociaciones de libre ingreso y retiro de los trabajadores, siendo en sus estatutos donde se reglamentan las condiciones y restricciones de admisión de sus afiliados (artículo 473).

El Convenio 87 permite a los Estados establecer restricciones a los miembros de las fuerzas armadas y a la policía para ejercer la libertad sindical. Al amparo de dicha potestad, el Código del Trabajo prohíbe que los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden constituyan una organización sindical (artículo 534).

De igual modo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (en adelante, CLS) analizando el Convenio 87 establece que los trabajadores de dirección y de confianza pueden constituir sus propias organizaciones sindicales, o pertenecer al mismo sindicato que los demás trabajadores⁸. La legislación hondureña ha optado por otorgar a los estatutos del sindicato la potestad de restringir la admisión de altos empleados en los sindicatos de empresa o de base (segundo párrafo del artículo 473 del Código del Trabajo).

2. *Derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir organizaciones sin autorización previa:* recogido en el artículo 2 del Convenio 87.

La autoridad encargada de la inscripción del sindicato no puede gozar del derecho discrecional de denegarla.

En el caso hondureño, corresponde a la Secretaría de Trabajo y Seguridad Social reconocer la personería jurídica de los sindicatos (artículo 480 del CT), exigiendo una serie de documentos para cumplir con su registro (artículo 481 del CT). Entre uno de los documentos que se exige es la certificación del Inspector de

⁸ La libertad sindical.. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT. Ginebra, OIT, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 247.

Trabajo sobre la inexistencia de otro sindicato en su ámbito de conformación (el numeral 9 del mencionado artículo 481 del CT). Como veremos posteriormente, esta exigencia resulta violatoria del Convenio 87 de la OIT.

El Código del Trabajo deniega el reconocimiento de la personería jurídica de un sindicato, cuando sus estatutos sean contrarios a la Constitución, las leyes, las buenas costumbres o contravengan disposiciones especiales del Código (el primer párrafo del artículo 483).

El Comité de Libertad Sindical ha interpretado que el Convenio 87 exige la existencia de recursos ante una instancia judicial contra la negación del registro. La normativa hondureña establece un recurso de reconsideración ante la propia Secretaría de Trabajo (artículo 484 del CT). Asimismo, pueden presentar un recurso judicial ante su denegación administrativa, aunque no existe un procedimiento especial al respecto.

Asimismo, el CLS señala que el depósito de los estatutos sindicales siempre debe ser un requisito formal.

Conforme a la legislación hondureña existen cuatro tipos de sindicatos:

- a) Empresa: formados por trabajadores de varias profesiones, oficios o especialidades, que prestan sus servicios en una misma empresa, establecimiento o institución.
- b) Industria: formados por trabajadores que prestan sus servicios en varias empresas de una misma rama industrial.
- c) Gremiales: formados por los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad.
- d) Oficios varios: formados por trabajadores de diversas profesiones, disímiles o inconexas.

El Código del Trabajo en su artículo 475 establece como requisito un número mínimo de 30 trabajadores para constituir un sindicato,

lo que conforme al CLS es violatorio del Convenio 87⁹. Asimismo, dicho requisito ha recibido una serie de pronunciamientos en contra de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT¹⁰, señalando que es violatorio de la libertad sindical, dadas las graves dificultades que enfrentan los trabajadores para constituir un sindicato de empresa.

3. *El derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas:* recogido en el artículo 2 del Convenio 87

Como lo reitera constantemente el CLS, la existencia de un sindicato no puede constituir un obstáculo para la constitución de otra organización si los trabajadores así lo desean (pluralidad sindical). De igual modo, la unicidad sindical no puede ser impuesta legislativamente por el Estado.

La legislación hondureña es flagrante en su violación a la libertad sindical porque prohíbe la pluralidad sindical e impone la unicidad. Así, el artículo 472 del Código del Trabajo establece que dentro de una misma empresa, institución o establecimiento no pueden coexistir dos o más sindicatos de empresa o de base de trabajadores; y si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsiste el que tenga el mayor número de afiliados, el cual debe admitir el personal de los demás sin hacerle más gravosas sus condiciones de admisión.

Esto ha conducido al reiterado señalamiento de la Comisión de Expertos de la OIT, donde resalta que la imposibilidad de que exista más de un sindicato en una misma empresa, institución o

⁹ El CLS señala que “el número mínimo de 30 trabajadores para la constitución de sindicatos sería admisible en los casos de sindicatos de industria, pero dicho número mínimo debería reducirse en el caso de los sindicatos de empresa, para no obstaculizar la creación de estas organizaciones, sobre todo cuando el país tiene una importantísima proporción de pequeñas empresas y la estructura sindical se basa en el sindicato de empresa” (La libertad sindical. Ginebra, OIT, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 285).

¹⁰ Véase la Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) Honduras (ratificación 1956) publicación: 2010.

establecimiento (artículo 472 del Código del Trabajo), requiere ser reformada para ponerla en conformidad con el Convenio 87¹¹.

Hay que tener presente que el Convenio 87 otorga a los trabajadores el derecho de determinar la estructura y composición de los sindicatos. Esta no puede venir impuesta por la legislación ni por la autoridad administrativa de trabajo.

Se entiende por sindicato más representativo a la organización de trabajadores que cuente con el mayor número de afiliados dentro del centro de labores o empresa. La condición del sindicato más representativo le puede otorgar una serie de derechos y ventajas respecto a las demás organizaciones sindicales del centro de labores o empresa, sin que esto signifique una violación a la libertad sindical. Por ejemplo, el sindicato más representativo puede tener la exclusividad de ejercitar el derecho de la negociación colectiva.

También están prohibidas las cláusulas sindicales de exclusión o de consolidación sindical (por ejemplo, Closed Shop, Union Shop, etc.) que sean impuestas por la legislación nacional, en tanto son una violación a la libertad sindical negativa (no se puede obligar a un trabajador a afiliarse a una organización sindical o prohibirse su desafiliación). En cambio, son aceptadas las cláusulas sindicales de preferencia, como la cuota sindical, que no son violatorias de la libertad sindical negativa.

En el caso hondureño se encuentra prohibida la cláusula del contrato colectivo de trabajo que despida al trabajador por dejar de formar parte del sindicato (artículo 474 del CT). Sin embargo, se considera lícita la cláusula del contrato colectivo de trabajo que obliga al empleador a no admitir como trabajadores a quienes no se encuentran sindicalizados. Aunque no puede aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato contratante y que ya presten sus servicios en la empresa en el momento de celebrarse el contrato colectivo de trabajadores (artículo 61). Con esto la legislación hondureña no se impone ninguna cláusula

¹¹ Ibid.

sindical de exclusión, sino regula el tratamiento de este tipo de cláusulas al interior del contrato colectivo de trabajo. Si bien los Convenios de la OIT no cuestionan este tipo de regulación, sí se podría argumentar que los contratos colectivos de trabajo violan la libertad sindical negativa que está recogida en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Finalmente, se permiten las cuotas sindicales (artículos 494 numeral 9 y 526 del CT).

La dimensión colectiva de la libertad sindical

1. *Derecho de las organizaciones de redactar sus estatutos y reglamentos:* recogido en el artículo 3 del Convenio 87.

Las disposiciones legislativas pueden significar un riesgo de injerencia en la elaboración de los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales, por lo que su actuación debe centrarse en:

- a) Establecer un marco general.
- b) Garantizar el funcionamiento democrático de los sindicatos.
- c) Salvaguardar los intereses de los afiliados.
- d) Prever un recurso ante un órgano judicial ante el eventual abuso de la regulación.

El Código del Trabajo hondureño prohíbe que los sindicatos concedan privilegios y ventajas especiales a sus fundadores y directores o dirigentes, señalando que este tipo de organizaciones sociales se rigen por los principios democráticos del predominio de las mayorías, del voto secreto o público y de un voto por persona (artículo 462).

A su vez, el artículo 478 del Código del Trabajo establece los requisitos que deben cumplir los estatutos de las organizaciones sindicales, sin que estas prescripciones supongan una violación al

Convenio 87 de la OIT. Asimismo, el artículo 488 del CT regula la modificación de los estatutos y el procedimiento de comunicación a la autoridad de trabajo.

2. *Derecho de las organizaciones de elegir libremente sus representantes:* recogido en el artículo 3 del Convenio 87.

Las autoridades estatales deben abstenerse de intervenir o restringir en el ejercicio de este derecho de los trabajadores. Son los estatutos quienes deben definir el procedimiento de elección de los dirigentes sindicales, así como las condiciones de elegibilidad; por lo que la reglamentación estatal estricta de las elecciones puede constituir un limitante del derecho.

El CLS ha señalado que una regulación que exija a los dirigentes sindicales su pertenencia a la profesión o a la empresa del sindicato es una violación del derecho. Este pronunciamiento colisiona con los requisitos exigidos por la legislación hondureña para ser miembro de la junta directiva del sindicato. Efectivamente, el artículo 510 del CT establece que, para ser miembro de la junta directiva, debe reunirse una serie de requisitos, lo que entra en conflicto con los criterios señalados por los órganos de control de la OIT.

En primer lugar, el inciso a) exige ser hondureño. Este requisito es una flagrante discriminación en razón a la nacionalidad de la persona, violando no sólo el Convenio 87 de la OIT, sino también una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Honduras y por ende obligatorios en el derecho interno.

En segundo lugar, el inciso c) exige estar ejerciendo normalmente la actividad, profesión u oficio característico del sindicato, y haberlo ejercido normalmente por más de seis meses en el año anterior, señalando expresamente que se encuentran excluidos los trabajadores que laboran en forma ocasional, o están en período de prueba, o sean aprendices en el momento de la elección. Este

requisito se configura como una discriminación, por pertenecer a la actividad correspondiente, como sostiene expresamente la Comisión de Expertos sobre la legislación hondureña¹².

En tercer lugar, el inciso d) exige ser alfabeto –saber leer y escribir- para ser miembro de la junta directiva. Se trata de una discriminación por analfabetismo que no sólo viola el referido Convenio 87, sino también, como se ha mencionado en párrafos anteriores, una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Honduras.

La Comisión de Expertos de la OIT ha indicado reiteradamente que los referidos artículos del Código de Trabajo son restricciones al derecho de libre elección de los dirigentes sindicales y violatorios del Convenio vinculante para Honduras.

Finalmente, no se puede normativamente prohibir la reelección de los dirigentes sindicales. Eso corresponde establecerlo a los estatutos de los sindicatos. Asimismo, la destitución de dirigentes sindicales por parte de las autoridades administrativas constituye una grave violación del ejercicio de los derechos sindicales

3. *Derecho de las organizaciones de organizar su administración:* recogido el artículo 3.1 del Convenio 87.

No se puede impedir que las organizaciones sindicales gocen de la asesoría profesional en los diversos ámbitos que consideren oportuno por sus propias actividades. Además, controlar las actividades internas de los sindicatos es una violación de las disposiciones legales o estatutarias. Asimismo, las organizaciones sindicales gozan de independencia financiera.

Un tema controversial de la legislación hondureña es la potestad que otorga a la autoridad administrativa de trabajo de ejercer

¹² Op. Cit., p. 2.

una estricta vigilancia sobre los sindicatos y las asociaciones profesionales, con el exclusivo propósito de que funcionen ajustados a las prescripciones de la ley (artículo 465 del CT). Esta regulación podría permitir un intervencionismo estatal sobre las actividades de las organizaciones sindicales, aunque no ha recibido pronunciamientos de los órganos de control de la OIT al respecto.

Las cláusulas de fijación de cuotas sindicales son acordes a la libertad sindical y los trabajadores tienen el derecho de establecerlas. La legislación hondureña recoge este derecho de las organizaciones sindicales en dos prescripciones. En primer lugar, se atribuye a la Asamblea de la organización sindical fijar el monto de las cuotas ordinarias y extraordinarias (artículo 494 numeral 9 del CT). En segundo lugar, los sindicatos tienen derecho de solicitar a su empleador que se deduzca de los salarios de los trabajadores afiliados el valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias y poner a disposición del sindicato dicho monto. Para ejercitar este derecho se exige que el sindicato cumpla con un procedimiento ante el empleador (artículo 526 del CT).

A su vez, es obligación del empleador hacer las deducciones que por cuotas sindicales ordinarias o extraordinarias soliciten los sindicatos (artículo 95 numeral 12 del Código de Trabajo). La jurisprudencia hondureña ha sido precisa en señalar que el empleador no tiene potestad para preguntar a los trabajadores si autorizan la deducción de la cuota sindical, esto es violatorio del Código del Trabajo¹³.

Además, los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de manera directa del contrato colectivo de trabajo vigente en su empresa, deben pagar a favor del sindicato que concertó el contrato una suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados a la organización (artículo 60-A del Código del Trabajo).

¹³ Véase el Considerando 8 de la sentencia de 10 de enero de 2008 de la Corte de Apelaciones del Trabajo de Tegucigalpa.

4. *Derecho de las organizaciones de organizar libremente sus actividades y de formular su programa de acción:* recogido en el artículo 3.1 del Convenio 87.

La prohibición general de actividades políticas de los sindicatos para la promoción de sus objetivos específicos es contraria a la libertad sindical, así lo señala el CLS. Se podría interpretar que el artículo 461 del Código del Trabajo está en conflicto con este pronunciamiento internacional, en razón que la referida norma prohíbe que una organización social pueda realizar cualquier actividad que no se concrete al fomento de sus intereses económico-sociales, lo que significa excluir las actividades políticas.

El derecho de las organizaciones sindicales en formular su programa de acción representa un conjunto de derechos dentro de él, como bien lo sostiene el CLS:

- El derecho de presentar un pliego de peticiones
- El derecho de negociación colectiva
- El derecho de huelga
- El derecho de reivindicación y participación

5. *Derecho de disolución y suspensión de las organizaciones:* recogido en el artículo 4 del Convenio 87.

Corresponde a la libre decisión de los trabajadores en una asamblea disolver el sindicato. Este criterio se encuentra recogido por el Código del Trabajo en su artículo 494 numeral 12, como atribución exclusiva de la asamblea de la organización sindical.

La disolución de un sindicato debe ser el último recurso que se implemente en una normativa nacional, después de haberse agotado otros medios sancionadores menos drásticos.

El artículo 527 del CT regula las causas de la disolución de una organización sindical. Dispone en su inciso d) "Por reducción de los afiliados a un número inferior a treinta (30), cuando se trate de sindicato de trabajadores". El CLS ha señalado que la pérdida

del número mínimo de afiliados puede justificar la disolución del sindicato, siempre que vaya acompañada de las garantías legales necesarias. Asimismo, ha subrayado que la pérdida del número mínimo de afiliados por causa de despidos antisindicales o amenazas son una clara violación a la libertad sindical. Si existen despidos antisindicales se deben imponer sanciones a los empleadores, reintegrar a los trabajadores y permitir la reconstitución del sindicato. En otras palabras, si un sindicato hondureño pierde el número mínimo de 30 afiliados en razón a despidos antisindicales del empleador, es violatorio de la libertad sindical que la autoridad estatal ordene la disolución del sindicato. La acción del Estado debe consistir en imponer sanciones al empleador por sus actos antisindicales.

Se encuentra prohibido por la normativa internacional del trabajo vinculante para Honduras que la autoridad administrativa pueda suspender o disolver un sindicato. La cancelación del registro sindical sólo debe ser posible por vía judicial. Esto es recogido por la legislación nacional en el inciso c) del ya mencionado artículo 527, donde una organización sindical se disuelve por una sentencia judicial.

Los excesos de los miembros de un sindicato que violan disposiciones legales y bajo un procedimiento judicial pueden acarrear la disolución del sindicato. Los bienes del sindicato pueden ser transferidos a otro sindicato o repartidos conforme a los Estatutos.

6. *Derecho de las organizaciones de trabajadores y de empleadores a constituir federaciones y confederaciones y de afiliarse a organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores:* recogido en el artículo 5 del Convenio 87

Conforme al segundo párrafo del artículo 537 del Código del Trabajo, se requieren dos o más sindicatos de trabajadores para formar una federación y dos o más federaciones para formar una confederación.

Conforme a la legislación hondureña, las federaciones y confederaciones tienen derecho al reconocimiento de la personería jurídica propia y de las mismas atribuciones de los sindicatos, salvo la declaración de huelga¹⁴.

7. *Protección contra la discriminación antisindical*: recogido por el artículo 1 del Convenio 98.

La protección contra la discriminación antisindical se materializa en un conjunto de prohibiciones:

- Nadie puede ser discriminado en su empleo a causa de su actividad o su afiliación sindical.
- Nadie puede ser despedido o ser objeto de medidas perjudiciales en el empleo a causa de su afiliación sindical o a la realización de actividades sindicales legítimas.

La protección cubre tanto a los dirigentes sindicales como a los ex representantes sindicales y afiliados. Además, la protección cubre la contratación, el despido y cualquier medida discriminatoria durante el empleo (traslados, postergación u otros actos perjudiciales).

Sostiene el CLS que la indemnización por el despido antisindical no es una protección suficiente para reparar el acto antisindical. La reposición en su puesto de labores y la aplicación de sanciones a la empresa por el despido antisindical son las medidas necesarias.

La legislación hondureña reconoce el fuero sindical bajo dos situaciones: los miembros de la junta directiva de una organización sindical y los trabajadores que están constituyendo un sindicato.

El primer supuesto se encuentra regulado en el artículo 516 del Código del Trabajo, donde señala que los miembros de la junta

¹⁴ La Comisión de Expertos se ha pronunciado al respeto cuestionando esta prohibición, que recae sobre las federaciones y confederaciones en poder declarar la huelga, aunque el gobierno hondureño ha informado que estas organizaciones de segundo y tercer nivel ejercen dicho derecho sin ninguna intervención del Estado. Véase la Observación individual sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) Honduras (ratificación 1956) publicación: 2008, p.2.

directiva de una organización sindical, desde su elección hasta seis meses después de cesar en sus funciones, no podrán ser despedidos de su trabajo sin comprobar previamente ante el Juez de Trabajo, que exista justa causa para dar por terminado el contrato. La violación de esta disposición por el patrono conduce a una indemnización a pagar a favor de la organización sindical afectada, sin perjuicio de los derechos que a este le correspondan.

Esto último se refiere a lo establecido en el artículo 129 de la Constitución, donde se señala que, cuando el despido injustificado surte efecto y firme que sea la sentencia condenatoria respectiva, el trabajador tendrá derecho, a su elección, a una remuneración en concepto de salarios dejados de percibir a título de daños y perjuicios, y a las indemnizaciones legales y convencionalmente previstas: o a que se le reintegre al trabajo con el reconocimiento de salarios dejados de percibir, a título de daños y perjuicios.

El Código de Trabajo desarrollando el contenido constitucional establece que si el empleador no prueba la causa justa de despido, debe pagar al trabajador las indemnizaciones correspondientes y los salarios dejados de percibir a título de daños y perjuicios. Corresponde al trabajador ejercitar su derecho de manera alternativa: reclamar las indemnizaciones o solicitar al juez en su fallo la reinstalación, en este último caso no le corresponden las indemnizaciones, sino sólo los salarios no devengados. Si el empleador se rehúsa a cumplir con la sentencia judicial, el trabajador tiene derecho a exigir su cumplimiento por la vía de apremio (artículo 113).

En resumen, si se produce un despido antisindical de un miembro de la junta directiva de una organización sindical que se declare injustificado, el trabajador puede optar por la reincorporación a su puesto de labores con sus salarios dejados de percibir o solicitar el pago de los salarios devengados y una indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, la organización sindical recibirá una indemnización por la violación a la libertad sindical.

El segundo supuesto se encuentra regulado en el artículo 517 del Código del Trabajo, donde señala que los trabajadores que

notifican formalmente la constitución de un sindicato a la autoridad administrativa de trabajo se encuentran protegidos por el Estado¹⁵. Por lo que no pueden ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo sin causa justa, calificada previamente por la autoridad respectiva, desde la fecha de la notificación hasta la fecha de recibir la constancia de personería jurídica. Al igual que en el anterior supuesto, si se produce un despido antisindical injustificado, el trabajador puede optar por la reincorporación a su puesto de labores con sus salarios dejados de percibir, o solicitar el pago de una indemnización por daños y perjuicios señalado por el artículo 129 de la Constitución y el artículo 113 del Código del Trabajo.

Además de los supuestos señalados, el Código del Trabajo establece en el artículo 469 que si una persona por medio de violencias o amenazas, atente en cualquier forma contra el derecho de libre asociación sindical, será castigada con una multa, que será impuesta por la Inspección General del Trabajo, previa comprobación completa de los hechos atentatorios respectivos. La Comisión de Expertos de la OIT se ha pronunciado en contra de este artículo, al considerar que es una falta de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical, porque los montos señalados en la norma son insuficientes¹⁶. Aunque se debe tener presente que la normativa penal hondureña establece sanciones penales en caso de discriminación (artículo 321 del Decreto N° 191-96 de 31 de octubre de 1996), que se debería aplicar ante actos de discriminación antisindical.

El CLS ha señalado que la jubilación obligatoria de los dirigentes sería una discriminación antisindical cuando se deben a actividades sindicales lícitas.

¹⁵ Como mínimo son 30 trabajadores conforme lo exige el artículo 475 del CT.

¹⁶ Véase la Observación individual sobre el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98) Honduras (ratificación: 1956) Publicación: 2010, p. 1.

Las normas que prohíben actos de discriminación antisindical deben venir acompañadas de procedimientos que aseguren su protección eficaz, porque es insuficiente formular la prohibición sino existe un mecanismo de protección rápido que repare el daño. El CLS se ha pronunciado en el Caso número 2517 por la Queja presentada contra el gobierno de Honduras por la Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestuario y Cuero (FITTV), que el recurso a las autoridades judiciales para la defensa del fuero sindical implican un proceso demasiado prolongado¹⁷. De este modo, el órgano de control de la OIT pone en tela de juicio la protección judicial eficaz contra actos de discriminación antisindical en el país.

8. *Protección contra los actos de injerencia*: recogido por el artículo 2 del Convenio 98.

La libertad sindical asegura la independencia de las organizaciones sindicales respecto a los empleadores, por lo que se encuentra prohibido que los empleadores puedan fomentar la constitución de una junta directiva de un sindicato.

Son violaciones a la libertad sindical:

- a) Cuando una empresa intenta sobornar a los miembros del sindicato para que se retiren del mismo.
- b) Cuando una empresa trata de hacer firmar declaraciones a los miembros del sindicato por los cuales renuncien a su afiliación.
- c) Cuando una empresa pretende crear un sindicato "títere".
- d) Cuando una empresa intenta persuadir a los trabajadores que retiren la autorización al sindicato para que negocie en su nombre y socavar al sindicato en la negociación colectiva.

Las normas que prohíban los actos de injerencia deben venir acompañadas con procedimientos que aseguren su protección eficaz.

¹⁷ Véase el Informe núm. 348 de la Queja contra el Gobierno de Honduras presentado por la Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestido y Cuero (FITTV), párrafo 837.

Ya se mencionó que los actos de injerencia se encuentran prohibidos por el artículo 511 del Código del Trabajo hondureño, cuando se establece que el personal con cargo de confianza de la empresa no puede formar parte de la junta directiva del sindicato. Sin embargo, la Comisión de Expertos considera que esta protección es incompleta contra todo acto de injerencia, así como insuficiente para generar sanciones eficaces y disuasorias. Así, señala que no hay protección contra medidas que tiendan a fomentar la constitución de una organización de trabajadores dominada por un empleador o una organización de empleadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores¹⁸.

Un fenómeno centroamericano es la conformación de organizaciones solidaristas, las que consisten en asociaciones civiles conformadas por empleadores y trabajadores de manera conjunta, muchas veces fomentadas y controladas por los primeros para evitar que se constituyan organizaciones sindicales al interior de las empresas y tener un férreo control sobre los trabajadores. Por ello, los órganos de control de la OIT han subrayado que debe garantizarse que las organizaciones solidaristas no asuman actividades sindicales. Además, se debe eliminar toda desigualdad de trato a favor de las organizaciones solidaristas en perjuicio de los sindicatos de los trabajadores. Asimismo, son actos de injerencia las medidas que tienden a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por el empleador, o sostenerlas económicamente.

El CLS ha sido preciso en señalar que no se puede prohibir la constitución de organizaciones solidaristas al interior de las empresas porque el ejercicio de la libertad de asociación los ampara. Sin embargo, las organizaciones solidaristas no pueden ejercitar las atribuciones exclusivas que corresponden a los sindicatos, como la representación de los trabajadores ante el

¹⁸ Véase la Observación individual sobre el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98) Honduras (ratificación: 1956) Publicación: 2008, p. 1.

empleador, el ejercicio de la negociación colectiva o la suscripción de acuerdos, contratos, convenios o pactos colectivos de trabajo. En resumen, no existe una prohibición en la normativa de la OIT que prohíba la conformación de organizaciones solidaristas, pero éstas no pueden ejercitar los derechos colectivos que son exclusivos de las organizaciones sindicales en sus relaciones con el empleador.

Desafíos para la inclusión y la equidad laboral en Guatemala

Flor del Rosario Tohom¹

Reflexiones preliminares

Uno de los derechos más elementales es el acceso al trabajo, como garante de la dignidad y medio esencial para la subsistencia del ser humano.² Sin embargo, en un país post conflicto marcado por la baja escolaridad, situación de pobreza y pobreza extrema a la que se enfrentan la gran mayoría de guatemaltecos,³ el acceso a este esencial derecho es una meta lejana y distante, provocando fragilidad en el mundo laboral guatemalteco; sumido casi en su totalidad a la economía informal y los escasos empleos formales existentes se encuentran bajo la constante amenaza de la flexibilidad laboral.⁴

La inobservancia de la legislación guatemalteca en materia laboral, la debilidad de las instituciones relacionadas con este tema y la politización partidista de los accesos a un trabajo, agudizan la actual

¹ Guatemalteca, maya k'iche. Pensem Cerrado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales - Abogacía y Notariado, Centro Universitario de Occidente (CUNOC), Universidad de San Carlos de Guatemala. Especialización en el tema de Gestión Legislativa. Formadora y asesora en Litigio Estratégico en Derechos Humanos. Participación y ponente en distintos eventos a nivel nacional e internacional en materia jurídica, derechos humanos, pueblos indígenas y pluralismo jurídico. Investigadora de la cultura maya y de la política guatemalteca.

² Constitución Política de la República de Guatemala, Comentada Art. 101. Jorge Mario Castillo González; Editorial Impresiones Graficas 2011. Séptima edición, pág. 173.

³ Guatemala hacia un Estado para el Desarrollo Humano. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2009-2010 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo 1ª. Edición 2010. Págs. 255 y 302.

⁴ <http://www.anep.or.cr/leer.php/940> Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados de Costa Rica.

crisis laboral, problemas que lejos de resolverse se diluyen en la cotidianidad ante una indolente indiferencia social, causales de fenómenos como la delincuencia desenfrenada y las migraciones masivas que enmarcan para el país una fuga del mejor capital de todos: el intelectual.

Para comenzar a solucionar estos problemas estructurales, la responsabilidad radica precisamente en la misma sociedad guatemalteca, que debe tomar conciencia y aprovechar la diversidad de la que se compone, desarrollando un sentido de tolerancia; desechando viejas e infundadas prácticas como la discriminación y los prejuicios, sobre todo en materia laboral; y condenando el enriquecimiento que se basa en la explotación de humano contra humano, pues solo favorecen las grandes desigualdades, en lo que acceso a desarrollo humano se refiere.

En consecuencia, es preciso analizar la situación laboral en que se encuentran los sectores tradicionalmente segregados, porque sus retos y desafíos deben interesarnos a todos los guatemaltecos, porque en la medida que empiecen a superarse, será posible lograr un notable bienestar en la calidad de vida de todos los ciudadanos, pues habrá desarrollo técnico en todos los sentidos, teniendo presente que las consecuencias de las políticas y el funcionamiento de las economías afectan la vida de todas las personas.⁵

I. Género... ¿tema de moda o lucha histórica por la equidad?

Al respecto del uso de estereotipos de género en el trabajo, en términos generales a nivel mundial en el año 2009 la proporción de mujeres en edad de trabajar, que buscan o se desempeñan en un empleo formal, se mantenía en un 53%.⁶ Y con los siglos de historia de la humanidad el trabajo doméstico de la mujer desaparecía, junto a la exclusividad del trabajo productivo del

⁵ Desarrollo Humano: Una introducción conceptual. Gustavo Arriola Quan, Programa del Informe Nacional de Desarrollo Humano PNUD, Guatemala 2007. Textos para las Nuevas Generaciones. Pág. 46

⁶ El Progreso de las Mujeres en el Mundo 2011-2012, En Busca de la Justicia. Primer Informe ONU Mujeres 2011. Pág. 39

hombre; el segundo lo era todo, y el primero pasa a ser un accesorio insignificante.

No es sino hasta la revolución industrial que la mujer reconquista la importancia económica que había perdido desde las épocas prehistóricas, ya que se escapa del hogar y desempeña en la fábrica una parte específica de la producción; puesto que la diferencia de fuerza física entre trabajadores masculinos y femeninos se encuentra anulada en gran número de casos.

El impulso de la nueva industria exige una mano de obra más considerable que la que proporcionan los trabajadores masculinos y la colaboración de las mujeres se hace necesaria. Sin embargo, esa 'gran' revolución que transformó en el siglo XIX la suerte de la mujer, abre para ella nuevas luchas por su dignificación, pues ya a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la mujer era vergonzosamente más explotada que los trabajadores hombres.

La gran autora Simone de Beauvoir denuncia que, para 1873, las obreras francesas trabajaban en verano desde las tres de la mañana hasta la noche, y en invierno desde las cinco de la madrugada hasta las 11 de la noche, es decir en jornadas de más de 18 horas diarias, en talleres frecuentemente insanos, donde jamás penetran los rayos del sol.⁷

Sin embargo de estas tristes realidades de ensañada explotación hacia la mujer, tampoco escapan las obreras guatemaltecas de aquellas épocas. Corría el mes de noviembre de 1925, cuando tuvo lugar en Guatemala la huelga de escogedoras de café del beneficio "La Moderna", que pertenecía a un alemán. Entre sus exigencias figuraban una jornada de ocho horas; la no imposición de multas por faltar al trabajo con causa justificada, eliminar la disposición que por llegada tarde se perdería el trabajo; aumento en los salarios no solo porque estos eran muy bajos, sino porque eran inferiores a los salarios de los hombres que realizaban el mismo trabajo,

⁷ Simone de Beauvoir, 'El segundo sexo' Vol. I. Los Hechos y los Mitos. (2000) Madrid, Quinta Edición.

reconocimiento de salario por enfermedad y que no se tomaran represalias por el movimiento.

La huelga duró seis días y recibió el apoyo de diferentes sindicatos y federaciones de todo el país. Consiguieron que el patrono aceptara la jornada de ocho horas, la eliminación de las multas y el pago de los días de ausencia por motivo de enfermedad. La represión esta vez no fue la persecución, encarcelamiento o asesinato, sino que el día 15 de diciembre de 1925, la empresa alemana se veía en la necesidad de despedir a la mayoría de las trabajadoras por falta de grano. Todas las implicadas en la huelga fueron expulsadas. Esta huelga fue la primera realizada por mujeres obreras en la historia guatemalteca.⁸

Con estas breves citas históricas puede establecerse que hablar de mujeres en el ámbito laboral no es un tema de moda, sino una latente necesidad de interés social y jurídico, para el mejoramiento y la progresiva inclusión de la mujer en empleos dignos, que garanticen condiciones justas y sobre todo más humanas, en respuesta concreta a las múltiples demandas históricas del género femenino, pues está más que comprobado que todo tipo de discriminación solo favorece las grandes desigualdades en lo que acceso a desarrollo humano se refiere, acarreando consecuentemente los grandes problemas sociales de índole estructural como lo son el analfabetismo, la pobreza extrema, la misoginia, femicidio, etc.

II. ¿Juventud o experiencia?

La edad no debería ser un factor determinante en la vida laboral de una persona, y en las oficinas de recursos humanos 'los años' no deben ser hechos que representen altas o bajas ponderaciones que decidan sobre la adjudicación o no de una plaza de trabajo. Debe asignársele más valor a otros aspectos como la aptitud, capacidad y responsabilidad, que demuestren los trabajadores en el desempeño de las labores asignadas.

⁸ Ana Lorena Carrillo Padilla, *Sufridas hijas del pueblo: la huelga de las escogedoras de café de 1925 en Guatemala*. Revista Mesoamérica Número 27. 1994. pág. 93, 126.

La diversidad de criterios utilizados en la contratación de personal, hace que se presenten contradicciones que rondan en lo irónico: Pues 'la inexperiencia' en la juventud es un obstáculo que bloquea el acceso al trabajo, lo mismo que 'la amplia experiencia' en personas adultas.

La economía en países emergentes como Guatemala no permite a los jóvenes, especialmente a los recién graduados de nivel medio, conciliar las posibilidades de trabajar y superarse, por la famosa condicionante 'sin compromisos de estudios' para optar a un trabajo. En un mundo laboral altamente mercantilizado, en donde los perfiles requeridos para ofertar servicios profesionales son tan complejos, muy pocos llenan los requisitos. Se exige experiencia sin que existan oportunidades para tenerla; se solicita capacidad y calidad, sin que la educación y preparación oficial y privada tengan el interés de generarlas. Es el trato que recibe la juventud en Guatemala, la mayoría de la población.

El empecinarse en ver al trabajador como un objeto con fecha de caducidad y no como un sujeto de derecho, vulnera la dignidad de trabajadores que se acercan a la tercera edad, además precarizar sus condiciones de supervivencia. La edad en la legislación guatemalteca, se contempla únicamente para aspectos de retiro o jubilación,⁹ la que se determina a los 65 años, haciendo referencia a un reducido sector de la población laboral: los trabajadores del estado; que para 2009, junto a trabajadores del sector privado, eran representantes de un minoritario 32% del total de la población económicamente activa (PEA).¹⁰ Esto puede interpretarse como una alarmante condición de inseguridad social para el resto de trabajadores, que solo pueden colocarse en el trabajo 'que encuentran', no en el que quisieran, limitando así la posibilidad de desarrollar una carrera profesional en una rama especializada de acuerdo a sus capacidades y preferencias, haciéndose consecuentemente, más cerrado el círculo vicioso de la pobreza.

⁹ Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado Dto. 63-88 Artículo 5 numeral 2.

¹⁰ Trabajo Informal en Guatemala, Estudios de Opinión Pública, Revista Momento año 24 No. 6-2009 Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES) Pág. 2

III. Personas con capacidades diferentes... ¿empleos diferentes?

El derecho a una vida digna y el acceso al desarrollo en países auténticamente democráticos, no pertenece exclusivamente a las mayorías. Estas sociedades se caracterizan por haber logrado la integración armoniosa y social de las poblaciones minoritarias, especialmente de personas con capacidades diferentes, mediante acciones concretas que se reflejan en la vida diaria, como la ubicación y adaptación de rampas en los buses o en las aceras, para personas que se movilizan en silla de ruedas, o semáforos inteligentes que indican a personas no videntes el momento oportuno para cruzar una calle.

Problemas como la corrupción en el manejo de recursos públicos entre otros, disminuyen la posibilidad de invertir en este sector, a pesar del compromiso constitucional establecido en el artículo 53: "El Estado garantiza la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad. La ley regulará esta materia y creará los organismos técnicos y ejecutores que sean necesarios".

Se pierde de vista que la discapacidad no solo se origina desde el nacimiento de una persona, sino que todos estamos expuestos a sufrir un acontecimiento que provoque discapacidad temporal o permanente en nuestra persona. A pesar de ello, la indiferencia en la mayoría de la población, hacen que nuestro país no esté adaptado a facilitar la vida a personas con capacidades diferentes sino todo lo contrario, hasta la realización del acto más cotidiano de la vida como abrir una puerta, cruzar una calle, transportarse en un bus, entre otros, se tornan en auténticas hazañas para este sector de guatemaltecos.

La situación de las personas discapacitadas resulta alarmante, cuando se aborda desde el punto de vista laboral, debido a

prejuicios sociales y sobre todo empresariales en torno a sus destrezas y habilidades, lo que lejos de convertir el derecho al trabajo en un medio de integración e independencia económica, se convierte en un mecanismo más de exclusión económica y social, limitando la igualdad de oportunidades para este sector.

En el Decreto No. 135-96 del Congreso de la República, 'Ley de Atención a las Personas con Discapacidad', específicamente en los 10 artículos de su capítulo V, referente al compromiso del Estado a ser garante del acceso a fuentes de trabajo para personas con discapacidades, figura como un tema legislado, pero sin ningún mecanismo claro y concreto para su aplicación y funcionalidad.

Otro aspecto lamentable es la falta de políticas del sistema educativo en materia de educación especial, puesto que solo las personas discapacitadas con algún nivel de educación o preparación podrían aspirar a los pocos empleos creados para este sector, concluyendo que si se adolece de alguna discapacidad y no se cuenta con algún grado de preparación educativa, la vida de la persona discapacitada se reduce a la inactividad laboral, sin otra opción que la mendicidad y el desamparo, en detrimento de la sociedad guatemalteca.

IV. Indígenas, prejuicios y realidades

La discriminación es un tema que debe ser contextualizado en términos históricos, económicos, políticos, sociales y culturales. El eje fundamental en este aspecto son los "pueblos indígenas" y sus condiciones frente al empleo como tema genérico

La invasión de los pueblos originarios de América así como el sucesivo despojo de sus recursos y tierras, como la posterior sumisión a un estado de servilismo y explotación durante la colonia y en cada uno de los períodos históricos de los actuales Estados modernos,¹¹ han incidido en la precaria situación de los pueblos

¹¹ Guía Conceptual sobre la Discriminación y Racismo Político, Red Nacional de Organizaciones de Jóvenes Mayas –RENOJ- Guatemala, octubre 2011 Págs. 31, 32, 33.

indígenas americanos, que en su mayoría tienen como problema común que los Estados los utilizan como atractivos turísticos, pero no satisfacen sus necesidades básicas, como el acceso a empleos formales y dignos como medio de desarrollo e inclusión económica-social, entre otros.

Indudablemente, los temas relacionados con los pueblos indígenas están rodeados de polémica. Por ejemplo, algunas partes de la población niegan la existencia de racismo en Guatemala, pero la realidad reflejada en estadísticas concernientes a la materia, revelan lo contrario.

Las personas de ascendencia indígena, además de asentarse en su mayoría en el área rural, en las que la principal actividad económica es la agricultura, no tienen acceso a servicios esenciales como educación, salud y vivienda, lo que explica fenómenos como la migración a países como Estados Unidos América o a centros urbanos, en los cuales las únicas fuentes de trabajo a las que pueden insertarse son la economía informal, mayoritariamente en el caso de los hombres¹² y al trabajo doméstico en el caso de las mujeres. La agricultura, el trabajo informal y el trabajo doméstico, se caracterizan por ser actividades productivas en cuya realización los trabajadores sufren mayor desgaste físico, se perciben bajos e inestables ingresos y se está en constante riesgo de sufrir accidentes de trabajo, sin el amparo de una seguridad social que le proporcione estabilidad integral al trabajador y a su familia.

El trabajo agrícola, encierra una serie de problemas estructurales, como la falta de tierra para la mayoría de agricultores, los escasos recursos asignados a políticas crediticias y de desarrollo para pequeños productores rurales, así como la falta de promoción, aplicación y observancia de leyes laborales, especialmente por parte de los empleadores de trabajadores campesinos temporales, en su mayoría de origen indígena, para quienes el acceso al sistema de administración de justicia laboral resulta caro y engorroso.

¹² Revista Momento, Ob. Cit. Pág. 14 Conclusión 8.8

Estos aspectos registran solo algunos de los problemas que en el pasado fueron detonantes para el estallido del conflicto armado que asoló a Guatemala por casi cuatro décadas, y que en la actualidad registran un bajo avance en su resolución, pese a los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala con la suscripción de los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria.

La falta de voluntad estatal para el cumplimiento de compromisos adquiridos, la tolerancia hacia la explotación y la ausencia de un medio digno de subsistencia para cada guatemalteco, significan un riesgo para la consolidación de la paz en nuestro país. A la fecha de escribir el presente artículo, se registraba la gran marcha campesina que partía de Cobán, Alta Verapaz hacia la ciudad capital, en un intento de llamar la atención de autoridades parcas e indiferentes en la resolución de la problemática agraria y rural guatemalteca.¹³

Mientras el sector campesino enfrenta sus retos históricos, las mujeres empleadas del servicio doméstico,¹⁴ logran en 2009 ser incluidas en el régimen del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) y, en consecuencia, por primera vez tendrán acceso a salud materna, atención médica a hijos menores de cinco años y cobertura en caso de accidentes. Sin duda es un avance muy importante para un sector que el Código de Trabajo contempla como 'Régimen Especial', que no se sujeta a la jornada de ocho horas diarias y que tampoco goza de vacaciones y asuetos¹⁵.

Según la Encuesta de Condiciones de Vida de 2006, existían en Guatemala alrededor de 183,000 empleadas domesticas, de las cuales el 72% recibía un salario menor de Q 600 mensuales (US\$75), que es la tercera parte del salario mínimo no agrícola y no cubre el valor de la canasta básica. En cuanto a la jornada de trabajo, se estima que casi la mitad de ellas labora 14 horas diarias y que enfrentan abusos. El trabajo doméstico es uno de

¹³ <http://elperiodico.com.gt/es/20120320/opinion/209703/>

¹⁴ <http://trabajadorasdomesticasdelmercosur.blogspot.com/2009/07/nota-empleadas-domesticas-en-guatemala.html>

¹⁵ Código de Trabajo, Decreto No. 1441 del Congreso de la República de Guatemala, Art. 164.

los más precarios en Guatemala, que afecta mayoritariamente a mujeres¹⁶, especialmente indígenas, en su mayoría menores de edad y provenientes del área rural.

La falta de fuentes de trabajo, ausencia de capacitación para la productividad y la necesidad de procurar medios económicos para la subsistencia personal y familiar, han hecho que en los últimos años se registren notables aumentos en la economía informal, como en el ingreso de divisas por remesas familiares provenientes del trabajo de migrantes guatemaltecos asentados en su mayoría en los Estados Unidos de América,¹⁷ convirtiéndose en artífices de la desintegración familiar y en consecuencia, aumentando la vulnerabilidad de las comunidades de los pueblos indígenas.

V. Religión y política, ¿Condicionantes para obtener o perder un empleo?

Basarse en criterios tan subjetivos como creencias espirituales, simpatías o apatías políticas al momento de ofrecer una plaza de trabajo, se convierten en razones que fundamentan auténticos actos discriminatorios, que además de ser reprochables son tipificados como delitos por la legislación guatemalteca.¹⁸

Los constantes escándalos sobre el desempeño de algunos empleados y funcionarios públicos, hacen que surja la interrogante sobre ¿cómo obtuvieron esos empleos? Debido a la mala atención que dan a la ciudadanía, cualquier repuesta puede darse a la anterior pregunta excepto: capacidad. Esto representa una especie de sabotaje al desarrollo social y económico del país, porque deja sin oportunidades a personas con vocación y aptitud. Para efectos de transparencia y transformación eficiente de los servicios estatales, la mayoría de plazas del sector público deberían someterse a genuinos procesos de oposición, que estimulen la competitividad, la eficiencia y la profesionalización en estos ámbitos.

¹⁶ Karla María Molina Montalvo, Guía de Derechos Laborales Guatemala. Centro de Estudios y Apoyo Laboral (CEAL) Octubre de 2009, Págs. 56 y 57

¹⁷ Revista Momento, Impacto de las Remesas Familiares en la Economía Guatemalteca. ASIES, No. 3-2009 Pág. 1

¹⁸ Código Penal Decreto No. 17-73 del Congreso de la Republica de Guatemala Art. 202 Bis.

Es recomendable, para cualquier empleador interesado en el progreso de su actividad económica, basar sus criterios de contratación en aspectos claros y objetivos, dejando de lado mitos arcaicos y prejuicios que en el pasado hasta pudieron ser detonantes de guerras, por el profundo menoscabo que provoca en la dignidad del ser humano ser juzgados por sus creencias políticas y/o religiosas, y no por criterios de peso, como sus destrezas en el ámbito laboral.

Conclusiones

En principio, el sistema guatemalteco, tanto en lo público como en lo privado, adolece de modelos económicos adecuados para generar fuentes de empleo, que se inspiren en principios de equidad y justicia social, que garanticen una auténtica y armoniosa integración de toda la diversidad de su PEA.

Esta situación repercute en el ámbito particular de cada familia, que ve drásticamente reducido su poder adquisitivo, agudizando la vulnerabilidad socioeconómica del país, debido a la ausencia de inversión para generar empleo, siendo la tendencia actual disminuir la cantidad de empleo, pero que la producción siga siendo la misma, es decir más trabajo para menos personas.

Recomendaciones

No es el propósito del presente artículo resaltar un panorama laboral insalvable, sino mostrar a través de algunas reseñas, las condiciones históricas, económicas, políticas, jurídicas y culturales de los sectores sociales tradicionalmente segregados y excluidos. Ello con la finalidad de despertar la 'sensibilidad' en la sociedad guatemalteca, diluida en la indiferencia, pues la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones es algo que nos afecta negativamente a todos, y no únicamente contra quien se ejerce. Por tanto, en sentido contrario, la eliminación de toda forma de discriminación laboral facilitará, a cada miembro de la sociedad, involucrarse en la vida económica de acuerdo a su vocación

profesional, desarrollar sus destrezas y habilidades y prestar sus servicios de una manera que pueda garantizarle una subsistencia digna y, consecuentemente, una economía nacional estable con justicia social.

A continuación se formulan unas recomendaciones que refuerzan los resultados de innumerables estudios sobre la situación laboral en Guatemala. Lejos de seguir girando entorno a ellas como palabras escritas en papel mojado, es tiempo que se asuman acciones políticas concretas y claras por parte de las autoridades competentes, de los empleadores y la propia sociedad guatemalteca, como ejes permanentes de cambios.

➤ **Diversidad social = diversidad laboral**

El acceso al empleo no debe responder más que a las propias especificaciones que por su naturaleza requiera la plaza a ocupar, libre de requerimientos subjetivos y criterios flagrantemente discriminatorios. Los trabajos a ofertar deben responder y estar acordes con la diversidad de personal que ofrece el mercado laboral. Siendo la diversidad una de las características de la sociedad guatemalteca, y que representa una riqueza y una serie de oportunidades de superación para el país, entonces por qué seguir empeñándose en crear o imponer tipologías homogéneas para la accesibilidad a los empleos.

➤ **Observancia de la legislación laboral**

Es necesario que el Estado impulse estudios serios que establezcan la situación actual del trabajo en Guatemala, que sirvan para la implementación de políticas que mejoren la situación de los trabajadores, especialmente en lo que a revisión, mejoramiento y ampliación de la legislación laboral se refiere; así como la realización de campañas masivas de información y formación en materia de derechos laborales, dirigidas específicamente a cada uno de los sectores que componen la PEA.

➤ **Fortalecimiento de las instituciones laborales**

Es de vital importancia para el tema que se está tratando, restablecer la funcionalidad y adaptabilidad a los intereses de los trabajadores de las distintas instituciones rectoras, fiscalizadoras y jurisdiccionales en materia laboral; para que representen una eficaz garantía de la observancia de los derechos laborales, que deben convertirse en amparo jurídico y social de miles de trabajadores. No solo a través de la asignación de mayores rubros presupuestarios, que dicho sea de paso debe ser una de las primeras medidas a ejecutarse para la institucionalización de los derechos laborales; sino también con la implementación de auditorías eficaces, interna y externamente, para garantizar la transparencia y buen uso de los recursos existentes.

Mayor asignación de recursos y la buena administración de estos permitirán que estas instituciones cumplan responsablemente las atribuciones que establecen los distintos cuerpos legales, a fin de evitar duplicidad de funciones o lo contrario: dispersiones institucionales.

➤ **La eliminación de todas las formas de discriminación en materia laboral es un desafío institucional pero, sobre todo, social**

Es conveniente iniciar cambios profundos en nuestras formas de actuar y, sobre todo de pensar, a modo de ir adoptando nuevos patrones de tolerancia y respeto para valorar cada expresión de la diversidad que nos rodea. Siendo la educación y formación aspectos clave para combatir actos de segregación, puesto que la discriminación se basa mayoritariamente en la ignorancia.

Está históricamente comprobado que discriminar es una de las formas más crueles y humillantes para lacerar la dignidad de un ser humano. Sin embargo los actos discriminatorios alcanzan niveles agravantes cuando son manifestados en el mercado laboral, ya que merman la prosperidad de gran parte de la población y repercuten negativamente en la economía del país.

Por lo que es imprescindible e impostergable la educación y formación, a modo de sensibilizar a toda la ciudadanía en el tema de la discriminación. Además de combatir, desde instancias nacionales e internacionales, la impunidad de acciones u omisiones de organizaciones o personas que promueven cualquier tipo de discriminación en materia laboral, garantizando la protección y recursos jurídicos contra los actos de discriminación, como claves esenciales de acceso a un desarrollo justo e integral.

“No me duelen los actos de la gente mala, me duele la indiferencia de la gente buena...” Martin Luther King.

La abolición efectiva del trabajo infantil: Realidad centroamericana

Marco Antonio La Touche Arbizú¹

El esfuerzo decidido de agencias internacionales, organizaciones no gubernamentales, en asocio con instituciones y dependencias estatales, ha logrado a lo largo de los años disminuir de manera gradual el avance del trabajo infantil como problema social, y en algunos casos puntuales, inclusive se logró un retroceso en los indicadores.

Como parte de los esfuerzos focalizados, el 12 de junio fue declarado como “Día Mundial Contra El Trabajo Infantil”, con el fin de dar aún más visibilidad y realce a los esfuerzos que las sociedades dirigen para contrarrestar un complejo fenómeno social.

“En años recientes, la participación de los adolescentes en el mercado laboral ha disminuido, en principio una buena noticia.... Sin embargo, este grupo sigue teniendo una presencia relativa importante dentro la población económicamente activa de Nicaragua y El Salvador (cerca del 11%). La crisis económica internacional no parece haber afectado de modo sustancial la tendencia en la inserción laboral de las y los adolescentes. En el 2009 hubo estancamiento (El Salvador) o una reducción absoluta (Costa Rica, Nicaragua y Panamá) en esta variable.” (Estado de la Región, 2010).

¹ Costarricense. Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, con una Maestría en Derecho Constitucional del Sistema de Estudios de Posgrado de la UNED. Miembro de la Asociación Costarricense de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de Costa Rica. Profesor de Derecho Público y de Derecho Laboral en la Universidad Autónoma de Centroamérica. Gerente de Relaciones Laborales de Chiquita Brands desde 2005 a la fecha.

Como parte de las gestiones, también se han creado programas y campañas de promoción y defensa de derechos humanos especializadas en la atención del trabajo infantil, como es el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC).

“...la OIT creó en 1992 el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), por sus siglas en inglés, una iniciativa de cooperación técnica dedicada exclusivamente a prevenir y combatir el trabajo de los niños y niñas...”²

En su gestión, el IPEC ha definido al trabajo infantil como:

*“...todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico...”*³

Lo anterior clarifica que los niños no deberían tener participación en la economía; sin embargo las labores que se identifiquen como productivas y en la cual ellos puedan participar, deben estar enfocadas en aquellas que favorezcan su desarrollo intelectual y emocional, y que sirvan como preparación para la integración social y profesional de los niños.

Entonces, y de acuerdo a lo señalado por el IPEC, las labores productivas en principio no serían por defecto lesivas para el desarrollo de los niños, siempre y cuando no dificulten o interrumpan su correcto desarrollo educativo y moral.

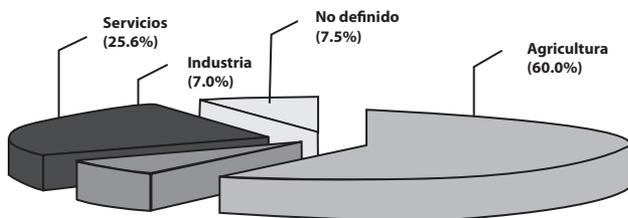
Según estudios estadísticos realizados por las agencias de la OIT, la mayor parte de niños que realizan trabajo infantil, lo hacen en labores de agricultura; siendo que buena parte de estas labores podrían considerarse eventuales y de simple colaboración en economías de subsistencia. No obstante esta distinción puede ser engañosa, si no consideramos que los niños suelen estar en contacto con herramientas filosas, maquinaria agrícola,

² www.oit.org.pe/ipec

³ *Ibidem*

agroquímicos, jornadas extenuantes, y otros peligros que se acentúan debido a la corta edad de niños y jóvenes.

Trabajo infantil por sectores de la actividad económica a nivel global



Fuente: *Manual de Integración de las cuestiones relativas al trabajo infantil en los planes y programas del sector educativo*, 2011.

En el entendido que el sector agrícola sigue concentrando el grueso de los niños trabajadores, lo que agrava aún más la situación es que solo uno de cada cinco es remunerado. La inmensa mayoría de estos niños son trabajadores familiares no remunerados, lo que a su vez los sitúa bajo un domo de invisibilidad ante las inspecciones de trabajo y las instituciones de la seguridad social.

“En Centroamérica la pobreza es mayor en las áreas rurales. Hacia el 2006, la incidencia de este fenómeno entre la población rural era de 62,6%, frente a 37,4% entre la población urbana; en el caso de la pobreza extrema las cifras eran de 50,8% y 23%, respectivamente. Hasta el año 2008 no se registraban cambios significativos en esta situación. Aunque el Istmo experimenta una acelerada urbanización, el flagelo de la pobreza rural merece, por su intensidad, especial atención” (Estado de la Nación, 2008).

De acuerdo con el **Manual de Integración de las cuestiones relativas al trabajo infantil en los planes y programas del sector educativo**, divulgado por el IPEC en 2011, las principales causas que provocan el trabajo infantil son:

- La pobreza y la necesidad de que todos los miembros de la familia contribuyan económicamente.
- El limitado acceso a las instituciones o programas de educación.
- Los costos directos o indirectos de la educación que impiden el acceso de los niños a la escuela.
- La falta de calidad de la educación que lleva a los hogares a conceder mayor valor al trabajo que a la escuela.
- Las prácticas discriminatorias de la sociedad respecto a la educación, por ejemplo, contra las niñas o determinados grupos de la población, tales como los pueblos indígenas.
- Las prácticas culturales o tradicionales en determinadas áreas geográficas o entre determinados pueblos, por ejemplo, los trabajadores migrantes, las poblaciones indígenas y las castas más bajas.
- Las prácticas de empleo, por ejemplo, que las pequeñas empresas pueden preferir emplear a niños porque les pagan menos que a lo adultos.
- La muerte de los padres o tutores por causa del sida, que crea una nueva generación de hogares dirigidos por niños; muchos niños son retirados de la escuela para ayudar en el hogar o empezar a trabajar.
- Las crisis y los conflictos armados.

Algunos de estos factores se ven particularmente acentuados en las comunidades rurales, que representan el 82% de todos los niños sin escolarizar y casi el 70% de niños que trabajan (IPEC, 2011).

Como podrá apreciarse, en casi toda la relación causa efecto que dispara los niveles de trabajo infantil, la deficiente planificación, y pobre ejecución de políticas públicas a cargo del Estado, contribuye de manera determinante a que el trabajo infantil sea un problema inacabado.

El papel del Estado en la prevención y abolición de toda forma de trabajo infantil

El Estado moderno es un trinomio: instituciones, ley y cumplimiento. Si alguno de estos elementos falla, el otro pierde efectividad y vigencia.

Para Heller, 1987 “El Estado es la conexión de los quehaceres sociales”. En lo que toca a la prevención del trabajo infantil, el Estado cumple un papel fundamental, ya que no solo debe establecer las políticas públicas que permitan a la sociedad prescindir de aquellos comportamientos que limitan su propio desarrollo, sino que también debe propiciar la construcción de los escenarios políticos para que la sociedad pueda ver reflejada su realidad y a partir de ahí erigir su propio futuro.

Los Ministerios de Trabajo, debido al rol que en general los sistemas democráticos les han encomendado, tienen la responsabilidad de liderar el cumplimiento de los preceptos que, tanto a nivel interno como de principios universalmente aceptados, guíen a las sociedades modernas a sistemas de interacción social, cuyo objetivo esencial sea que los seres humanos experimenten los niveles más altos de libertad y desarrollo en el tránsito de su vida productiva. No obstante la lucha contra el trabajo infantil, no debería descansar únicamente en una agencia o ministerio gubernamental específico, sino que debe ser planificada y ejecutada con la concurrencia de todas las organizaciones e instituciones que puedan y deban aportar a la solución del problema.

“Un sistema eficaz de inspección del trabajo contribuye a la armonía y paz laboral, a la equidad y justicia social, al reforzamiento de una cultura de cumplimiento, a la seguridad jurídica y al estado de derecho, y con ello al fortalecimiento de la democracia.” (Ciudad, 2006).

Es sabido que las sociedades más autocríticas, son también las más desarrolladas; de ahí la importancia que las instituciones cumplan su papel como promotoras de la observación, análisis y discusión de todos aquellos factores que merezcan destinar energía para su corrección, mejoramiento o simple cumplimiento.⁴

⁴ “La escasez de datos en temas clave del desarrollo humano sostenible limita el conocimiento de la realidad y la calidad de las decisiones orientadas a resolver las difíciles condiciones de vida de la mayoría de las y los centroamericanos”. PANORAMA SOCIAL, Capítulo 3 (Estado de la Región, 2010).

¿Es el trabajo infantil un problema menor en nuestras sociedades en Centroamérica, o es un asunto que merezca el esfuerzo sinérgico de todas las instituciones tanto a nivel nacional como regional? Según los análisis y observaciones que la OIT ha realizado mediante el Programa IPEC, el trabajo infantil centroamericano no es un entuerto de poca monta; más bien es un fenómeno que merece toda la atención, por ser un consolidador de la pobreza.

“América Latina y el Caribe es una de las zonas del mundo donde se registra una disminución en el trabajo infantil, pero en la región aún hay 14 millones de niños en esta situación, la mayor parte de ellos realizando tareas peligrosas, destacó un informe mundial difundido hoy por la OIT” (IPEC/OIT, 2010).

La paradoja del trabajo infantil es que un niño trabajando, es a su vez una mente con menos posibilidades de multiplicar el bienestar.

No debemos olvidar que el trabajo infantil está íntimamente relacionado con otro problema social no menos execrable, como lo es la deserción escolar (¿hermanastros quizá?). Lo cierto es que un niño fuera del ámbito académico irremisiblemente conduce a su separación de un mejor futuro, y por ende, separa a su comunidad y a su país también de un mejor futuro.

“El escenario del trabajo infantil es la pobreza. La mayor parte de los niños y niñas que hoy trabajan son hijos e hijas de familias pobres, con lo cual se reafirma el circuito de la exclusión” (Ayes Cerna, 2003).

Luego del éxito de los programas “Bolsa Escola” de Brasil (Do Nascimento y Aguiar, 2006), que en 2003 pasó a ser “Bolsa Familia” y “Oportunidades” de México (Sámano, 2010), cuyos impactos positivos fueron demostrados por diversas evaluaciones, las transferencias monetarias condicionadas aparecieron como una nueva forma de hacer política social en América Latina.

Según Alejandro Sámano, Asesor del Coordinador Nacional del Programa Oportunidades en México:

“Si bien los programas de transferencias con corresponsabilidad no tienen como objetivo específico la reducción del trabajo infantil, al tener como uno de sus objetivos el aumento en la escolaridad de los niños y jóvenes más pobres mediante el aumento de la asistencia y la permanencia en la escuela, se tienen impactos directos en ese aspecto”.(Sámano,2010).

En nuestra región centroamericana también se han consolidado programas que procuran atender el trabajo infantil, no solo desde el punto de vista de las inspecciones laborales y de la acción correctiva, sino mediante la articulación de programas orientados a que niños y jóvenes permanezcan y concluyan sus estudios escolares.

“La educación en una sociedad liberal debería estar exclusivamente destinada a desarrollar la autonomía personal...” (Nino, 1989).

Los esfuerzos para la prevención y erradicación del trabajo infantil no pueden enfocarse únicamente en limitar la *demanda* (para lo cual las inspecciones de trabajo deben cumplir a cabalidad su papel esencial), sino que deben también reducir la *oferta*, enfocándose en todas aquellas causas que provocan que un menor de edad sea compelido a buscar un empleo (OIT/IPEC, 2005).

Aquí es donde las instituciones juegan un papel fundamental y no solo las estatales, sino que también la sociedad civil debe responder al reto que significa participar en las acciones necesarias para que los niños y jóvenes tengan acceso a la educación y formación intelectual, psíquica y moral.

Partiendo de esto, es que organizaciones no gubernamentales y empresas con alto nivel de compromiso y responsabilidad han encontrado coincidencias en asumir desafíos más allá de las

limitadas legislaciones internas en algunos países, los retos que enfrentan las instituciones de inspección laboral, y la ausencia de políticas y planificación bien estructuradas para la erradicación del trabajo infantil.

Ese escenario y esas coincidencias entre sector público y privado se han traducido precisamente en la generación de normas de responsabilidad social, que son voluntarias, pero que una vez adoptadas por las empresas desarrollan y obligan con todo el rigor que implica cumplir con un alto estándar de responsabilidad social empresarial.⁵

Un país no debería construir su futuro a expensas de la exclusión de sus miembros, y por lo tanto el relevo social debe basarse en la mejora continua de cada uno de sus miembros, y no en una estratificación organicista que dicte por designio los roles de los individuos.

Todo lo anterior nos lleva a reflexionar si el tratamiento que damos a este problema social responde a su naturaleza misma, o si más bien, de manera muy restrictiva, deberíamos llamar “trabajo infantil” únicamente a un fenómeno asociado a aquello que legalmente sea aceptable y normado en cada sociedad.

Dicho de manera más clara, deberíamos denominar “trabajo infantil” únicamente aquel fenómeno que se encuentra en el umbral de nuestras legislaciones, y darle tratamiento y análisis desde el punto de vista del derecho del trabajo, y referirnos a aquello que esté fuera del umbral de la ley, como un asunto no de derecho del trabajo, sino de derechos fundamentales. Es decir, niños que venden sus servicios y esfuerzos para beneficiar a otros

⁵ “La SA8000 es una certificación voluntaria creada por la organización estadounidense Social Accountability International (SAI) para promover mejores condiciones laborales. Se basa en los acuerdos internacionales sobre las condiciones laborales, los cuales incluyen temas tales como justicia social, los derechos de los trabajadores, etc. Algunas de las más grandes empresas agrícolas exportadoras de banano, piña, tabaco, vino, frutas enlatadas y café procesado, cuentan con la certificación SA8000... contiene reglas respecto a la duración de la jornada laboral, los salarios, la lucha a la discriminación y al trabajo infantil o forzado” (Pazderka, 2003).

es con claridad meridiana un problema de derechos humanos, y no única y exclusivamente un tema del derecho del trabajo y la seguridad social. No obstante, el derecho del trabajo hace contribuciones formidables a la hora de acentuar y evidenciar las contradicciones sociales que conlleva.

“El Secretario General (de la ONU) ha pedido a las empresas del sector privado que hagan suyos los diez principios del Pacto y los apliquen en su actividad. Pide también a los dirigentes de organizaciones laborales y de la sociedad civil que participen en el Pacto y lo utilicen como foro de diálogo sobre diversas cuestiones polémicas ligadas a la mundialización y el desarrollo”. <http://www.un.org/es/globalcompact>

Precisamente uno de los principios de ética y sostenibilidad en los negocios que promulga la ONU como cumplimiento de derechos humanos, es la abolición del trabajo infantil. Entre los 10 Principios del Pacto Global de la ONU (UN Global Pact), el número 5 dice: “las empresas deben abolir de forma efectiva el trabajo infantil...”

De alguna manera hacer la distinción entre “trabajo infantil” y “las peores formas de trabajo infantil”, marca esa línea conceptual que puede dirigir las políticas de cada país para el abordaje del problema. No obstante debe enfatizarse que el “trabajo infantil” es ya por de sí un problema suficientemente detestable, que no solo limita el desarrollo de los individuos, sino que también de las comunidades.

La autodeterminación es un estadio único y propio de los seres humanos, que está irrestrictamente relacionado con su edad cronológica. Por ello, en casi todos los sistemas democráticos de derecho se han establecido los rangos bajo los cuales se considera que las personas han logrado un punto de inicio hacia la autodeterminación.⁶

⁶ En cuanto a la dignidad de la persona se afirma que “es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” Sentencia No. 53/1985 del 11 de Abril del Tribunal Constitucional Español (Moderne, 2005).

Los niños y jóvenes, por disposición legal, se encuentran en el estadio anterior a la autodeterminación, es decir en la fase de acumulación de experiencias y de desarrollo intelectual, y por lo tanto no les asisten muchas de las obligaciones legales propias de la adultez.

“El Código de Nuremberg, 1947, la conclusión primera enuncia, “... el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento...”(Hernanz, sf).

Siendo esto cierto sin lugar a dudas, entonces ¿qué compele a niños y jóvenes a que busquen insertarse en el mundo del trabajo remunerado donde, debido a su naturaleza contractual la autodeterminación es la base esencial de la toma de decisiones? La respuesta quizá pueda ser hallada mediante un análisis profundo de nuestro proceso evolutivo como sociedades, y de nuestras falencias y oportunidades, al insertar a los individuos en el mundo moderno y en la creación de oportunidades.

“La falta de interés de los adolescentes en la educación es un fenómeno con múltiples causas. Unas son propias del sistema educativo -como la falta de pertinencia y relevancia de los planes de estudio y la insuficiente formación de los docentes-, otras se relacionan con los entornos familiar y comunal -el clima educativo del hogar, la existencia de pandillas en la comunidad, el consumo de drogas, entre otras-. Las primeras forman parte de los problemas de calidad de la educación, que se reflejan en los magros resultados que muestran los sistemas educativos en el Istmo: altas tasas de repitencia, rezago escolar, un número muy elevado de años promedio para terminar los ciclos educativos (si es que se concluyen)” (Estado de la Región 2010).

Marco legal

No sería acertado decir que las manifestaciones de trabajo infantil sean ni algo reciente, ni tampoco algo autóctono de un país o región en particular. Por el contrario, es algo que de manera entristecedora nos ha acompañado a lo largo de mucho tiempo.

De una u otra manera los Estados, mediante sus organizaciones e instituciones, reconocen esto, en algunas ocasiones de manera más clara y en otras de modo más tangencial.

En el marco de los convenios internacionales, como fuente de derecho supranacional, existen disposiciones que de manera coherente marcan un lento andar en busca de sociedades más justas y más inclusivas; en ese tránsito, no se ignora que algunos de esos problemas tienen soluciones muy claras, por lo que se han establecido principios universales, para generar las escalas de valores que sirvan de parangón para que los Estados nacionales acomoden su legislación, instituciones y cumplimiento hacia dichas escalas.

Para Jellinek, 1958, el derecho “no es sino el *mínimum ético* que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo”. En ese sentido, y atendiendo de forma particular a lo que nos atañe en el caso de las manifestaciones conocidas del trabajo infantil, existen disposiciones internacionales que contribuyen a que los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes encuentren cobijo en la legislación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su artículo 26 establece la base esencial sobre la cual deben basarse todos los esfuerzos para contrarrestar el trabajo infantil.

“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y

profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”.

La educación como derecho fundamental, ha sido reconocida de manera consensuada en los países centroamericanos, ya que en general todos tienen en sus respectivas constituciones políticas disposiciones que así lo establecen.

Aun partiendo de que las constituciones políticas son la base conceptual sobre la que se erige un Estado de derecho, las estadísticas que refleja la realidad centroamericana indican que, como países, uno de nuestros principales problemas es el de cumplimiento, ya que en general somos prolijos en leyes, pero deficientes en hacerlas cumplir.

“...la sola ubicación del precepto en el texto constitucional no es garantía para el particular de su respeto y cumplimiento por parte del poder público. Se hace necesario, además de su reconocimiento, la existencia de garantías instrumentales a través de las cuales estos derechos se puedan hacer realmente efectivos por el particular” (Granados, 1999).

La Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño (1989), ratificada por todos los países centroamericanos, establece en su artículo 28 la obligación de los Estados de: “a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos”; y “e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.”

Por otra parte, en el artículo 32 dicta, en su inciso 1: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

En adición, los Convenios 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo (1973) y 182 sobre las peores formas de trabajo infantil

(1999), ambos de la OIT, desarrollan de manera específica campos de regulación para que los Estados signatarios guíen su legislación y políticas internas hacia el cumplimiento de principios que tutelen los derechos de niños y adolescentes.

No está demás decir que los convenios establecieron algunos principios orientados a que cada país tuviera conciencia de la importancia de tomar acción contra el trabajo infantil, creando algunas categorizaciones que podían ser incluidas en las legislaciones internas, como es identificar el trabajo infantil como tal, referido a las labores no peligrosas sobre las cuales los menores de edad, pero en edad legalmente adecuada, pueden ingresar a la actividad económica; el trabajo infantil ligero, que se encuentra por debajo de la edad cronológica de admisión de niños y adolescentes a la vida laboral, pero sin que esas labores limiten su desarrollo académico y social; y las peores formas de trabajo, las cuales son prohibidas para cualquier niño o adolescente por significar labores que ponen en riesgo su integridad física, moral e intelectual.⁷ Ver también IPEC, 2011.

Como se verá más adelante, estas distinciones no necesariamente se reflejan en las legislaciones y políticas internas de los países centroamericanos.

Es necesario agregar además al entorno legal la Declaración del Milenio y la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos (Tailandia, 1990).

“En la Declaración del Milenio de septiembre de 2000, 187 países se comprometieron a lograr ocho objetivos destinados a luchar contra la pobreza y promover el desarrollo para 2015. Los objetivos van acompañados de metas e indicadores conexos. La eliminación del trabajo

⁷ Las teorías evolutivas de Piaget y Kohlberg consideran que la madurez y la conciencia moral se adquieren durante el proceso de maduración y no aparecen en un momento puntual como se determina legalmente (por ejemplo, los 18 años). Esto ha dado lugar a la teoría del “menor maduro”, en la que se reconoce la existencia de determinados derechos en los niños, en función del nivel de madurez observado (Hernaz, s.f).

infantil y muchos de los ODM están estrechamente vinculados, en particular en lo que atañe a la reducción de la pobreza (ODM 1), la educación primaria para todos (ODM 2), la igualdad de género en la educación (ODM 3) y el empleo juvenil (ODM 8)."

En el caso más específico del sistema americano de derechos humanos, los esfuerzos por crear el marco legal que propicie el respeto de los derechos fundamentales, propiciaron la inclusión en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. VIII) y en la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos 19, 4.5, 5.5, 13.4, y 17.5), del reconocimiento de los derechos de los niños y adolescentes a un desarrollo sano y a tener educación, como columnas vertebrales de sociedades más justas y equitativas

El caso de Centroamérica

Las legislaciones internas de cada uno de los países de centroamericanos y de República Dominicana han adoptado de manera generalizada los convenios de la OIT que regulan el trabajo infantil, así como la Convención sobre los Derechos del Niño.

En todas las constituciones políticas de las naciones centroamericanas, se encuentran plasmados sendos artículos que establecen la obligación del Estado de promover y facilitar la educación, así como la protección niños y jóvenes.⁸ En el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, está ratificada por Guatemala, Belice, Honduras, Nicaragua y Costa Rica en 1990.

⁸ El artículo 124 de la Constitución Política de Honduras dice literalmente: "Todo niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trato. No deberá trabajar antes de una edad mínima adecuada, ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud, educación, o impedir su desarrollo físico, mental o moral. Se prohíbe la utilización de los menores por sus padres y otras personas, para actos de mendicidad. La Ley señalará las penas aplicables a quienes incurran en la violación de este precepto."

Lo que aún está por desarrollar con mayor dinamismo, son las políticas orientadas a lograr que de manera progresiva se eliminen todas las formas de trabajo infantil, por ser limitantes del desarrollo pleno de los pueblos.

La Recomendación 46 de la OIT reconoce como uno de los principios fundamentales que:

"...la abolición efectiva del trabajo de los niños y la elevación progresiva de la edad mínima de admisión al empleo constituyen sólo un aspecto de la protección y progreso de los niños y menores..."

Por otra parte, el Convenio 182 indica que:

"...las peores formas de trabajo infantil como esclavitud, servidumbre por deudas, prostitución, pornografía, reclutamiento forzoso de niños para utilizarlos en conflictos armados, utilización de niños para el tráfico de estupefacientes y otras actividades ilícitas, y para cualquier otro trabajo que dañe o ponga en peligro la salud, la seguridad o moralidad de niñas y niños menores de 18 años..."

Ambos instrumentos son fuentes de derecho internacional y, en el caso del Convenio 182, debidamente ratificado por todos los países centroamericanos y República Dominicana. Sin embargo, y tal y como se concluyó en el Libro Blanco, los Estados participantes del CAFTA deben:

"Establecer una zona libre de trabajo infantil consistente con el Convenio 182 de la OIT, para el final de la década. Desarrollar calendarios viables, evaluación de necesidades y asignación de recursos para lograr este objetivo" (Libro Blanco, 2005).

Para ello se requiere la articulación de políticas de fortalecimiento de la participación del Estado mediante los mecanismos

institucionales ya establecidos, y otros que sirvan para garantizar la ejecución y el cumplimiento.

Así las cosas, se infiere que, como región, nuestra situación legislativa da el entorno e insumos jurídicos suficientes para actuar.⁹ Sin embargo, puede que haya factores de tipo político que retrasen el éxito en la erradicación definitiva de todo tipo de trabajo infantil. Una de esas limitaciones podría hallarse a la hora de analizar cuánto invertimos en desarrollo social, sobre todo en aquellos aspectos de gran influencia:

CENTROAMÉRICA: Gasto Público en Educación y Salud 2007-2009 (Porcentaje del PIB)

País	Educación			Salud		
	2007	2008	2009	2007	2008	2009
Belice	6.4	6.5	6.8	3.1	2.9	3.1
Costa Rica	5.2	5.7	6.8	5.1	5.8	6.6
El Salvador	2.9	2.9	3.6	1.7	1.7	2
Guatemala	2.1	2.0	2.6	1	0.9	1.1
Honduras	7.1	7.2		2.7	2.7	
Nicaragua	5.1	5.4	5.9	3.8	3.8	4.1
Panamá	3.8	3.9	4.0	2	2.2	2.4

Fuente: Compendio Estadístico, con base en las memorias de los ministerios de Hacienda o Finanzas de los países.

Según los datos más actualizados divulgados por el IPEC, que utilizó como fuente la información estadística oficial de cada país centroamericano, existen diferencias sustanciales en nuestros países, con relación a este problema:

⁹ El artículo 84 de la Constitución Política de la República de Nicaragua dice: Se prohíbe el trabajo de los menores, en labores que puedan afectar su desarrollo normal o su ciclo de instrucción obligatoria. Se protegerá a los niños y adolescentes contra cualquier clase de explotación económica y social.

País	Año de referencia	Niños en trabajo infantil	Porcentaje de la población total de niños entre 5 a 17 años
Guatemala	2006	966.361	21%
Honduras	2009	391,195	14.67%
El Salvador	2009	190,525	10.2%
Nicaragua	2005	238.827	13.2%
Costa Rica	2002	113,523	10%

Logros en la lucha contra el trabajo infantil

Uno de los hitos más relevantes, que marcan una nueva ruta para el abordaje del “trabajo infantil”, es la reciente emisión del ***“Manual para promover políticas públicas que enfrenten el trabajo infantil a través de la educación”***.

Se trata de un nuevo y muy efectivo enfoque, que debe reconocerse al IPEC/OIT, pues establece no solo principios y bases conceptuales y filosóficas, que suelen ser lugares comunes, sino que propone un compendio de actividades y de regulación programática, que ayuda a los Estados como un todo a administrar de forma eficaz los esfuerzos y recursos para la abolición de una realidad que es por demás contradictoria.

Básicamente, el manual constata que el tratamiento de la situación no es un problema exclusivo de los Ministerios de Trabajo, mediante sus respectivas inspecciones laborales sino que, de manera inclusiva, nos dice que el éxito en el combate del todas las formas de trabajo infantil tiene como vector fundamental la educación. En principio parece obvio, pero también es obvio que, como naciones centroamericanas, no hemos tenido éxito en erradicar de nuestras sociedades los principales lastres que detienen el desarrollo y amplían las brechas de pobreza.

Esta política de tipo programática, tiene como eje fundamental el manual de **“Integración de las cuestiones relativas al trabajo infantil en los planes y programas del sector educativo”**

Además de los logros a nivel regional, las sociedades centroamericanas, pese a sus limitaciones económicas y a dificultades en la elaboración y ejecución de políticas de desarrollo, han implementado esquemas de inclusión para limitar la “oferta” de niños y adolescentes trabajadores, mediante programas de transferencia sociales. Ver siguiente cuadro.

Lo logrado hasta este momento, marca una senda correcta hacia la abolición efectiva del trabajo infantil, mediante dos ejes fundamentales:

- 1) Programas de oportunidades e integración educativa para los jóvenes, que limita la oferta de niños trabajadores.
- 2) Una inspección laboral robusta y vigorosa que desalienta la demanda de trabajo infantil.

CENTROAMERICA: Programas de transferencias monetarias condicionadas

País	Programa	Inicio	Beneficios	Corresponsabilidad
Costa Rica	Avancemos	2006	Transferencia monetaria condicionada familias con población en edad de asistir a la educación secundaria	Asistencia escolar
El Salvador	Red Solidaria	2005	Transferencia monetaria condicionada para hogares pobres con niños o mujeres embarazadas	Asistencia escolar, chequeos médicos, vacunas. Capacitación, gastar dinero en alimentación
Guatemala	Mi familia progresa	2008	Bono de nutrición, salud y educación	Asistencia escolar, chequeos médicos, capacitación
Honduras	Programa de Asignaciones Familiares	1990	Transferencia monetaria condicionada para hogares pobres con niños o mujeres embarazadas	Educación, salud, en ciertos casos nutrición.
Nicaragua	Red de Protección Social	2000	Transferencia monetaria condicionada para hogares pobres con niños y/o mujeres embarazadas	Asistencia escolar, chequeos médicos, vacunas.
Panamá	Red Oportunidades	2006	Transferencia monetaria condicionada y bono familiar de alimentos	Uso de los servicios de educación y salud.

Fuente: Informe del Estado de la Región, 2010

Bibliografía

Ayes, Cerna, María del Carmen, 2003. *Análisis a Profundidad del Trabajo Infantil y la Pobreza en Honduras*. Instituto Nacional de Estadísticas de Honduras, Tegucigalpa.

Ciudad Reynaud, Adolfo, 2006. *La Importancia de la Inspección de Trabajo*. Boletín del Trabajo. Organización Internacional del Trabajo.

Do Nascimento, Elimer y Aguiar, Marcelo, 2006. *Bolsa Escola: História y Evolução*. PINHEIRO. Cuadernos de Investigación del IPE. Paris, 2006.

Granados Moreno, Mario. 1999. *El Derecho de Educación en la Constitución*. Temas Claves de la Constitución Política. Primera Edición, San José C.R.

Habermas, Jürgen, 1988. *Nuestro breve siglo*. Revista Nexos nº 248, 1998, en www.nexos.com.mx

Heller, Hermann, 1987. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México

Hernanz Manrique, Margarita, sf. *Problemas éticos en el trabajo con niños y adolescentes*. CEA. Salud Mental de Alava. Madrid.

IPEC/OIT, 2010. *Informe Mundial 2010: Intensificar la lucha contra el trabajo infantil*.

Jellinek, George, 1958. *Teoría General del Estado*. Editorial Continental, México.

Libro Blanco, 2005. Grupo de Trabajo de Viceministros de Comercio y de Trabajo. *“La dimensión laboral en Centroamérica y República Dominicana. Construyendo el progreso: reforzando el cumplimiento y potenciando capacidades”*.

Moderne, Franck, 2005. *La Dignidad de las Persona Humana en el Derecho Constitucional Francés y Español*. En Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. R.E Piza. E. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José C. R.

Nino, Carlos Santiago, 1989. *Etica y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*. Primera Edición, Editorial Ariel, Barcelona.

Pazderka, Catherine, 2003. *Es la Certificación Algo para Mí. Una guía práctica sobre por qué, cómo y con quién certificar productos agrícolas para la exportación*. / RUTA-FAO, Unidad Regional de Asistencia Técnica. San José, C.R.

Pérez Royo, Javier, 1980. *Introducción a la Teoría del Estado*. Editorial Blume, Barcelona.

Sámano, Alejandro, 2010. *El Programa Oportunidades en la Política Social de México*. En II Seminario Internacional de Política Social. Transferencias condicionadas como estrategia para la reducción de la pobreza. Universidad Rafael Landívar y Fundación Konrad Adenauer, Guatemala.

ARTÍCULOS Y PAGINAS EN INTERNET:

Estado de la Nación, 2008. Programa Estado de la Nación (Costa Rica) Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible un informe desde Centroamérica y para Centroamérica. San José Costa Rica.

Estado d e la Región en Desarrollo Sostenible, 2010. Programa Estado de la Nación. Primera Edición, Octubre de 2011. San José, Costa Rica.

www.oit.org.pe/ipec

Integración de las cuestiones relativas al trabajo infantil en los planes y programas del sector educativo. OIT/IPEC. Ginebra, 2011

<http://www.un.org/es/globalcompact/>

Construir Futuro, Invertir en la Infancia. Estudio Económico de los Costos y Beneficios de Erradicar el Trabajo Infantil en Iberoamérica. OIT/IPEC. San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

Documentos

Manifiesto de los cincuenta y cinco sobre la reforma laboral

Los abajo firmantes, catedráticas y catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, consideramos un deber cívico hacer pública nuestra opinión de expertos sobre la reciente reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP, la cual introduce un cambio radical en el modelo constitucional de relaciones laborales, basado en dos pilares esenciales: un delicado equilibrio entre poderes empresariales y derechos sociales y un estímulo a las expresiones de diálogo social, articuladas de manera señalada a través de la negociación colectiva.

La norma de urgencia ha procedido a convulsionar la práctica totalidad de los elementos esenciales de ese modelo constitucional. Por lo pronto, ha desplazado el centro de gravedad normativo de las relaciones laborales desde el trabajo a la producción y al empleo, desde el trabajador y sus condiciones de trabajo a su «empleabilidad», mercantilizando sin miramiento alguno el trabajo y descontextualizando el marco en el que, desde sus orígenes y sin solución de continuidad, ha venido aplicándose, y ha de seguir haciéndolo, la norma laboral. Este texto legislativo, en segundo lugar, implanta un verdadero sistema de excepción en las relaciones laborales, otorgando poderes exorbitantes al empresario a la vez que destruye las bases fundamentales del poder contractual colectivo autónomo en la regulación de las condiciones de trabajo. La constante reducción de los derechos de los trabajadores se acompaña de una progresiva afirmación de la unilateralidad empresarial sin control ni contrapeso. En suma, la flexibilidad unilateral conferida al empresario, además de

despreciar las reglas consensuadas por los propios interlocutores sociales apenas dos semanas antes, aleja nuestro sistema jurídico del modelo social europeo, aproximándolo a antañones modelos autoritarios, de manera oportunista recuperados ahora en nombre de la libertad de empresa. En tercer lugar, la negociación colectiva deja de entenderse como un instrumento de corrección de las desigualdades contractuales, habiendo sido objeto, ella misma, de una flexibilización que altera su posición en el sistema de fuentes. La prioridad aplicativa concedida sin restricción alguna a los convenios de empresa y la supresión del régimen hasta ahora vigente de ultraactividad, además de poder generar un no deseable incremento de la conflictividad social, concibe al convenio colectivo como un simple utensilio al servicio de los intereses subjetivos empresariales, sustituible o modificable a su sola voluntad. La inaplicación de todas las condiciones de trabajo, incluso las salariales, del convenio sectorial expresa una concepción legal decididamente contraria al sistema vigente de negociación colectiva y a su estructura autónoma. En un contexto semejante, en fin, la garantía constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo queda por completo desarbolada.

La regulación del despido, que se presenta de manera rutinaria como una forma de crear empleo, obedece realmente a un diseño destinado a otorgar fáciles y baratos mecanismos de liquidación y ajuste de plantillas, tanto en el sector privado como en el sector público. Y de hacerlo, adicionalmente, al margen de todo control. Desde luego, del sindical; pero también del administrativo e, incluso, del judicial. Como confiesa sin disimulo alguno el preámbulo de la norma, el propósito de la reforma es impedir el juicio de adecuación – con un evidente tono despectivo, el legislador excepcional lo denomina “juicio de oportunidad”- de los jueces sobre los despidos decididos por el empresario a partir de una definición justificativa que se mueve entre los dos extremos a descartar por cualquier legislador socialmente sensible: la mayor discrecionalidad y la más concreta identificación. La nueva regulación del despido no tiene más finalidad que reducir los costes del despido ilegal o improcedente, rebajando las indemnizaciones y suprimiendo los salarios de tramitación. Además de todo ello, y apartándose

de manera grosera de los propósitos confesados de lucha contra la dualidad de nuestro mercado de trabajo, la reforma ahonda la precariedad mediante dos criticables medidas: la implantación de un contrato especial (de “apoyo de emprendedores”), cuya característica más llamativa reside en la posibilidad de despido libre durante un año de duración, y el encadenamiento de contratos de formación para los jóvenes, que pueden estar formándose hasta los 32 años en una misma empresa para el ejercicio de los más dispares e inconexos oficios.

Pero más allá de la crítica a sus contenidos concretos, queremos llamar la atención sobre el cambio de modelo que el RDL 3/2012 induce. Es éste un modelo opuesto al que conforma nuestra Constitución, el de la democracia social en una economía de mercado, que arbitra un equilibrio complejo entre el pluralismo social y la intervención normativa de tutela de los derechos laborales, y que sitúa en el centro de la regulación de las relaciones laborales a la negociación colectiva dotada de fuerza vinculante. En el diseño constitucional, la empresa es un territorio en el que el poder privado del empresario resulta racionalizado en su ejercicio mediante el reconocimiento de derechos de participación a los trabajadores. Este modelo nada tiene que ver ni con la concepción de la empresa como un ámbito de exclusiva gestión por el empresario ni con la noción del empresario como “el señor de su casa”.

Y es que las exigencias de equilibrio presupuestario que impone la Unión Europea ni exigían ni exigen en modo alguno una reforma de las relaciones laborales como la adoptada, contraria al estado social y democrático de Derecho, potenciadora del poder normativo unilateral del empleador y hostil a la acción colectiva de los sindicatos. Por lo demás, y no es lo de menos, la reforma laboral presenta numerosos puntos que contradicen directamente derechos y principios constitucionalmente reconocidos y desarrollados por una extensa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tanto en lo que se refiere al derecho al trabajo como al derecho de libertad sindical. Y además es en una gran parte contraria a los compromisos internacionales asumidos

por España, tanto respecto a la Carta de Derechos Fundamentales europea como a los Convenios de la OIT sobre libertad sindical, fomento de negociación colectiva y terminación de la relación de trabajo.

- Alemán Páez, Francisco (UCórdoba)
- Alfonso Mellado, Carlos Luis (UValencia)
- Álvarez de la Rosa, Manuel (ULa Laguna)
- Aparicio Tovar, Joaquín (UCastilla-LaMancha)
- Ballester Pastor, María Amparo (UValencia)
- Baylos Grau, Antonio (UCastilla La Mancha)
- Cabeza Pereiro, Jaime (UVigo)
- Camas Roda, Ferrán (UGirona)
- Camps Ruiz, Luis (UValencia)
- Castiñeira Fernández, Jaime (USevilla)
- Correa Carrasco, Manuel (UCarlos III de Madrid)
- Cruz Villalón, Jesús (USevilla)
- Domínguez Fernández, Juan José (ULEon)
- Escudero Rodríguez, Ricardo (UAlcalá de Henares)
- Fernández López, María Fernanda (USevilla)
- Ferrando García, Francisca (UMurcia)
- Garate Castro, Javier (USantiago de Compostela)
- Galiana Moreno, Jesús (UMurcia)
- García Becedas, Gabriel (UAutónoma de Madrid)
- García Ninet, José Ignacio (U de Barcelona)
- Garrido Pérez, Eva (UCádiz)
- González Posada, Elías (UValladolid)
- Goñi Sein, Jose Luis (U Pública Navarra)
- Gorelli Hernández, Juan (UHuelva)
- López Gandía, Juan (UPolitécnica de Valencia)
- López López, Julia (UPompeu Fabra de Barcelona)
- Luján Alcaraz, José (UMurcia)
- Martínez Abascal, Vicente Antonio (URoviraVirgili deTarragona)
- Martínez Barroso, María de los Reyes (ULEón)
- Mella Méndez, Lourdes (USantiago de Compostela)
- Molero Marañón, María Luisa (UReyJuanCarlos de Madrid)
- Molina Navarrete, Cristóbal (UJaén)
- Monereo Pérez, José Luis (UGranada)

Revista Real Card

- Moreno Vida, María Nieves (UGranada)
- Navarro Nieto, Federico (UCórdoba)
- Nogueira Guastavino, Magda (UAutónoma de Madrid)
- Ojeda Avilés, Antonio (USevilla)
- Olarte Encabo, Sofía (UGranada)
- Palomeque López, Carlos (USalamanca)
- Pardell Veá, Agnes (ULerida)
- Pérez del Río, Teresa (UCádiz)
- Puebla Pinilla (de la), Ana (UAutónoma de Madrid)
- Quesada Segura, Rosa (UMálaga)
- Ramírez Martínez, Juan Manuel (UValencia)
- Rodríguez Escanciano, Susana (ULEón)
- Rojas Rivero, Gloria (ULa Laguna)
- Rojo Torrecilla, Eduardo (UAutónoma de Barcelona)
- Tortuero Plaza, José Luis (UComplutense de Madrid)
- Tudela Cambroneró, Gregorio (UAutónoma de Madrid)
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (USalamanca)
- Valdeolivas García, Yolanda (UAutónoma de Madrid)
- Valdés Dal-Re, Fernando (UComplutense de Madrid)
- Valdés de la Vega, Berta (UCastilla-LaMancha)
- Vicente Palacio, María Arantzazu (UJaume I de Castellón de la Plana)
- Vida Soria, José (UGranada)

Este manifiesto fue publicado el 24 de marzo de 2012 en el Diario El País, España.

La publicación puede ser vista en el siguiente enlace:

http://politica.elpais.com/politica/2012/03/23/actualidad/1332530182_

Reseña de libros

La justicia laboral a América Central, Panamá y República Dominicana - Adolfo Ciudad Reynaud¹ (Editor)

Primera edición, 2011, Publicada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) – Oficina de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana, en coordinación con la Asociación Centroamericana de Derecho del Trabajo y con el auspicio del Proyecto Verificación de la OIT.

La obra pretende servir como espacio de reflexión sobre el estado de la administración de justicia laboral en Centroamérica y República Dominicana, identificando sus principales problemas y posibles soluciones, dentro del contexto del papel que la justicia laboral puede aportar para alcanzar condiciones de trabajo decentes, que contribuyan a la consolidación de la democracia, la gobernabilidad de los países y a la convivencia social en paz.

En la primera parte de libro se aborda la relación entre justicia laboral y trabajo decente, destacando la importancia del cumplimiento de la normativa laboral para su consecución y enfatizando que la justicia laboral es uno de sus componentes

¹ Peruano. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con cursos de Doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid. Actualmente es Especialista Principal en Legislación Laboral, Administración del Trabajo y Diálogo Social de la OIT, para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana. Se ha desempeñado como Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Asesor principal de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República de Perú. Coordinador y autor del "Estudio comparado de las legislaciones de trabajo de los países del Grupo Andino".

esenciales. Seguidamente, se hace una aproximación conceptual a las instituciones procesales y una valoración comparada de los distintos países, sobre la base de la información que se proporciona en los informes nacionales.

En esta segunda parte, se presenta la situación de la justicia laboral en cada uno de los países de la subregión, abordándose el contexto del sistema de administración de justicia laboral, su estructura institucional y organización, los mecanismos de solución de conflictos, la competencia y características del proceso judicial laboral, así como sus principales problemas y posibles soluciones.

Colaboraron con el editor, quien tuvo a su cargo la redacción de la primera parte, los siguientes especialistas, que elaboraron los estudios sobre la justicia laboral de sus respectivos países: Donald José Alemán Mena (Nicaragua); Edgardo Cáceres Castellanos, y Andrea Sánchez Matos (Honduras); Esteban Calvo Rodríguez (Costa Rica); Manuel Ramón Herrera Carbuccía (República Dominicana); Ena Lilian Núñez Mancía (El Salvador); Augusto Valenzuela Herrera (Guatemala); y Vasco Torres de León (Panamá.)

Justicia laboral y trabajo decente

Un sistema eficaz de administración de justicia es uno de los instrumentos básicos para hacer realidad el derecho de todos los ciudadanos a condiciones de trabajo decentes, por lo que su reforzamiento y modernización se convierte en un objetivo esencial para garantizar progreso con equidad. De otra parte, una administración de justicia del trabajo eficaz, favorece la creación de una cultura de cumplimiento y de un sistema de relaciones de trabajo basado en la cooperación, lo que es esencial para favorecer el crecimiento económico y la creación de empleos.

Uno de los principales problemas que enfrenta el derecho del trabajo es su falta de eficacia y su inadecuación a la realidad. Los textos legales establecen unos parámetros mínimos necesarios, pero la realidad cotidiana dice otra. Una explicación de la existencia de tal brecha es la falta de cultura de cumplimiento en la región;

otro autor agrega el tema de los costos de producción y señala que algunos empleadores agobiados por la competencia o por el deseo de maximizar sus ganancias evitan el pleno cumplimiento de la legislación. Otros asuntos relevantes son los menores niveles educativos de los trabajadores y la falta de información existente.

No obstante, destaca que la principal causa es la escasa capacidad del Estado para fiscalizar el cumplimiento de la legislación. Así, se señala que “los fiscalizadores del cumplimiento de las leyes carecen de las facultades necesarias, sus recursos son insuficientes y tienden a disminuir, reciben bajas remuneraciones y sin garantías de estabilidad” (Schrank, 2004).

Esta falta de eficacia de la justicia laboral, conjuntamente con el déficit importante de los servicios de inspección de los Ministerios de Trabajo, se traduce en bajos costos de incumplimiento de la legislación y, por ende, en niveles reducidos de protección de los trabajadores. Esto implica que incumplir la legislación no genera mayores costos, lo que a su vez se convierte en un incentivo para no cumplir.

El incumplimiento de la legislación tiene efectos importantes en la determinación de los modelos o sistemas de las relaciones de trabajo, al poner en cuestión todo el andamiaje de derechos fundamentales, individuales y colectivos.

La modernización y el fortalecimiento de las administraciones de justicia laboral de Centroamérica y República Dominicana, tendría que ser integral, atendiendo –entre otros aspectos - el cambio del sistema judicial laboral escrito, que es el principal origen del problema de las indebidas dilaciones de los procesos; la falta de especialización laboral de los jueces; la falta de concentración e intermediación; la inadecuada gestión y organización de los despachos judiciales; la falta de infraestructura para un proceso moderno (carencia de salas de audiencia y sistemas de grabación de vídeo y audio); la insuficiente capacitación de jueces y comunidad jurídica en general, así como los escasos presupuestos que se destinan a la administración de justicia laboral.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA LABORAL EN CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA

Costa Rica

Conclusiones:

- La existencia de problemas y deficiencias que a la postre conllevan a resultados deficientes en la administración de justicia para la protección de derechos laborales.
- El país ha logrado desarrollar una estructura institucional amplia y dotada de recursos humanos y materiales suficientes para implementar las políticas de respeto y tutela de la legislación laboral. Sin embargo, persisten problemas en la ejecución efectiva de estas políticas.
- Las principales deficiencias que adolece el sistema se encuentran en los mecanismos administrativos de control en el cumplimiento de la legislación laboral y en los procesos judiciales de tutela de los derechos laborales
- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social muestra resultados deficientes en la labor de control y vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral, que realiza a través de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo.
- En el ámbito jurisdiccional, el país tiene retos importantes por superar. Si bien es cierto el Poder Judicial destina importantes recursos a la administración de justicia laboral, lo cierto es que el funcionamiento de los tribunales de trabajo en muchos aspectos es deficitario
- La falta de especialización total de los tribunales de trabajo, constituye un incumplimiento del mandato constitucional que ordena el establecimiento de una jurisdicción especializada en la materia de trabajo, como mecanismo idóneo para garantizar la efectiva tutela de los derechos laborales a todos los ciudadanos
- El retraso en la duración de los procesos judiciales en que incurrir los tribunales de trabajo se convierte en un verdadero obstáculo para que las personas puedan acceder a una justicia pronta y cumplida.

Recomendaciones:

1. Para el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social:

- Es recomendable unificar los procedimientos de resolución alterna de conflictos, de manera que exista a lo interno del Ministerio una sola dependencia especializada en esta materia, para así maximizar el uso de los recursos y poder brindar un mejor servicio.
- Debe el ministerio promover entre los representantes patronales y las organizaciones de trabajadores la implementación de mecanismos de solución de conflictos entre partes a lo interno de las empresas.

2. Para el Ministerio de Justicia y Paz:

- Debe la Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos promover y difundir con mayor amplitud la utilización de los mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje que ofrecen los centros autorizados, a fin de optimizar las ventajas que estos tienen para la administración de justicia laboral.
- Implementar mecanismos de control sobre los Centros de Resolución Alterna de Conflictos, con el fin de evitar prácticas contrarias a derecho que impliquen inobservancia del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales

3. Para el Poder Judicial:

- Establecer mayor cantidad de juzgados y tribunales de trabajo especializados, con competencia exclusiva.
- Implementar más programas de capacitación para los jueces de trabajo, a fin de dotarlos de mayores destrezas en temas como la oralidad y conciliación.

El Salvador

Conclusiones:

1. Carencia de justicia especializada: La Constitución establece la jurisdicción especial de trabajo, sin embargo, el total de tribunales laborales especiales es sumamente reducido respecto del total de tribunales de la planta judicial. Únicamente 9 juzgados en todo el territorio nacional conocen con exclusividad de la materia de trabajo, frente a 198 juzgados civiles y mixtos. De igual forma, los tribunales de segunda instancia cuentan con 2 cámaras especiales frente a 25 mixtas.
2. Carencia de formación especializada: La creación de más tribunales especializados exige la premisa de formación de jueces laborales especializados. Existe la necesidad de adoptar una política institucional de exigir para el nombramiento de jueces de tribunales laborales, el perfil de un profesional con la formación especializada en los asuntos de trabajo y con la sensibilización que requiere la materia.
3. Falta de una norma procesal laboral autónoma: El modelo de juicios escritos aunado a la falta de tribunales especiales, no permiten resolver los conflictos de trabajo en menor tiempo. Aunque no existen estadísticas sobre el tiempo de duración total de un juicio de trabajo, considerando también el tiempo de duración en segunda instancia y casación, la práctica tribunalicia demuestra que un juicio laboral puede durar hasta cuatro años
4. Jurisprudencia no unificada y variable: La Sala de lo Constitucional, Sala de lo Civil y Sala de lo Contencioso Administrativo, no coinciden en criterios de temas fundamentales para la justicia laboral. Asimismo, existe variación en sus pronunciamientos que generan incertidumbre jurídica.

Recomendaciones:

1. Carencia de justicia especializada: Creación de juzgados laborales especiales en cada uno de los departamentos del país; con excepción de San Salvador, Sonsonate, La Libertad y San Miguel. Consecuentemente esos juzgados especializados asumirían la competencia laboral que actualmente tienen los juzgados civiles y mixtos
2. Carencia de formación especializada: Dictar política institucional de exigir el perfil de profesional especialista en lo laboral para el nombramiento de jueces y magistrados, en juzgados, cámaras y salas con competencia laboral.
3. Falta de una norma procesal laboral autónoma: Conformar una comisión redactora para iniciar el proceso de elaboración de un Código Procesal de Trabajo, que diseñe el modelo de juicios por audiencia y recoja en su texto las modernas teorías procesalistas de trabajo, jurisprudencia nacional e internacional, que garanticen una solución ágil de los conflictos de trabajo y la tutela efectiva de los derechos fundamentales.
4. Jurisprudencia no unificada y variable: Desarrollo de talleres de revisión jurisprudencial entre las Sala de lo Constitucional, Sala de lo Civil y Sala de lo Contencioso Administrativo, para la unificación de criterios jurisprudenciales. Así como la realización de talleres de discusión de los criterios de la Sala de lo Civil entre el personal auxiliar y jueces de todos los tribunales con competencia en materia laboral, inmersos en los programas de capacitación de la escuela.

Actualizar las publicaciones de las sentencias y criterios jurisprudenciales que se han venido realizando, para facilitar el conocimiento de los mismos por parte de los operadores judiciales

Guatemala

Conclusiones:

1. El sistema de justicia en Guatemala, se encuentra actualmente atravesando una etapa de modernización, que tiene como finalidad brindar una mejor atención a los usuarios; asimismo, capacitar al personal en atención al público y a los operadores de justicia en cuanto a la impartición de la misma
2. La carga de trabajo de los tribunales laborales debiera ser distribuida entre un número mayor de juzgados, dada la demanda de aplicación de justicia en la materia, para ello es necesario se amplíe el número de juzgados laborales no únicamente en la zona central, sino en toda la República.

Recomendaciones:

1. La creación de más tribunales de trabajo con operadores de justicia capacitados, no únicamente en temas jurídicos sino también en temas éticos, que les permita efectuar su labor con imparcialidad y celeridad, siendo el Organismo Judicial el encargado de incentivar a los operadores de justicia a participar en cursos de actualización jurídica obligatorios.
2. Se recomienda una reforma a las leyes laborales, ya que desde la emisión del primer Código de Trabajo en Guatemala, la legislación laboral ha cambiado, pero con mucha lentitud en comparación con los constantes cambios que se han suscitado en el ámbito político, social y económico a nivel mundial. El derecho, en especial el derecho del trabajo, es esencialmente dinámico, porque regula relaciones de conducta humana, por lo que obviamente no puede permanecer estático.
3. Es imprescindible emprender el estudio de las posibles modificaciones a la legislación laboral guatemalteca, a efecto de

reformular o crear una ley de la materia acorde a las circunstancias y acontecimientos actuales.

4. Crear un organismo autónomo de defensa letrada del trabajador, para asegurar una abogacía independiente en la tutela de los derechos ante los tribunales.

Honduras

Problemas y diferencias de la administración de la justicia laboral

1. Por razones de índole presupuestaria, los juzgados de letras del trabajo no se encuentran establecidos en todos los sectores económicos del país, siendo tribunales de lo civil los que dirimen los conflictos sobre esta materia.
2. La conciliación judicial se lleva a cabo por los propios jueces, lo que la vuelve rutinaria.
3. No existe una verdadera sistematización de la jurisprudencia en materia judicial, lo que da lugar a que se dicten fallos contradictorios y variables.
4. Debido a los bajos presupuestos que se le asignan al Poder Judicial, resulta ser una realidad la existencia de una mínima infraestructura física y limitados recursos materiales.
5. Lo mismo sucede con la Secretaría de Trabajo y Seguridad Social, por razones presupuestarias es difícil incrementar el número de inspectores de trabajo, y los pocos existentes tienen serios problemas para realizar sus labores por falta, transporte, logística, etc.
6. El bajo conocimiento técnico-jurídico del derecho del trabajo, se presenta en aquellos Juzgados a nivel nacional que no son especializados en dicha materia, al ser desempeñados por jueces del ámbito civil.

7. La jurisprudencia en materia administrativa es muy limitada y casi inexistente en derechos colectivos.
8. En el ámbito del derecho colectivo, no existen Juntas de Conciliación y Arbitraje de carácter permanente, por causas de índole económica y sus integrantes tienen bajas remuneraciones por su labor.

Nicaragua

Conclusiones y recomendaciones:

1. Es necesaria la ampliación del número de jueces especializados en materia laboral a nivel nacional.
2. La instauración del juicio oral en materia laboral, actualmente, se encuentra en proceso de consulta y aprobación
3. La característica principal del nuevo proceso laboral deberá ser el reforzamiento del principio de impulso procesal de oficio, adicionado al principio de aportación de parte y al principio de investigación de oficio.
4. Los principios de impulso procesal de oficio, oralidad y de concentración, imponen al juez un gran desafío para descubrir la verdad material en el juicio y además son instrumentos eficaces para lograr la sencillez y la celeridad del proceso.
5. La función del juez viene claramente determinada por la forma en que este conoce y resuelve cada una de las cuestiones que se someten a su conocimiento, esto es, a través de audiencias orales, públicas y un fortalecimiento de su autoridad. El juez deberá abandonar el "refugio de su despacho" para asumir la obligación de tomar sus decisiones con rapidez, escuchando todas las argumentaciones de las partes sobre peticiones respecto de las cuales normalmente no será advertido previamente.

6. La publicidad, la oralidad y la inmediatez de este sistema generarán un impulso renovador a la labor de la judicatura que, esperamos se traduzca en la revalorización de la función judicial como un pilar fundamental del orden, de la paz social y del desarrollo, que permita construir una democracia sana y respetuosa de la persona humana.
7. Con ello se espera que el juez deba tener siempre presente que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustantivos de las partes.

Panamá

Conclusiones:

1. La jurisdicción del trabajo en Panamá goza de una clara y adecuada autonomía frente a las otras ramas del derecho. El diseño establecido en el Código de Trabajo de 1972, más la normativa establecida en la Ley N° 59/2001 y las normas complementarias y regulaciones especiales existentes en el sistema jurídico panameño, proveen de un sistema completo, especializado y con mucha coherencia interna.
2. Si acaso queda por evidenciar una persistente falta en el nivel de oralidad de los procesos, sobre todo en los procesos surtidos en los juzgados seccionales de trabajo, que llaman a la reflexión y replanteamiento de ciertos elementos para lograr una mayor efectividad del sistema
3. Es necesario apuntar la poca utilización de los juzgadores de normas internacionales en los casos de su competencia, asunto que, revertido, puede dotar al sistema de mayor efectividad y profundidad en la tutela de los derechos reconocidos, sobre todo, a la parte obrera.
4. El sistema se funda en un instrumento apenas adecuado para la incorporación y administración del recurso humano, en la tan necesaria labor de impartir justicia. Sano es, tal como

está planteado, la renovación total del sistema de la carrera judicial de acuerdo a los valores emergentes y relevantes en la administración de justicia.

5. El elemento quizás menos eficiente y efectivo es el sistema alternativo de solución de conflictos laborales. El distorsionante papel de la administración de trabajo en la resolución de conflictos de trabajo, individuales y colectivos, colisiona con las modernas tendencias en esta materia. Es necesario un replanteamiento general de este punto de cardinal importancia en el sistema de relaciones laborales del país. En tal sentido, es dable volver la mirada al sistema panameñizado existente en la Autoridad del Canal de Panamá, el cual resulta de mucha eficacia en esa institución.

Recomendaciones:

1. Es necesario dotar a la administración de justicia de trabajo de medios adecuados para darle real contenido a la oralidad. También ayudaría la estimulación de un cambio de actitud frente a la oralidad en ciertos procesos, de forma tal que el juzgador use los poderes y facultades que le otorga la norma para procurar un proceso oral rápido y concentrado.
2. Crear mecanismos jurídicos prácticos para la aplicación de normas internacionales del trabajo en los procesos laborales en los que sea necesario.
3. Importa, en grado alto, la definitiva renovación de la carrera judicial, con las instancias y estructuras que fortalecen al Órgano Judicial en su conjunto. Esta es una discusión que debe retomarse en la Asamblea de Diputados para su pronta realidad.
4. Necesaria se hace la discusión sobre la estructura y funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Decisión. Tales organismos deben estar destinados a prestar un nivel muy eficiente de administración de justicia de trabajo.

5. Replantear el modelo de solución de conflictos individuales y colectivos desde una perspectiva no judicial y acorde con las tendencias modernas de solución alternativa de conflictos laborales.
6. Revisión normativa de los procedimientos laborales a fin de actualizar la normativa a la realidad y tendencia actual.

República Dominicana

Conclusiones:

1. Una visión general demuestra el fortalecimiento de la justicia laboral dominicana, sin que ello implique, a dos décadas de promulgación del Código de Trabajo, que sea necesario profundizar en los resultados positivos y corregir las deficiencias.
2. Es preciso reflexionar y llamar la atención sobre la conciliación judicial, el papel de los vocales como auxiliares de la justicia, el acceso a la prueba y el carácter restricto de la misma en la legislación actual, así como la falta de protección y la cantidad de causas de exclusión de los testigos.
3. Sería saludable una sala social en reconocimiento a la labor realizada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, no sólo por el alto nivel de respuesta en la solución de los casos sometidos, sino que serviría de fortalecimiento a la justicia laboral dominicana.
4. La justicia debe avanzar a una aplicación más profunda y definida de los convenios y recomendaciones de la OIT, ya que esta ha servido para solucionar casos de capital importancia en la jurisprudencia dominicana, que han cambiado el rumbo de la práctica judicial, que van desde la protección a los trabajadores no nacionales, hasta la protección de los trabajadores en la seguridad social.

Recomendaciones:

Para el Ministerio de Trabajo:

1. Debe aumentarse el número de representaciones locales de trabajo, para facilitar el acceso de los trabajadores y empleadores.
2. Debe fortalecerse la Dirección de Inspección, aumentando el número de inspectores de trabajo y eliminando la duplicidad de funciones de inspectores del Instituto Dominicano de la Seguridad Social (IDSS)
3. Promover la cultura del diálogo y la resolución de conflictos de carácter colectivo, a través de la Dirección General de Mediación y Arbitraje.
4. Fortalecer la asistencia judicial, como una forma de asegurar a los empleadores y trabajadores un derecho que le haya sido violado y sobre todo a estos últimos, cuando no tengan recursos para pagar un abogado.
5. Promover entre los representantes de los empleadores y de los sindicatos la implementación de mecanismos de diálogo de solución de conflictos entre las partes a lo interno de las empresas, sea por medio de fórmulas establecidas en el reglamento interior de trabajo, sea a través de los convenios colectivos de trabajo.

Para el Poder Judicial:

1. Establecer los juzgados y cortes de trabajo aprobados por ley.
2. Fortalecer la capacitación de los cursos de derecho del trabajo y procedimiento para los recién ingresados de la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ).

3. Fortalecimiento y realización de los cursos de aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT, orientados a las necesidades y casos de los tribunales dominicanos.
4. Establecer y continuar los cursos de educación continuada para los jueces de trabajo.

Para el Poder Legislativo:

1. La aprobación por ley de los juzgados de trabajo que sean necesarios, de acuerdo a la densidad poblacional y productiva de las provincias, así como de creación de las cortes de trabajo.
2. Aprobar un presupuesto equilibrado y justo de las necesidades requeridas por el Poder Judicial Dominicano, a los fines de facilitar una ampliación y mejoramiento de los tribunales laborales dominicanos.
3. Aprobar las modificaciones que sean necesarias, sin que ello implique pérdida de celeridad, oralidad, protección y de la protección de los derechos fundamentales del proceso.



ASIES es una entidad de servicio, no lucrativa y de carácter privado, con 30 años de experiencia en la realización de estudios y ejecución de proyectos, incluyendo varios de ámbito regional, relacionados con aspectos sociales, económicos, políticos, ambientales y culturales.

Tiene como propósito promover y fomentar la investigación, estudio e interpretación de los problemas nacionales e internacionales, para promover soluciones orientadas a la promoción de una convivencia democrática, pluralista y justa.



PROMOVIENDO
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LOS TRABAJADORES EN 4 PAÍSES

El proyecto PROMOVIENDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES (PRODEF) es ejecutado por ASIES en Costa Rica, Honduras, Panamá y República Dominicana, con el apoyo del PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PROFESIONAL DEL SECTOR LABORAL (IPPLA por sus siglas en inglés) del HRSDC.

PRODEF tiene como objetivo general contribuir al mejoramiento de las relaciones laborales y al cumplimiento de la legislación laboral.

Su objetivo específico es promover el cumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores, reconocidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998.

Las actividades de PRODEF incluyen la edición de un número especial de la REVISTA REAL CARD, dedicado a los derechos fundamentales de los trabajadores.



10 calle 7-48 zona 9
PBX: 2201-6300
Fax: 2360-2259
e-mail: asies@asies.org.gt
<http://www.asies.org.gt>

Canada 

Proyecto ejecutado con el apoyo financiero del gobierno de Canadá a través del Ministerio de Recursos Humanos y Desarrollo de Competencias (HRSDC-Canadá) y la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI).