

Universidad Estatal a Distancia

**Trabajo final de Maestría Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social**

sobre el tema:

**“ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE
DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES: UN
ENFOQUE LABORALISTA”**

ELABORADA POR:

Lic. ALFONSO CHACÓN MATA

PROFESOR:

DR. CARLOS CHINCHILLA SANDÍ

JULIO 2004

INDICE

Introducción	7
Primera Parte:	14
Reseña de los Perfiles Básicos del Derecho Laboral y Derecho Penal	15
<i>Capítulo Primero:</i>	15
<i>Naturaleza y Fundamentos Básicos del Derecho Laboral</i>	15
<u>Sección I:</u> Aproximación Conceptual al Derecho Laboral	
A) Derecho al Trabajo	15
1. La Noción de Trabajo	17
(i) El Objeto Sobre el que se Trabaja	18
(ii) Los medios con los que se trabaja	19
(iii) Actividad Humana Realizada en el Proceso de Producción	19
2. La Noción de Empleo	20
3. Partes en la Relación Laboral	21
B) Principales Garantías Laborales de los Trabajadores	25
1. Condiciones de Trabajo Equitativas y Satisfactorias	25
2. El Salario Justo	28
3. Vacaciones Remuneradas anuales	30
4. Jornada de Trabajo	32
(i) Trabajo por Turnos	34
(ii) Horas extraordinarias	35
<u>Sección II:</u> Principios Laborales a favor de los Trabajadores	35
A) Detalle de los Principios Laborales	36
1. Principio Protector o “Pro Operario”	37
2. Principio “In Dubio Pro Operario”	38
3. Principio de norma más favorable y de Condición más Beneficiosa	40
4. Principio de Irrenunciabilidad de Derechos	41
B) Las Corrientes Actuales que atentan contra la vigencia de los Principios Laborales	42
C) El Ilícito o Delito: Fundamento del Castigo Penal	43
<i>Capítulo Segundo: Naturaleza y Fundamentos Básicos del Derecho Penal</i>	46
<u>Sección I:</u> Esencia y Finalidad del Derecho Penal	46
A) Hacia una Definición Aproximada del Derecho Penal	46
1. Función del Derecho Penal	48
2. Derecho Penal como Derecho Público	50
B) El Ilícito o Delito: Fundamento del Castigo Penal	51
1. El Delito como Antecedente Sancionatorio	52
2. El Ilícito Penal y sus alcances	52
C) Bien Jurídico Tutelado en el Derecho Penal	52
<u>Sección II:</u> Sistematización de la Dogmática Penal	54
A) Principio de Legalidad	55
B) Principio de Tipicidad	57
1. Tipos abiertos	59
C) Principio de Culpabilidad	60
Segunda Parte:	
Análisis del Proyecto de Reforma de Código Penal (Inclusión de Delitos contra los Trabajadores)	62
<i>Capítulo Primero:</i>	63
<i>Las Relaciones Conjuntivas entre Derecho Laboral y Derecho Penal</i>	

<u>Sección I:</u> Teoría General de los delitos en materia laboral	63
A) Derecho Penal del Trabajo	66
1. Los delitos laborales y el bien jurídico protegido	67
2. Diferencia entre los Delitos contra los Trabajadores y Criminalidad Común	70
3. Los Delitos Contra los Trabajadores en otras Legislaciones: El Caso Español	73
A) Tipo de Injusto	74
1. Injusto Penal e Injusto Laboral	75
B) Acción Típica	76
1. Formas de la Acción	77
2. Formas de lesión o puesta en peligro del bien jurídico	79
3. Sujetos del delito	80
<u>Sección II:</u> El Derecho Sancionador Administrativo como punto de encuentro entre Derecho Penal y Derecho Laboral	82
A) La Potestad Sancionadora de la Administración en los Procedimientos Disciplinarios	84
1. La Naturaleza de las Sanciones Administrativas	86
B) Las Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Disciplinario	90
C) Observancia de los Principios Penales en el Derecho Administrativo Disciplinario	90
1. Principio de Formulación de Cargos	92
2. Tipicidad de las Conductas Sancionables	95
<i>Capítulo Segundo</i>	95
<i>Análisis del Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal: Delitos contra los Trabajadores</i>	
Sección I: Antecedentes del proyecto de Ley de Reforma al Código Penal	98
Sección II: Descripción y Análisis de los Tipos Penales Propuestos en el Proyecto de Ley ("Delitos Contra los Trabajadores")	99
A) Mantenimiento y Condiciones Ilegales de Trabajo de Seguridad Social	99
1. Análisis Descriptivo del Tipo	99
2. Criterios para Determinar la Afectación de Condiciones Laborales	103
2.1 Reconocimiento Legal de Derechos Laborales / Condiciones de Trabajo	108
2.1.1 Derechos de la Jornada Laboral	108
2.1.2 Derechos Salariales	108
2.1.3 Derecho a la Protección Especial de Trabajadoras en Maternidad y Lactancia	109
2.1.4 Derecho a los Seguros Sociales	110
3. La Violación a las Condiciones de Seguridad Social en la Normativa Costarricense	110
3.1 Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social N° 17 del 22 de Octubre, 1943	111
3.1.1 Régimen General Sancionatorio a los Patronos	111
3.1.2 Configuración de Estafa en Perjuicio de la Seguridad Social	113
3.1.3 Sanciones por Represalias a los Trabajadores	114
3.1.4 El Cierre del Local como Sanción Administrativa	116
3.1.5 Obligación de Instituciones Públicas y Personas Físicas de Cotizar a la Seguridad Social	118
3.2 Reglamento de Seguridad de Salud, (Enero 1997)	122
3.3 Potestades de los Inspectores de la Caja Costarricense de Seguro Social	124
4. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la Seguridad Social suscritos por Costa Rica	126
4.1 El Convenio N° 102 de la OIT ("Normas Mínimas sobre la Seguridad Social")	126
4.2 El Convenio N° 130 de la OIT ("Convenio sobre Asistencia Médica y Prestaciones Monetarias)	128
4.3 El Convenio N° 134 de la OIT ("Convenio sobre la Prevención de Accidentes / Gente de Mar").	129
B) Tráfico Ilegal de Mano de Obra	131

1. Análisis Descriptivo del Tipo	131
2. Disposiciones Legales Internas para contratar Trabajadores Extranjeros	133
C) Migraciones Fraudulentas	136
1. Análisis Descriptivo del Tipo	137
2. Nociones de Migración Irregular	138
2.1 El Fenómeno de la Migración en Costa Rica	139
2.2 El Protocolo de Palermo Contra El Tráfico de Migrantes	140
3. Las Migraciones Irregulares a la Luz de la Legislación Laboral Costarricense	142
D)Discriminación Laboral	144
1. Análisis Descriptivo del tipo	144
2. Alcances Jurídicos de la discriminación en el Ámbito de Legislación Nacional	146
2.1 Ley sobre la Prohibición en la Discriminación del Trabajo(Ley N° 2694 del 22 de Noviembre de 1960)	147
2.2 El Carácter Genérico del Título Undécimo del Código de Trabajo	149
2. Alcances Jurídicos de la Discriminación en el Ámbito de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Costa Rica	151
2.1 Pacto Internacional de Derecho Económico, Sociales y Culturas	151
2.2 Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	151
2.3 Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer	152
2.4 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo en la Materia	153
2.4.1 Convenio N° 111 “Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación”	153
2.4.2 Convenio 45 “Convenio Relativo al Empleo de las Mujeres en los Trabajadores Subterráneos de toda clase de Minas”	155
2.4.3 Convenio 89 “Convenio Relativo al Trabajo Nocturno de las Mujeres empleadas en la Industria (revisado en 1948)”	155
2.4.4 Convenio 100 “Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”	156
3. Factores de Discriminación dentro del Proyecto de Ley	157
3.1 Discriminación por Motivos de Ideología, Religión o Creencias	157
3.2 Discriminación por Motivos Étnicos y Raciales	160
3.3 Discriminación por Motivos de Género u Orientación Sexual	163
3.3.1 Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia)Ley N° 7476)	163
3.3.2 Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley N° 7142)	164
3.3.3 Decreto N° 26898-Mtss (Reglamentación Trabajo Nocturno de las Mujeres”)	167
3.4 Discriminación por Situación Familiar	169
3.5 Discriminación por Enfermedad y Minusvalía	170
3.5.1 Ley N° 7600 “Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”	170
3.6 Discriminación por Representación Legal o Sindical de los Trabajadores	172
E)Delitos Contra La Libertad sindical y el Derecho de Huelga	174
1. Análisis Descriptivo del Tipo	174
2. Contenido de la Libertad Sindical	178
2.1 Las Convenciones Colectivas como componente de la Libertad Sindical	180
2.2 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre Libertad Sindical ratificados por Costa Rica	182
3. Derecho de Sindicación y Huelga	188
3.1 Derecho de Sindicalización	188
3.1.1 El Derecho de Sindicación como expresión del Derecho de Asociación	190
3.1.2 El Derecho a la Sindicalización en Costa Rica	191
Normas del código de Trabajo Relacionadas con el Derecho a la Asociación Sindical	194
3.2 Derecho a la Huelga	197
3.2.1 El Derecho de Huelga en la Legislación Costarricense	199

3.2.2 Los alcances del Voto No 1317-98 de la Sala Constitucional	201
3.2.3 Los Tipos Penales que atentan contra el Derecho de Huelga	205
F) Delitos contra la Seguridad y la Salud en el Trabajo	211
1. Análisis Descriptivo del tipo	214
2. Los Riesgos Profesionales en el Trabajo	215
3. Naturaleza de la Seguridad e Higiene Laboral	216
4. Legislación Costarricense aplicable a la Materia de Higiene, Seguridad y Prevención de Riesgos Laborales	217
4.1 Convenios de la Organización Internacionales del Trabajo Ratificadas por Costa Rica	217
4.1.1 Convenio N° 120 (“ Convenio sobre la Higiene (Comercio y Oficinas), 1964”)	219
4.1.2 Convenio N° 134 (“Convenio Sobre la prevención de accidentes (gente de mar),1970”)	220
4.1.3 Convenio N° 148 (“Convenio sobre el Medio Ambiente de Trabajo (Contaminación del Aire, Ruido y Vibraciones”), 1977	223
4.2 Normativa Doméstica Sobre Higiene y Seguridad	223
4.2.1 Ley General de Salud (Ley N° 5395)	224
4.2.2 Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo (Decreto N° 1, de 1967, y Decreto 4 de 1970	226
4.3 Normativa Doméstica sobre Prevención de Riesgos Laborales	226
4.3.1 Ley Sobre Riesgos del Trabajo (Ley N° 6727 de 24 de marzo de 1982.- Publicada en La Gaceta N° 57 de 24 de marzo de 1982).	229
4.3.2 Reglamento para la Contratación Laboral y Condiciones de Salud Ocupacional de las Personas Adolescentes (Decreto N° 29220-MTSS	231
G) Delitos Cometidos por Personas Jurídicas	231
1. Análisis Descriptivo del Tipo	231
2. Naturaleza de las personas jurídicas	231
2.1 Las Doctrinas Modernas sobre la persona jurídica	232
2.2 Características comunes a los diferentes tipos de personas jurídicas	232
3. Las personas jurídicas en el Ordenamiento Jurídico Costarricense	234
3.1 Las personas jurídicas desde el Àmbito Civil	235
3.2 la Difamación de la Persona Jurídica	235
	236
Conclusiones Finales	239
Bibliografía General Utilizada	251

Dedicatoria Especial:

"A las mujeres de mi vida:

Las Hilda´s , Geo, Vanesa, Nadia, Gloriana
y Paula.

A mi presente y futuro....Karen"

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se circunscribe en el ámbito del trabajo final de la Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, circunscrita dentro del Sistema de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Estatal a Distancia. La temática a desarrollar se circunscribe al título que hemos denominado “ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES: UN ENFOQUE LABORALISTA”.

La coyuntura actual impone una lectura muy difícil para las condiciones del sector laboral. Si hablamos de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, tenemos que en este tratado se configura un mecanismo directo no solo de control de la soberanía, sino de la configuración de las relaciones de trabajo en general. Si nos remitimos a las barreras que se les ha impuesto a las conquistas laborales, nos encontramos limitaciones impuestas jurisprudencialmente para el ejercicio de los derechos previstos dentro de la libertad sindical.

Por ello es que un enfoque como el que se pretende abordar con este proyecto de ley (expediente 11.871), con regulaciones o tipos penales previstos para la defensa de la parte más débil dentro de la relación laboral, que es sin duda alguna el trabajador; vendría a constituirse en un remanso importante al *cerco laboral* que pende en el elenco de los derechos de la población laboral de este país.

i- Justificación Personal para el Desarrollo de este Tema:

Es conveniente indicar preliminarmente, que el enfoque escogido responde no solo a los requerimientos académicos del énfasis de la Maestría, sino que además por mi experiencia y formación no puedo aspirar a otra cosa más que analizar el fenómeno en estudio desde la arista laboralista. Me veo precisado a hacer esta aclaración introductoria con la finalidad de no generar ninguna otra expectativa, lejana a las modestas intenciones y posibilidades de este investigador.

Ahora bien, hemos escogido además este tema, debido a la necesidad de seguir estudiando y analizando al *trabajador(a)/obrero(a)/funcionario(a)* como sujeto de las

relaciones laborales en sentido amplio. Es así como el tránsito histórico hacia las conquistas obreras no ha sido fácil en el espacio y tiempo, teniendo su sustrato en la época de implementación del capitalismo liberal, como producto de esta fase de consolidación¹. El proyecto liberal se impuso en los diferentes países europeos por caminos y matices diferentes. Hacia el fin de la primera mitad del siglo XIX, el sistema económico liberal se había hecho realidad en Alemania, dándose las consecuencias verdaderas en el marco de un sistema capitalista, en el que los pudientes podían desenvolverse y acumular bienes materiales en plena libertad económica. Pero las grandes y crecientes mayorías obreras desposeídas, entraban en una época caracterizada por una contradicción, cada vez mayor, entre las promesas de libertad, igualdad, fraternidad y sus condiciones de vida reales: *“Impotentes debido a su condición de individuos no organizados, sufrían cobrando salarios miserables insuficientes para la mera supervivencia, situación que obligaba a sus mujeres y hasta a sus niños a trabajar en fábricas en condiciones inhumanas. Al firmar sus contratos de trabajo, se entregaban completamente a la merced del empresario. El dictaba todas las condiciones de trabajo, desde la fijación de la jornada y la forma de realizarlo hasta el salario. En su trabajo, la mayoría de los obreros no eran más que apéndices ciegos de las máquinas. No tenían derecho de codeterminación. Al regresar a sus hogares, después de 16 horas de jornada, estaban demasiado agotados como para desenvolverse humanamente y llevar una vida familiar satisfactoria”*².

Las ideas de justicia social, convergen como aspiraciones y estandartes de lucha en los trabajadores organizados. Se empieza a hablar del “socialismo”, que como bien lo apunta LIECTHEIM, *“El socialismo como la democracia (...) está en cierto sentido enraizado en sentimientos tan antiguos y permanentes como la propia sociedad humana. En otras palabras, los hombres siempre han vivido en sociedad y han sentido*

¹. El *liberalismo* fue el gran movimiento de la historia que combatía, a partir del siglo XVIII, el orden social feudalista y el absolutismo europeos. Sus raíces filosóficas eran el humanismo y el esclarecimiento. Según esta filosofía, todos los hombres tenían derechos naturales e iguales por su carácter racional. La condición de hombre implica derechos naturales no derogables. He aquí la razón filosófica de la demanda política de *libertad, igualdad y fraternidad*. Esta demanda se convirtió en la consigna de lucha de la burguesía liberal por la reformación fundamental del Estado, de la economía y la sociedad, primero en la Revolución Francesa de 1789 y luego, paulatinamente en los demás países europeos.

². MEYER, (Thomas), *“El Socialismo Democrático : 36 Tesis”*, Friedrich Ebert Stiftung, Trad. al español, 1982, pág 9.

la necesidad de cooperar”¹. Sin embargo, la idea de la conexión entre socialismo y movimiento obrero, se ha replantado frecuentemente en la historia del trabajo y del propio socialismo, a partir de 1848, fecha en que por primera vez se reagrupa la clase trabajadora francesa bajo la bandera roja².

El movimiento obrero tiene en Carlos Marx a uno de sus más connotados teóricos. La historia de las sociedades secretas en París, cuya trayectoria es anterior a su ilegalización en 1834, especialmente entre 1840-1844 es clave para Marx ; así como la *Liga de los Justos*, el Cartismo Inglés, las conclusiones derivadas de la “Rebelión de los Tejedores de Silesia”, en junio de 1844, y las disputas entre los BUONARROTI o DEZAMY de la famosa “*Société des Travailleurs Egalitaires*”³. Estos acontecimientos sociales inspiraron a MARX, a concebir que la evolución social fuera percibida por él como un determinismo histórico : “*un proceso histórico-natural regido por leyes que no sólo son independientes de la voluntad, la convivencia y la intención de los hombres, sino que además determinan su voluntad, conciencia e intenciones*”⁴.

A principios del siglo XIX comienza a aparecer el movimiento sindical logrando poco a poco una arrolladora fuerza política, económica y social, teniendo que aludirse a los gremios y corporaciones como formas asociativas originales, las cuales no pudieron sobrevivir debido a las condiciones económicas impuestas.

¹ . LICHTHEIM, (George), “Breve Historia del Socialismo”, Madrid, Alianza Editorial, tercera edición, 1979, pág 15.

² . “Con anterioridad a este episodio crucial, pocos observadores habrían mantenido que el socialismo (a diferencia del comunismo) representaba los objetivos de la clase obrera. Sin embargo, a partir de 1848 esta idea adquiere aceptación general en Francia, aunque no en Inglaterra, donde tras la desintegración del cartismo los sindicatos perdieron todo interés por la política, y el owenismo quedó reducido a una simple secta. Mientras, entre 1830 y 1850 existe un movimiento obrero en período de gestación, cuyos líderes son socialistas, cuando en 1867 el grueso de la clase obrera urbana obtiene el derecho de voto, surge algo radicalmente distinto : un movimiento sindical progresivamente atraído hacia el liberalismo, a pesar de que una considerable minoría, en aquel momento y en períodos posteriores, apoyaba a los conservadores, bien por rechazo de los inmigrantes ingleses y de otros extranjeros , o porque el papel “imperial” de Gran Bretaña comenzaba a tener influencia sobre los votantes de la clase trabajadora, que se identificaban con la oligarquía gobernante de su propio país”, *Ibíd*, pp 70-71.

³ . RUIZ ZUÑIGA, (Angel), “Ocaso de una Utopía : En las Entrañas del Marxismo”, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, primera edición 1993, p 28. El mismo autor determina que “*El Marxismo se construye como una doctrina a partir de una época histórica, de una influencia intelectual previa y de las lecciones de las experiencias triunfantes o fracasadas de los movimientos sociales del Siglo XIX*”.

⁴ . MARX, (Carlos), “El Capital”, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1959, postfacio de la segunda edición, p XXII.

Bajo estas condiciones de desigualdad, el hombre buscó el remedio de la asociación en lo profesional, creando unas agrupaciones que comenzaron a denominarse sindicatos. Estas agrupaciones, nacen de una forma espontánea, intuitiva, sin calificativo, color ni fijación política determinada y guiadas solamente por el propósito de resolver una serie de cuestiones sociales. Es precisamente en este marco, que vemos la iniciativa a investigar con mucha esperanza, debido a que se constituye en una posibilidad de defensa para el ejercicio de los derechos de los(as) trabajadores(as) en sentido amplio.

ii- Objetivos a Desarrollar en la Investigación Escogida

Para lograr la finalidad que conlleva este estudio, vamos a valernos del siguiente elenco de **objetivos generales** y **objetivos específicos** que seguidamente pasamos a detallar:

- **Objetivos Generales:**
 - a) Desarrollar un análisis dogmático penal en primera instancia y legal/laboral del apartado que se pretende introducir sobre *delitos contra los trabajadores* en el marco del proyecto de ley del expediente 11.871. Bajo este método de contrastación vamos a obtener las tendencias, contrastes y posibles reformas que habría que aplicar a la norma para cumplir el acometido de desplegar una mejor protección a los(as) trabajadores(as)
 - b) Establecer los alcances de las relaciones laborales en sentido amplio que se podrían gestar de cara al futuro con una iniciativa como la que nos ocupa, al introducir el componente penal en una serie de tipos delictivos que regulan asuntos netamente surgidos en una relación de naturaleza laboral.
 - c) Analizar las posibles contribuciones que puede brindar el derecho laboral al operador jurídico penal, cuando deba interpretar o precisar

los alcances del incumplimiento de la legislación laboral, para adecuar las conductas típicas en sede penal.

- **Objetivos Específicos:**
 - a) Analizar los principales rudimentos teóricos sobre los que descansan tanto la disciplina penal como la laboral, en aras de familiarizar a lo largo de la investigación los elementos aportativos que puedan confluir recíprocamente en los delitos que se proponen en la iniciativa de estudio.

iii- Marco Metodológico de la Investigación

Hemos estructurado esta tesis final en dos partes, las que a su vez se desglosan en dos capítulos con sus respectivas secciones. Sobre la metodología investigativa que vamos a implementar, es importante destacar, que los presupuestos básicos del Método Científico/Investigativo, vamos a observarlos a lo largo de este trabajo de investigación. Una de las características del método científico sería la de la universalidad y en ese sentido BUNGE nos dice que “El método científico se aplica no sólo en sociología, politología, psicología social, economía, antropología y geografía humana, sino también en historia, particularmente en historia social y económica” (1973: pág. 42).

Básicamente, vamos a ir abordando las siguientes fases del método científico a lo largo de esta investigación asignada:

(1) Descubrimiento del problema o laguna en su conjunto de conocimientos

Los cambios que se pretenden introducir al Código Penal con la introducción del capítulo de “Delitos contra los trabajadores”.

(2) Planteo preciso del problema en lo posible o en términos temáticos

¿Qué cambios se introducen con la nueva propuesta y su incidencia de cara al futuro en las relaciones laborales en Costa Rica?

¿Qué garantías tienen los tipos penales propuestos para desarrollar y salvaguardar los derechos de los trabajadores?

(3) Búsqueda de conocimientos o instrumentos relacionados al problema (datos empíricos, medición, técnicas etc.)

Por realizar en el marco de la investigación abordada.

(4) Obtención de una Solución/Explicación del problema con ayuda del instrumental conceptual o empírico disponible

Por realizar en el marco de la investigación abordada.

(5) Investigación de las consecuencias de la solución obtenida

Por realizar en el marco de la investigación abordada.

Primordialmente para cumplir estas fases llevaremos a cabo las siguientes actividades científicas, que hemos desglosado en *observación* y en *técnicas investigativas*. Entonces diremos inicialmente que el desenlace de este trabajo, vamos a utilizar las siguientes herramientas de observación:

- a) **Observación Heurística:** Es el primer momento de la investigación y consiste en mirar detenidamente los fenómenos o datos que analizamos, examinando críticamente con una serie de preguntas que nos planteamos.
- b) **Observación para Comprobación o Desaprobación de Hipótesis:** Significa que el trabajo científico nos pide que verifiquemos la comprobación o no, de alguna de las hipótesis propuestas, o lo que es lo mismo que descubramos o encontremos si los datos, los fenómenos, los hechos observados, las observaciones, están de acuerdo, confirman, rechazan o desaprueban algunas o todas de las hipótesis propuestas.
- c) **Tipos de Observación:** Para lograr a cabo el acometido propuesto, vamos a permitirnos realizar las siguientes modalidades investigativas:

- **Observación documental:** Este tipo de observación se desprende del contenido de lo escrito en determinados documentos: la escritura; la imprenta; los medios de comunicación escrita (libros, revistas, investigaciones etc.)
- **Lectura activa de documentos académicos / especializados:** Comprende la consulta de textos muy especializados y atinentes a la materia en estudio, debido a su especificidad.

Con respecto a las Técnicas Investigativas a desplegar en este tema asignado en aras de ponderar de la mejor manera el fenómeno en estudio, vamos a valernos de las siguientes técnicas investigativas:

a) Métodos cualitativos: Estos métodos son esencialmente, la “semántica cuantitativa” y el “análisis de contenido”. Tienen como finalidad en el primer caso, estructurar los contenidos y el orden de la investigación, en una forma coherente y lógica con el objetivo escogido. Mientras en el segundo tópico, el análisis de contenido implica que se clasifique las fuentes escritas consultadas, para extraer de ellas la información predominante o las tendencias manifestadas en esos documentos.

b) Métodos comparativos: Para obtener tendencias razonables de los fenómenos a indagar, vamos a valernos de la comparación de los distintos tipos penales, con la realidad de los hechos laborales, atendiendo al énfasis laboralista escogido para dilucidar las problemáticas planteadas.

Por último, deseo hacer extensivo mi precedero agradecimiento al Dr. Carlos Chinchilla Sandí, por su entusiasmo y honor de permitirme ser mi tutor en este trabajo. Al Dr. Alexander Godínez Vargas, por sus siempre inconmensurables muestras de apoyo y entusiasmo. A mis amigos y amigas de la Maestría, por haberme permitido compartir un espacio de aprendizaje increíble.

PRIMERA PARTE:

***RESEÑA DE LOS PERFILES BÁSICOS DEL
DERECHO LABORAL Y DERECHO PENAL***

CAPÍTULO PRIMERO:

NATURALEZA Y FUNDAMENTOS BÁSICOS DEL DERECHO LABORAL

Sección I: Aproximación Conceptual al Derecho Laboral

Ahora bien, empezaremos delineando el *derecho laboral*, bajo las siguientes perspectivas. En primer lugar, desde un *punto de vista jurídico objetivo*, este derecho es el conjunto de normas que regulan la situación jurídica de las personas directamente interesadas en la relación de trabajo dependiente; o sea, el conjunto de derechos y obligaciones del patrono y del trabajador, que surgen a consecuencia de la relación laboral¹. Desde el *punto de vista de su función*, cabe señalársele como nota característica inseparable, el carácter de “derecho protector” del empleado, sin que ello signifique, que se abstenga de regular las obligaciones del trabajador².

En todo caso, la denominación de *Derecho del Trabajo o Derecho de Trabajo* es la que cuenta con mayor número de partidarios en la doctrina³, y sobre ella pasamos a referirnos a continuación.

¹ . VALVERDE KOPER, (Mercedes), “Legislación Laboral”, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, primera edición 1983, pág 14.

². Ibíd, pág 14. Para ALONSO GARCIA, “en sentido amplio (*latu sensu*), el Derecho Laboral es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones nacidas de la prestación libre y por cuenta ajena de un trabajo remunerado que se realiza personalmente...”, en sentido restringido (*strictu sensu*) es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones nacidas de la prestación de servicios, personal, libre, por cuenta ajena, remunerado, y en situación de subordinación o dependencia”, ALONSO GARCIA, (Manuel), “Curso de Derecho del Trabajo”, Barcelona, Edit. Ariel, sexta edición, 1985, pág 123. Desde la perspectiva de CALDERA; “Sus normas se aplican al hecho social trabajo, tanto por lo que toca a las relaciones entre quienes intervienen en él y con la colectividad en general, como el mejoramiento de los trabajadores en condición de tales” pág 77; Para RODRIGUEZ MANCINI, “El derecho del trabajo no es, entonces, un derecho de los trabajadores solamente (aunque tienda a su protección), sino que también lo es de los empleadores, en cuanto establece derecho y obligaciones para ambas partes y aspira a lograr un equilibrio entre esos dos sectores sociales, que permita la convivencia y aun el progreso social. Pero ese equilibrio (...) debe ser el equilibrio de la justicia”, RODRIGUEZ MANCINI, (Jorge), “Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993, pág 36.

³. CABANELLAS DE TORRES, (Guillermo), “Tratado de Derecho Laboral”, Tomo I, Vol I, Parte General, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1987, pág 414.

A) Derecho del Trabajo.

El derecho al trabajo ha sido una constante en la historia de la humanidad, sustentado en la división material laboral, en donde unos aportan su mano de obra como valor de intercambio por un salario ; y otros son los que para obtener éste beneficio, pagan la labor proporcionada. Se ha dicho entonces, que este tipo de derecho, *“Tiene por objeto una regulación jurídica del intercambio de trabajo asalariado por salario”*¹.

Tenemos entonces que el derecho del trabajo, se refiere a un sentido económico de la prestación en el servicio, teniendo que añadirle además, los conceptos de profesionalidad y utilidad social al mismo². Ahora bien, este factor económico provoca que el Estado tenga participación activa en las relaciones de trabajo, a través de normas protectoras que incidan en las condiciones de vida y trabajo de la población trabajadora, debido a *“...la necesidad social de canalizar el conflicto político surgido entre los antagonistas colectivos del sistema económico capitalista”*³. En razón de esta consideración, el derecho del trabajo ha convivido siempre con los requerimientos de la economía, al amparo de cuya disciplina los procesos laborales han tenido y tienen diferentes mutaciones debido a aspectos tales como crisis económicas, inflación, adaptación y flexibilización del sistema normativo laboral a la realidad económica cambiante⁴.

Asimismo, el papel de la autonomía privada o **contractualismo civil**, en el derecho del trabajo se encuentra sumamente limitado. Al respecto un autor como DESDENTADO BONETE, Magistrado del Tribunal Supremo Español ha dicho que *“La reducción del papel de la autonomía privada en el contrato de trabajo se debe a la facultad dentro del Derecho Laboral, de negar al contrato de trabajo el predominio de la autonomía de la voluntad y restringir así, la aplicación del “dogma” civil de la autonomía de la voluntad”*⁵. Prosigue el mismo ponente aduciéndonos entonces, que *“la función esencial del Derecho del Trabajo sería así corregir la debilidad contractual*

¹ . PALOMEQUE LÓPEZ, (Manuel Carlos) *“Derecho del Trabajo e Ideología”*, Editorial Tecnos, Madrid, quinta edición revisada, 1995, pág 2.

² . BORRAJO DA CRUZ, (Efrén) *“Introducción al Derecho del Trabajo”*, Tecnos, Madrid, duodécima edición, 2002, pág 35.

³ . DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y LÓPEZ CUMBRE, (Lourdes) *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999, pág 20.

⁴ . *Ibíd.*, pág 21.

⁵ . *Ibíd.*, pág 107.

del trabajador y restablecer en el plano formal una paridad entre los contratantes que no existe en los hechos”¹.

La ubicación del derecho del trabajo en la historia, es descrita por PALOMEQUE LÓPEZ, de la siguiente manera:

“La sustitución de las relaciones feudales de producción (trabajo en régimen de servidumbre) por el sistema económico capitalista nos sitúa precisamente en el teatro de operaciones en que habrá de generalizarse un nuevo conflicto social, cuya interacción jurídica explicará históricamente la creación de una nueva estructura normativa canalizadora del nuevo conflicto básico, inservibles ya a tal fin los cuerpos normativos de la sociedad preindustrial, no otro que el ordenamiento jurídico-laboral”².

En conclusión tenemos entonces, que el derecho del trabajo responde a variables económicas que han ameritado la tutela e intervención de la legislación protectora concebida por el Estado. De otra forma sería difícil resguardar los intereses de los trabajadores en el tanto y cuanto se constituyen en la *parte más débil de la relación laboral*.

1. La Noción de Trabajo .

Se ha intentado definir al trabajo, incluso desde el génesis de la humanidad, como el fruto del pecado en los jardines del paraíso, cuando Adán obedeció a Eva y pecaron contra Dios. Lo cierto es que el trabajo "... como actividad desarrollada por el hombre al servicio y bajo la dependencia de otro, no aparece en la historia de la humanidad sino en un estadio avanzado de su organización social, cuando su impulso de sociabilidad trasciende

¹ . DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y otra, Op Cit, pág 110.

² . PALOMEQUE LÓPEZ, (Manuel Carlos), Op Cit, pág 5. Sobre el nacimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo, véase a RAMÍREZ MARTÍNEZ, (Juan Manuel) “Curso de Derecho del Trabajo”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, págs 23-30.

el ámbito familiar, el del clan y el de la gens, y cuando circunstancias de fuerza o de conveniencia lo conducen a colocarse a disposición de otro”¹.

La palabra “trabajo” se utiliza con distintos sentidos tanto en el lenguaje ordinario como en el científico y en ese sentido se pueden acoger acepciones como las siguientes: trabajo como “obra o producto” que se refiere a la “cosa elaborada”; trabajo como “actividad” con lo que se refiere a la simple “prestación de servicios”; trabajo como “empleo” con lo que se hace mención a la colocación del trabajador y el empresario que contrata los servicios del personal se le llama “dador de trabajo”; o trabajo como factor de producción, en una visión global y abstracta, lo que permite hablar de la mano de obra².

Valiéndonos desde una postura marxista para explicar el trabajo, tenemos que intervienen diferentes elementos dentro del proceso de trabajo, y en estos momentos estimamos válido utilizar esta categoría de análisis con el objetivo de ahondar en el fenómeno en estudio. Estos elementos a su vez, son los siguientes: i-El objeto sobre el que se trabaja ; ii-Los medios con los que se trabaja, y iii- La actividad humana utilizada en el proceso.

(i) El Objeto sobre el que se Trabaja.

Dentro de este objeto, debemos distinguir dos tipos de materia ; *la materia bruta* y *la materia prima*. La primera es la sustancia que proviene directamente de la naturaleza, aquella que el trabajo no hace sino desprender de ella (Ej : los árboles que esperan ser cortados en los bosques ; el mineral que va a ser extraído de las minas), mientras que la segunda es la sustancia que ha sufrido una modificación cualquiera efectuada por el trabajo (Ej : la madera elaborada ; el mineral purificado)³.

¹ . VALVERDE KOPPER, (Mercedes), Op Cit, p 13.

² . BORRAJO DA CRUZ, (Efrén), Op Cit, pág 29.

³ . HARNECKER, (Marta), “Los Conceptos Elementales del Materialismo Histórico”, Editorial Siglo veintiuno, México-Barcelona-Buenos Aires, décimo tercera edición, 1985, pág 21

(ii) Los Medios con los que se Trabaja.

MARX llamó a éstos *medios de trabajo*. Distingue un sentido estricto y un sentido amplio. Los medios de trabajo en sentido estricto son las cosas o conjunto de cosas que el trabajador interpone directamente entre él y el objeto sobre el cual trabaja (materia bruta o prima). Sirven de intermediarios entre el trabajador y el objeto sobre el cual trabaja. Ej: la sierra y el martillo en una pequeña industria de muebles; la máquina de coser en una industria de confección etc.

Los medios de trabajo en sentido amplio comprenden, además de los medios ya señalados, todas las condiciones materiales que, sin intervenir directamente en el proceso de transformación, son indispensables para la realización de éste. Ej: el terreno, los talleres, las rutas, las obras de regadío etc.¹

(iii) Actividad Humana Realizada en el proceso de Producción.

La actividad humana desarrollada en el proceso de producción de bienes materiales es llamada, corrientemente, *trabajo*. Este trabajo, que se expresa en una cierta cantidad de productos, implica el empleo de una cierta cantidad de energía humana. MARX llama *fuerza de trabajo* a la energía humana empleada en el proceso de trabajo, y no se puede confundir al trabajo con este término. Cada uno de ellos se refiere a realidades absolutamente diferentes; pues la energía humana o fuerza de trabajo se diferencia radicalmente del trabajo realizado, siendo este último el rendimiento de esa fuerza de trabajo. Ejemplo de lo anterior sería que una obrera en una fábrica de tallarines, en sus ocho horas de trabajo diario, logra empaquetar una determinada cantidad de kilos de tallarines y, para realizar este trabajo, gasta una cierta cantidad de energía humana².

¹. HANNECKER, (Marta), Op Cit, pág 22. Cfr: Para PALOMEQUE LÓPEZ existe un *conflicto social de carácter estructural* (contraposición de intereses entre quienes dominan los medios de producción y quienes aportan exclusivamente trabajo dependiente), Op Cit, pág 4.

². *Ibíd.*, pág 23.

2. *La Noción de Empleo.*

Se ha dicho por parte de un ponente, que el empleo “*será la capacidad individual de una persona para adaptarse a un trabajo por ocupar, gracias a su formación o a su experiencia, dentro de los empleos disponibles*”¹.

El nivel de empleo y las tasas de desocupación, es un factor a considerar, y no ha escapado incluso a los países de nuestro hemisferio. En la mayoría de las naciones del Hemisferio Occidental, las tasas de desempleo y sub-empleo son elevadas. En conjunto, estos dos problemas sugieren niveles de sub-utilización de los recursos humanos que exceden el 40 al 50% en varios países. La creación de nuevo empleo productivo es un imperativo para todas las naciones del Hemisferio. Todas las personas que tienen la edad legal deberían tener la oportunidad de tener un empleo retribuido². Tomando en cuenta esta realidad, los Ministros de Trabajo de América Latina se comprometen a tomar una serie de medidas :

“Nuestros Ministerios de Trabajo están comprometidos en el fomento del crecimiento económico y la creación de empleo en las Américas. Es decir con el crecimiento de la productividad, la reducción de la conflictividad a través de relaciones laborales cooperativas, el incremento en la calidad de la producción, en el continuo entrenamiento de la fuerza de trabajo, en las condiciones de trabajo y en el reparto equitativo de las ganancias por productividad.

Nuestros Ministerios de Trabajo juegan también un rol constructivo promoviendo la creación y uso de mecanismos a través de los cuales los actores sociales puedan, regularmente, aportar sus puntos de vista, preocupaciones y consejos sobre integración económica y libre comercio. Es saludable para los representantes del trabajo y la empresa, y en general para el público, en cada país, el intercambio regular de ideas con representantes del Gobierno, de manera que las políticas adoptadas representen un consenso nacional.

¹. “*Autre version, l ’employabilité serait l ’aptitude d ’un salarié á trouver un emploi, qui depend de son niveau de formation et des compétences complémentaires acquises dans l ’exercice de sa vie professionnelle*”, PICARD, en “26 th Study Session International Institute Human Rights”, Strasbourg-France, July 1996, pág 3.

². **Declaración de la Décima Conferencia Interamericana de Ministros de trabajo presentado en la reunión de ministros de comercio Belo Horizonte (Brasil) Mayo 1997** Décima Reunión del Comité Técnico Permanente para Asuntos Laborales (COTPAL. Diciembre 9-11 1996, Washington D.C., pág 4.

Dentro de tales lineamientos, estamos comprometidos a trabajar enérgicamente desarrollando políticas de empleo nacionales, que consideren los siguientes criterios:

- 1- Medidas activas para fomentar el empleo productivo, especialmente el entrenamiento y la inversión en recursos humanos;
- 2- Ayuda al desempleado;
- 3- Modernización del sistema de relaciones laborales a fin de hacerlo compatible con las nuevas realidades. La autonomía de los actores sociales y la negociación colectiva deberán jugar un mayor rol en tal modernización;
- 4- La salud y seguridad de los trabajadores deberán ser objetivos de las políticas laborales del Estado y la negociación colectiva;
- 5- La información relativa a demanda y ofertas de trabajo, así como el entrenamiento vocacional y los servicios de colocación;
- 6- La coordinación de actividades relativas a corrientes migratorias, por medio del diálogo entre países productores de migraciones y países receptores de inmigraciones”¹.

3. Partes en la Relación Laboral

Tenemos que decir sobre este aspecto que la relación laboral, es producto de un acuerdo intrapartes, que se rige bajo el marco de una legislación, la cual fija las condiciones necesarias para su vigencia. Conviene entonces preguntarse seguidamente a que nos referimos por “acuerdo intra partes”, y cuales son sus características básicas. Al respecto, se ha dicho que *“Todo contrato implica una relación jurídica, entre, al menos, dos personas, y en el contrato de trabajo, como contrato bilateral, la relación obligacional se establece entre dos personas o partes que son el trabajador y el*

¹ . Aclaración de la Décima Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo, Op Cit, pág 5.

empresario, que se convierten así en sujetos del contrato de trabajo (...) trabajador y empresario, son, pues, los elementos subjetivos del contrato de trabajo, que junto al objeto y la causa del mismo integran la noción esencial del contrato”¹.

Haciendo un repaso a la legislación patria, tenemos que el Código de Trabajo de Costa Rica, especifica en su artículo segundo que “Patrono es toda persona física o jurídica, particular o del Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo”. Por su parte, el artículo cuarto del mismo cuerpo legal, es claro en indicar que el trabajador “...es toda persona física que presta servicios materiales, intelectuales o ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo”.

En el marco de la legislación comparada nos encontramos con que el artículo 1, párrafo primero del Estatuto de los Trabajadores de España, precisa que “La presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

Desglosando un poco más lo antes dicho, tenemos dos problemas básicos. El primero obedece al trabajador como **categoría subjetiva**, que en la actualidad tanto por los textos como por la doctrina, se usa este término en contraposición al de “operario” u “obrero”, si estamos hablando de esta parte de la relación laboral. Así que esta condición de parte, solo la puede ostentar la persona física, natural o individual, la cual se arrogaría esta calidad².

¹ . FERNÁNDEZ MARCOS, (Leodegario) “Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, Universidad Estatal a Distancia, Madrid, 1999, pág 191. Es oportuno, antes de hablar sobre el contrato de trabajo, hacer una breve enunciación de cómo se ha definido éste en la doctrina. Así tenemos que para MONTOYA MELGAR, el contrato de trabajo posee una doble dimensión: una prestación laboral y una prestación salarial, de parte del trabajador y el empresario (MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Derecho del Trabajo”, Madrid, Editorial Tecnos S.A., quinceava edición, 1994, pág. 301). Continúa diciéndonos el autor que por contrato de trabajo, “*ha de entenderse la voluntad de cambio entre trabajo y salario, ordenada a la producción de bienes y servicios. El derecho, en efecto, no se limita a exigir como elemento causal del contrato de trabajo el puro esquema de cambio trabajo-salario, sino que pide además que ese cambio sirva a una función social*”. *Ibíd*, pág 303. Para MOLERO MANGLANO, contrato de trabajo “*es aquel que tiene por objeto la libre prestación de servicios personales en régimen de ajeneidad y dependencia, y que son retribuidos por ello bajo el sistema salarial*” en MOLERO MANGLANO, Carlos, “Estructura del Contrato de Trabajo (Un Estudio sobre su Configuración, elementos, contenido y extinción)”, Madrid, Dykinson, 1997, pág. 3.

² . FERNÁNDEZ MARCOS, *Op Cit* pág 192.

El otro problema tiene que ver sobre la determinación del empresario; puesto que en la práctica determinarlo puede resultar sumamente difícil, básicamente por las siguientes razones: a) porque esta titularidad sobre la empresa puede asentarse sobre muy diversas bases –titular, arrendante etc.- y b) porque una empresa puede tener varios titulares¹.

El poder de dirección es la facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo; el poder de dirección es un poder de ordenación de las prestaciones laborales (ALONSO OLEA)². La organización dentro de la empresa, es una potestad que ostenta el patrono, dentro del marco de una relación laboral definida, por lo que tenemos entonces que el fundamento del poder de dirección radica en la facultad empresarial, producto del trabajo convenido y en la doctrina incluso comparada si algo ha privado, es la no discusión sobre la legitimidad del empresario para ejercer el poder de dirección. Con diferentes variantes se intenta fundamentar este atributo, pero jamás se cuestiona su titularidad³.

Sin embargo, los cambios en la organización de las empresas han provocado que se tenga que precisar al titular del poder directivo, en razón de los profundos cambios habidos en la estructura y en la organización de las empresas⁴. Nos encontramos con una amplia gama de empresas, que van desde instancias muy complejas en donde se hace más difícil precisar de donde viene el único poder de dirección. En la legislación

¹ . RAMÍREZ MARTÍNEZ, (Juan M.) Op Cit, pág 260. Cfr: “*En el campo laboral, el concepto de empresario no es más que la contraparte de un contrato de trabajo. Si una persona presta a otra sus servicios de forma voluntaria, a cambio de una remuneración y es régimen de dependencia, es un trabajador y su contraparte será necesariamente un empresario*”, SAGARDOY BENGOCHEA, (Juan Antonio), DEL VALLE VILLAR, (José Manuel) y GIL Y GIL, (José Luis) “Prontuario de Derecho del Trabajo”, Editorial Civitas, Madrid, cuarta edición, 1998, pág 180.

² . ALONSO OLEA, (Manuel) y CASAS BAARONDE, (María Emilia) “Derecho al Trabajo”, trigésimo primera edición, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág 382. Sobre las limitaciones al poder de dirección ver en la misma obra págs 384-390.

³ . ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, “El Poder de Dirección y Contratos de Trabajo”, Valladolid, Ediciones Graphens, primera edición, 1992, págs 71-72. Para LUJAN ALCARAZ, el poder de dirección supone encontrar en el marco de una relación laboral, cuando debe tenerse como constituido. Al respecto manifiesta que “*Esto es, hay sujeción a la organización cuando está probada la obligación de cumplir las órdenes del empresario, se actúa bajo su control y `poder de disciplina, se es ajeno al riesgo y se disfruta de un salario garantizado*”, en LUJÁN ALCARAZ, (José), “La Contratación Privada de Servicios y el Contrato de Trabajo: Contribución al Estudio del Ámbito de Aplicación Subjetiva del Derecho del Trabajo”, Madrid, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales No 7, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, págs 517-518.

⁴ . *Ibíd.*, pág. 121.

costarricense se distingue el concepto de patrono, el cual emplea los servicios de otra(a) u otros(as), en virtud de un contrato de trabajo según sus distintas modalidades, según reza el artículo 2 del Código de Trabajo vigente. Asimismo, se distingue esta figura del propio intermediario, el cual contrata la mano de obra para que sirvan a un determinado patrono (art. 3 C.T.)

Siguiendo con el tema de la organización de empresa, tenemos que un autor como VALDÉS DEL-RÉ ha dicho que *“En cuanto organización económica y grupo social, la empresa, erigida en soporte ideológico y en sostén material tanto del sistema económico fundado en la propiedad privada de los medios de producción cuanto de la estructura social a él asociada, genera una situación de poder, entendiendo por tal, en el sentido más primario y naturalista, una fuerza que actúa en modo causal, que expresa el sometimiento real de unos hombres sobre otros, obligados a realizar una determinada conducta”*¹.

Por último, diremos que en otros países como en España, se ha cuestionado el hecho de introducir disposiciones que afecten la libertad de contratación empresarial y por ende, el poder de organización empresarial. En el anterior régimen político, existían numerosas normas que intervenían directamente en la fijación de plantillas, tales como la O.M. del 23 de septiembre de 1939 (B.O.E del 3 de octubre), que establecía la obligación de toda empresa de ocupar, en concepto de aprendices a un número de trabajadores equivalentes al 5% de su planilla². Todas estas realidades, han inspirado a que la doctrina y las legislaciones nacionales, contemplen dentro de sus ordenamientos jurídicos, una amalgama de garantías que deben ser observadas en las diferentes funciones llevadas en una relación laboral, las cuales vamos a detallar seguidamente.

¹. VALDES DEL- RÉ, Fernando, **“Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador”** pág. 27 en APARICIO, (Joaquín) y BAYLOS, (Antonio) **“Autoridad y Democracia en la Empresa”**, Madrid, Editorial Trotta-Fundación primero de mayo, 1992.

². FITA ORTEGA, (Fernando), **“La Pequeña y Mediana Empresa en el Ordenamiento Jurídico-Laboral”**, CES, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 142.

B) Principales Garantías Laborales de los Trabajadores

Sin ánimo de ser exhaustivos ni mucho menos, vamos a enumerar las principales garantías laborales que en el ámbito laboral, tienen derecho los(as) trabajadores(as) actualmente, en la mayoría de legislaciones comparadas.

1. Condiciones de Trabajo Equitativas y Satisfactorias.

El artículo séptimo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aprobado en el año de 1966 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, dispone todo lo relativo a lo que se ha denominado como “*Condiciones de Trabajo Equitativas y Satisfactorias*”. Al respecto, el artículo en mención enuncia literalmente lo siguiente :

“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial :

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores ;
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie, en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual ;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias conforme disposiciones del presente Pacto ;
- b) La Seguridad y la higiene en el trabajo ;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.
- d) El descanso, del disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”

Este artículo es una clara muestra de los deberes que tiene el empleador, en el marco de una relación contractual, para salvaguardar ciertas garantías irrenunciables para los trabajadores. Empezaremos analizando la anterior norma, trayendo a colación lo que implica la aspiración de “*Mejoramiento de las Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo*”. Al respecto, debemos decir que tal preocupación se externa en la Conferencia Internacional de Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, del 25 de junio de 1974, cuando se establece que :

“La mejora del medio ambiente de trabajo debería entenderse como un problema global cuyos diferentes factores, además de influir sobre el bienestar físico y mental del trabajador, están interrelacionados “¹

Es oportuno destacar que las condiciones de trabajo no están constituidas por fenómenos aislados, desconectados entre sí y sin relación con el resto de la vida del trabajador, razón por la cual se requiere un enfoque global². Sobre las condiciones de trabajo como un todo, hay que tener en cuenta que “Cada esfera está relacionada con las demás de múltiples formas. Si se toma, por ejemplo, el caso de la seguridad e higiene de trabajo, se comprueba que, junto a los peligros constituidos por instalaciones en mal estado o por el medio ambiente físico, las malas condiciones de trabajo, los horarios demasiado largos o mal concebidos, los ritmos de trabajo excesivos y la remuneración por rendimiento de otras tantas causas de accidentes, enfermedades o fatiga. A su vez, el tiempo de trabajo y su ordenación inciden de múltiples maneras no sólo en el tiempo libre que resta y en la calidad de vida en general, sino también en la remuneración, la salud y la seguridad del trabajador.”³

¹ . Organización Internacional del Trabajo (OIT), **Resolución sobre el Medio Ambiente de Trabajo**, citado por FARRIER BRAIS, (Pedro), LOBO QUIRÓS, (Víctor Manuel) y PEÑARANDA SEGREDA, (Guido Arturo), “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)”, San José, Seminario de Graduación para optar al título de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988, Tomo II, pág 490.

² . *Ibíd.*, Tomo II, pág 491.

³ . OIT, Organización Internacional del Trabajo, “Programa Internacional para Mejorar las Condiciones de Trabajo y del Medio Ambiente de Trabajo”, Ginebra-OIT, pág 17.

La Organización Internacional del Trabajo, preocupada por el diseño e implementación de directrices en ese sentido, establece el “Programa Internacional para el Mejoramiento de las Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo” (PIACT)¹.

Incluso, siguiendo con este organismo especializado, tenemos que se introdujo la noción de trabajo decente, la cual fue planteada por el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) en la memoria de la 87va reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra 1999.

El trabajo decente es el “*trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con una adecuada protección social*”². Es decir, el trabajo decente se caracteriza por los siguientes componentes: a) trabajo productivo; b) con protección de derechos; c) con ingresos adecuados; y d) con protección social. De conformidad con lo expuesto luego en el mismo documento habría que agregar el e) tripartismo y diálogo social³.

En palabras del Director General de la OIT, este concepto contribuye al cumplimiento de los objetivos de esta entidad, de cuatro maneras diferentes: “*En primer lugar, es una meta que refleja en un lenguaje claro una aspiración universal de la gente en todo el mundo y establece un vínculo en sus expectativas de conseguir un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana (...)*

En segundo lugar, proporciona un marco de políticas (...) Este enfoque permite también la base para un compromiso a más largo plazo de los mandantes tripartitos de la OIT, al permitirles ponerse de acuerdo sobre cuestiones inmediatas que, de ser consideradas aisladamente, podrán dividirlos. *En tercer lugar, constituye un método para organizar los programas y actividades (...)* En cuarto lugar es una plataforma para el diálogo y la asociación con otras entidades”⁴

¹. Sobre la constitución, objetivos y lineamientos de este programa, ver pp 714-775 del Tomo II, del trabajo de investigación de FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit.

². CINTERFOR (Oficina Internacional del Trabajo), “**Formación para el Trabajo Decente**”, Ginebra, 2001, pág. 15.

³. *Ibíd*, pág. 15-16.

⁴. OIT, Memoria del Director General, “**Reducir el Déficit de Trabajo Decente: Un Desafío Global**”, Conferencia Internacional del Trabajo 89ª reunión 2001, Ginebra, primera edición 2001, pág. 3.

Este concepto tiene mutaciones, tales como que se define como un empleo de calidad que respeta los derechos de los trabajadores y a cuyo respeto se desarrollan formas de protección social. Se sustituye la idea de trabajo productivo por la de empleo de calidad; no aparece además la referencia a los ingresos adecuados, que pueda considerarse subsumida en la de calidad de empleo y tampoco figura la referencia al tripartismo y el diálogo social¹.

Incluso encontramos que en la “Declaración de la OIT de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)”, cuando se refiere a la libertad sindical y a la negociación colectiva, se relaciona íntimamente a la referida libertad sindical con el trabajo decente, cuando el documento dice que *“el cometido crucial de la libertad sindical y de la negociación colectiva para alcanzar el objetivo de un trabajo decente”*.

En criterio de AMARTYA SEN, la postulación del trabajo decente viene a resaltar el propósito de *“que las soluciones para atajar el desempleo no sean aducidas para privar de sus condiciones de trabajo razonables a las personas ocupadas”*². Aunado a lo anteriormente expuesto, cada sociedad tiene el reto de definir precisamente que se entiende por este tipo de trabajo, tomando en cuenta las condiciones prevalecientes dentro de su entorno y tomando ejemplos de otros países, así como las normas acordadas internacionalmente³.

2. El Salario Justo

La fijación de los salarios es un procedimiento con arreglo al cual el Estado interviene directamente en la esfera de las remuneraciones a fin de reducir, cuando no eliminar, la pobreza y la injusticia social. En su origen, los salarios mínimos estaban

¹ . OIT, Organización Internacional del Trabajo, **“Trabajo Decente y Protección para todos. Prioridad de las Américas”**, Memoria del Director Regional a la 14va Reunión Regional de los Estados Miembros de la OIT en las Américas, Lima, 1999, pág. 11.

² . AMARTYA, Sen **“Trabajo y Derechos”** en Revista Internacional del Trabajo, Ginebra 2000, Vol. 119 No 2 pág. 131.

³ . EIGER, Phillippe y SENGEBERGER, Werner **“Problemas y Políticas del Trabajo Decente”** en OIT Cinterfor “Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional”, Número 151, 2001, pág. 28. Estos autores vislumbran un enfoque tridimensional: 1) El trabajo decente como anhelo de la gente; 2) El concepto de trabajo decente como conjunto de objetivos definidos internacionalmente y 3) los dividendos sociales y económicos del trabajo decente.

destinados a los trabajadores no amparados por convenios colectivos y cuya remuneración era excesivamente baja¹.

Dentro del seno de la OIT, existe un convenio de los más longevos dentro del historial de la organización, que pretende regular esta materia y que se denomina “Convenio sobre la Fijación de Salarios Mínimos”, (No 131, 1970)². Al respecto, este convenio dispone en su artículo primero que “1. Todo Estado miembro de la Organización del Trabajo que ratifique este Convenio se obliga a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema”.

El Convenio trata de asegurar su coercibilidad, al disponer que los “salarios mínimos tendrán fuerza de ley”, y que su incumplimiento puede acarrear sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza³. A su vez dispone una serie de elementos que deben tomarse en cuenta, para determinar el nivel de los salarios mínimos, tales como :

“a- Las necesidades de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de la vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel relativo de otros grupos sociales.

b- Los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo”⁴.

¹ . FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo II, pág 639.

² . Lastimosamente, en este pasaje y en otras referencias sobre las garantías laborales que haremos en esta sección, tenemos que adelantarnos a hablar de una serie de convenios internacionales de trabajo de la OIT, sin previamente haberlos caracterizado. Sobre este organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas y sus principales características, hablaremos en *Infra* Sección III de este capítulo (denominada “El Derecho del Trabajo y la Organización Internacional del Trabajo OIT”).

³ . OIT, Convenio No 131, 1970, art. 2.

⁴ . OIT, Convenio No 131, 1970, art.3. Se puede aportar a manera de ilustración, las diferentes normativas que tutelan esta garantía laboral, en diferentes países latinoamericanos. Así tenemos que en **Argentina**, la Ley No 20162 fija el salario vital mínimo para el trabajador cubierto por convenciones colectivas de trabajo de estatutos especiales ; en **Bolivia**, el *Decreto Supremo Número 23410*, fija el monto del salario mínimo nacional y regula los incrementos del sector público ; en **Chile**, la Ley No 19564 reajusta el ingreso mínimo mensual, (*Diario Oficial 1998-05-30, Núm 360077*); en **Costa Rica**, el *Decreto · 25619-MTSS* dicta el “Reglamento del Consejo Nacional de Salarios”, en (*La Gaceta del 28 de noviembre de 1996, Número 229*), y Ley No 7510 de reforma a los artículos 2,3 y 4 de la Ley · 832 sobre el Consejo nacional de Salarios ; en **Guatemala** el acuerdo gubernativo No 33-85 introduce modificaciones al acuerdo gubernativo No 13 del 9 de abril de 1968, que regula esta materia.

Para propugnar una mayor “*equitatividad salarial*”, habría que remitirse al Convenio No 100 denominado “Convenio sobre Igualdad de Remuneración”, suscrito en 1951. Dicha equitatividad, tiene un asidero en cuestión de género pues “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo¹.

El límite a la discriminación femenina, parece tener un parámetro en razón de la “evaluación objetiva” de su trabajo :

“La diferencia entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajadores que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”²

3. Vacaciones Remuneradas Anuales

Sobre este derecho adquirido de los trabajadores se ha dicho lo siguiente por parte de la doctrina; para CALDERA, la vacación es un “*descanso legal obligatorio que se concede periódicamente a todos los trabajadores, cuyo servicio se haya*

¹ . OIT, “Convenio No 100, 1951, art 1. Ver en este sentido el artículo 11 de la “**Convención sobre La Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación contra La Mujer**” : “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular : (...)

b) *El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. (...)* d) *El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo.*(CURSIVAS NUESTRAS).

² . OIT, Convenio No 100, art. 3, párrafo tercero. Al respecto BARAJAS MONTES DE OCA, ha expuesto sobre la *remuneración*, que “Postulado universalmente aceptado ha sido el pago de igual salario por trabajo de igual valor. Contemplado en su dimensión socioeconómica el concepto de trabajo de igual valor se le define como la contribución del asalariado a la producción, la cual forma parte del valor del producto en el mercado según el grado de competitividad de la mano de obra. Cuatro elementos integran esta definición: 1) el valor del contenido de trabajo; 2) el valor del mercado; 3) la contribución del asalariado a la producción; y 4) la complejidad actual de los sistemas de remuneración”, en “**La OIT y los Derechos Humanos del Trabajador**” pág 419, en “Liber Amicorum: Estudios en Homenaje Héctor Fix-Zamudio”, Unión Europea-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, primera edición 1999, pág 419.

prolongado más allá de determinado ciclo de tiempo”¹. En CABANELLAS, “las vacaciones son un derecho que el trabajador va adquiriendo; cabe asimilarse en algo al salario ganado, del cual no puede ser privado el trabajador. Pero, realmente, las vacaciones no constituyen salario, pues no se estipula retribución, sino descanso, y la compensación no debe traducirse en dinero sino en reposo”².

Se ha señalado que el fundamento de las vacaciones obedece a criterios diversos, -según lo apunta CHAZAL PALOMO-: **a)** Es una especie de premio por el trabajo desarrollado, **b)** Es de carácter asistencial en sentido de protección de la salud, **c)** Es una necesidad social para resguardar la fuerza de trabajo, **d)** Es un imperativo para asegurar una continuidad de la capacidad de trabajo, en mejores condiciones³.

En el seno de la OIT, existe un Convenio que data del año 1936, el Número 52- en el que se establecieron las primeras normas al respecto, previendo vacaciones anuales pagadas de seis días laborales por lo menos, después de un año continuo. Posteriormente, la Recomendación No 98 de 1954, dispone las vacaciones mínimas de dos semanas laborales.

Para el año de 1970, se revisa el Convenio No 52, surgiendo un nuevo instrumento, (Convenio No 132 sobre vacaciones pagadas) que establece las vacaciones de por lo menos tres semanas laborales por cada año de servicio⁴. Si no se tiene el período de un año, el Convenio dispone que “...se tendrá derecho respecto de ese año de vacaciones pagadas proporcionales a la duración de sus servicios en dicho año”⁵. Durante el período en el que el trabajador, se encuentre de vacaciones, el Convenio estipula que de se debe dar su remuneración normal o media, calculada en la forma que determinen en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado⁶.

¹ . CALDERA, (Rafael), “Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Editorial Librería El Ateneo, Tomo I, sexta reimpression, 1974, pág 495.

² . CABANELLAS, DE TORRES, (Guillermo), “Tratado de Derecho Laboral”, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Heliasta, tercera edición, 1979, pág 325.

³ . CHAZAL PALOMO, (José Antonio), “Fundamentos de Derecho Laboral y Social”, Edición Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra-UPSA, primera edición 1995, p 143. Para ALONSO OLEA, “*Se entiende por vacación anual el disfrute de un período continuado de varios días de descanso al año*”, Op Cit, pág 302.

⁴ . OIT, Convenio No 132, art 3, párrafo tercero

⁵ . *Ibíd*, art 4, párrafo primero.

⁶ . *Ibíd*, art 7, párrafo primero.

4. Jornadas de Trabajo

Desde hace muchos años, la OIT ha definido la importancia que significa para la vida del trabajador y para el trabajo en sí, el número de horas dedicadas a las faenas laborales¹. Los lineamientos en torno a la duración normal del trabajo, los proporciona la Recomendación No 116 :

“A los efectos de la presente Recomendación, se entenderá por duración normal del trabajo, el número de horas fijado en cada país, por la legislación, por contrato colectivo, por laudo o en virtud de cualquiera de esos medios, o, cuando la duración semanal no esté así fijada, el número de horas en exceso del cual todo trabajo efectuado se remunera con acuerdo a la tasa de las horas extraordinarias o constituya una excepción a las reglas o usos admitidos en la Empresa o para los trabajos de que se trate”

Cabe destacar que la “lucha de las ocho horas” de trabajo, tuvo incluso sus propios *mártires*, cuando el 1 de mayo de 1886 en Chicago, se suscitan hechos violentos, para salvaguardar ese derecho de los trabajadores². El 20 de agosto de 1886,

¹. “El número de horas de trabajo y la forma en que se distribuyen, pueden afectar considerablemente no sólo la cantidad de la vida laboral, sino también la vida en general. Puede influir en la salud del trabajador, la seguridad del trabajo, el grado de tensión y fatiga, el nivel de ganancias, el tiempo libre disponible, la medida en que ese tiempo libre es utilizable para el esparcimiento, la familia y la vida social del trabajador, en resumen, en muchos de los elementos que determinan el bienestar del trabajador”, en OIT, “Horas de Trabajo”, Estudio de la legislación y práctica nacionales, informe 37a Reunión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 1957, párrafo 321.

². “El día primero de mayo es en la vida cotidiana del Movimiento Obrero, Sindical y Popular de todos los países del mundo una fecha que recoge, cada año, y revive, la gesta heroica de los llamados “Mártires de Chicago”.

Aquellos acontecimientos condujeron a la conquista de la jornada de trabajo de ocho horas. Fueron también, en cierto modo, el resultado de los cambios operados por la Revolución Industrial, desde fines del Siglo XVIII, que hizo posible la transformación de la manufactura en la producción de gran escala, el desarrollo de la industria textil, el empleo de maquinaria cada vez más compleja ; la aplicación de la energía de vapor, el surgimiento del ferrocarril y la modernización de la navegación. Pero sobre todo, cambiaron las funciones y las relaciones de los trabajadores, sus condiciones materiales de vida y su situación social haciendo surgir el obrero moderno, al proletariado, ausente él, como clase, de legislación protectora y de organización social que le defendiera frente a los abusos a que estaba siendo sometido, entre ellos jornadas de 12-14 y más horas de trabajo diario, durante 6 días a la semana, del cual no escapaban niños ni mujeres, en condiciones malsanas, pesadas y peligrosas.

Fueron los inmigrantes europeos, llegados a los Estados Unidos, en busca de nuevas y mejores esperanzas, quienes crearon las primeras organizaciones de resistencia y lucha de los trabajadores para mejorar su situación. Primero las constituyeron por nacionalidades, procurando el vínculo de “los que

un tribunal de Chicago, Estados Unidos, condena a muerte a siete activistas laborales de diferentes nacionalidades, -cinco alemanes, un inglés y un norteamericano-, a morir como consecuencia de sus luchas y exigencias.

La citada recomendación No 116, establece en ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, como los límites legales tradicionales, fijados al efecto. Veamos que ha establecido en torno a este asunto, el referido instrumento :

“Cada miembro debería formular y proseguir una política que permita promover, por métodos adecuados a las condiciones y costumbres nacionales, así como a las condiciones de cada industria, la adopción del principio de la reducción progresiva de la duración normal del trabajo (...)

Cuando la semana normal del trabajo exceda de cuarenta y ocho horas deberían adoptarse medidas inmediatas para reducirlas a ese nivel, sin disminución alguna del salario que los trabajadores estén percibiendo en el momento en que se reduzca la duración del trabajo.”

Sobre la jornada de trabajo y su limitación, SANTIAGO BARAJAS MONTES DE OCA ha dicho que *“Objetivo primordial de la OIT desde su fundación lo fue la limitación del tiempo de trabajo, por ello no es de extrañar que en la primera Reunión de la Conferencia, órgano supremo de la Organización conforme a su constitución orgánica, el tema número uno de la Orden del Día haya sido el destinado a la*

hablaban la misma lengua”, luego constituyeron organizaciones gremiales por oficios orientando su lucha por reducir su jornada y en los caminos del mutualismo.

Preocupaciones tempranas hubo por rebajar las jornadas de trabajo. De las primeras referencias se conoce que en 1791 los carpinteros de Filadelfia se declararon en huelga para exigir la jornada de 10 horas y pago adicional por trabajo extra y que, en 1803 en los Estados Unidos se realizaron varias huelgas que pedían reducción de la jornada de trabajo, entonces de 14 y 16 horas diarias, al mismo tiempo que penetraba el socialismo utópico al territorio estadounidense, impulsándose varias colonias comunitarias al estilo de lo que proponían Robert Owen, Charles Fourier y Etienne Cabet.

El desarrollo de la industria facilitó la concentración de trabajadores, en grandes cantidades y la agitación propagandística sobre sus condiciones de vida y de trabajo. Así conocemos la huelga nuevamente entre los carpinteros de Filadelfia en 1827, extendida a otros núcleos de trabajadores como obreros gráficos, vidrieros y albañiles, aglutinados bajo la consigna de la reducción de jornada. En 1830 la duración promedio de la jornada fue de 12 horas ½. En 1832, los obreros de los astilleros y carpinteros de Boston se lanzaron a una huelga, sin éxito, por la jornada de 10 horas, mientras en Nueva York y Filadelfia los obreros vencían al capital exitosamente. (...) El resultado de estas luchas hizo que el Gobierno Federal, presidido por Martín Van Buren, en 1840, decretara la jornada de 10 horas para los empleados federales o del Estado. También se reconoció la jornada de 10 horas para los obreros de los astilleros y arsenales”. Citado por DE LA CRUZ, (Vladimir), “Los Mártires de Chicago y el 1ero de Mayo de 1913”, San José, Editorial Costa Rica, primera edición, pp 15-16.

distribución de las horas de labor, como período máximo de duración de la jornada diaria el de ocho horas y el de cuarenta y ocho horas el de la semana, con un día completo de descanso por semana.

Diversos razonamientos influyeron en esta determinación. Uno, el hecho de que desde el inicio del siglo se hubiese impuesto la reducción de las penosas jornadas de hasta diez y doce horas por día en todos los países industrializados de Europa y Estados Unidos de América, no tanto por razones humanitarias sino por el escaso rendimiento del trabajador después del mencionado período laboral. Otro, racionalizar el tiempo de trabajo frente a los preparativos de la inminente primera guerra mundial, al obligarse a los trabajadores, hombres y mujeres, al desempeño de jornadas inhumanas, no tanto debido al aumento de la producción bélica cuanto proveerse de mano de obra suficiente ante las exigencias que demandó el conflicto. Una vez concluido éste la exigencia de los trabajadores de todo el mundo impuso un límite razonable al tiempo de trabajo”¹.

(i) Trabajo por Turnos

Al respecto, CLERC ha dicho que “El trabajo por turnos es un método de organización del tiempo de trabajo generalizado desde hace tiempo, y ejemplifica un dilema clásico: las ventajas económicas frente a las desventajas sociales. Como permite una mayor utilización de la capacidad productiva, puede reportar beneficios económicos evidentes a la empresa. En cambio, como trastorna la forma de vida normal, puede plantear problemas igualmente evidentes a los trabajadores. De que lado se debe inclinar el fiel de la balanza y de qué forma se deben aprovechar las posibilidades económicas reduciendo al mismo tiempo al máximo los efectos adversos para los trabajadores, son cuestiones difíciles para los gobiernos, los empleadores y los

¹ . BARAJAS MONTES DE OCA, (Santiago), Op Cit, pp 416-417. Para RAMÍREZ MARTÍNEZ, “En virtud del contrato de trabajo, el trabajador asume entre otros, la obligación de prestar su servicios bajo la dirección del empresario. Ahora bien, dado que el contrato de trabajo es de ejecución continuada, resulta preciso concretar los períodos de tiempo durante los cuales el trabajador debe satisfacer su prestación laboral. En este sentido, existe una línea de tendencia histórica a limitar esos períodos por la vía de establecer una duración máxima de la jornada laboral”, Op Cit, pág 363. ALONSO OLEA nos dice que por jornada de trabajo “se entiende el tiempo que cada día –pese a lo incorrecto de la expresión, cada semana o cada año-, ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo; el tiempo de trabajo diario, normal o anual” Op Cit, pág 281.

sindicatos (como medio e instrumento que tienen los trabajadores para presionar en busca de mejores condiciones de trabajo)”¹.

(ii) Horas Extraordinarias.

Siguiendo con la interesante sección de derecho laboral, descrita en FARRIER, LOBO y PEÑARANDA, los autores nos hablan sobre la naturaleza de este tipo de horas: *“Algunas horas extraordinarias son esenciales para dar a las empresas flexibilidad ante requerimientos inhabituales del trabajo, fluctuaciones de la demanda u otras circunstancias especiales. Sin embargo, haciendo efectuar frecuentemente muchas horas extraordinarias pueden virtualmente anularse las disposiciones legales o negociadas sobre las horas reales, excesivas y perjudiciales para la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores. (...) Algunas de las razones que justifican las excepciones son: la presión anormal de trabajo, la urgencia de preparar instalaciones, los accidentes y los casos de fuerza mayor”*. Terminan los autores, definiendo a las “horas extraordinarias” como *“aquellas horas por encima de las horas normales fijadas por la legislación, los convenios colectivos u otros métodos”².*

Sección II: Principios Laborales a favor de los Trabajadores

Un asunto a dilucidar de manera introductoria, sería si los principios de la disciplina laboral son diferentes a los principios generales del derecho. Al respecto el profesor TOMÁS SALA FRANCO, nos dice que su principal diferencia reside en su naturaleza jurídica, *“...entendida como alcance de su imperatividad, constituyendo ésta la principal peculiaridad del Derecho del Trabajo frente a otros sectores del*

¹ . CLERC, (J.M) citado por FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, _Op Cit, pág 608. Sobre este mismo tema, CUVILLIER ha dicho que *“El concepto de trabajo por turnos, bastante familiar, se puede definir de la siguiente manera: método de organización del trabajo con arreglo al cual grupos o equipos de trabajadores se suceden en los mismos lugares de trabajo para realizar las mismas tareas, trabajando cada equipo cierto tiempo o turno, con el fin de que la empresa pueda funcionar mas tiempo que el de la duración de trabajo semanal fijada para cada trabajador”*. CUVILLIER, (Rolando), *“Hacia la Reducción de la Duración del Trabajo”*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1982, pág 486.

² . FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Tomo II, Op Cit, pp 596-597.

ordenamiento jurídico”¹. Procedamos a continuación a detallar los que estimamos como más importantes para nuestros efectos.

A) Detalle de los Principios Laborales

Inicialmente conviene en distinguir en **principios sustantivos** y en los denominados como **principios procesales**².

Sobre los *principios* sustantivos, empezamos diciendo con un autor como Plá Rodríguez, que tales principios del Derecho Laboral serían los siguientes: 1) el protector; 2) el de irrenunciabilidad; 3) el de la continuidad; 4) el de primacía de la realidad; 5) el de la razonabilidad; 6) el de buena fe³.

Ahora bien, haciendo alusión a los *principios procesales* comenzamos tomando la opinión de PASCO COSMÓPOLIS, para quien existen básicamente tres principios del derecho procesal del trabajo: el de veracidad; el protector y el de criterio de conciencia y equidad en el fallo⁴. Siguiendo con este breve recorrido doctrinal, para un autor como CHICAS HERNÁNDEZ, son principios procesales laborales los siguientes:

¹ . SALA FRANCO, (Tomás) en DE LA VILLA GIL, (L.E.) y LÓPEZ CUMBRE, (L.), Op Cit, pág 129. Sin embargo, en la misma obra colectiva citada, otro autor habla de que entre ambos principios, no se reputa ninguna incompatibilidad con la aplicación indistinta de ambos, “*Antes al contrario, la consideración del Derecho del Trabajo como derecho especial, presupone la inserción del mismo en el tronco común del sistema jurídico a través de múltiples y vitales conexiones. Estos nexos de unión tan diversos y de distinta naturaleza. Entre ellos figuran los principios generales del Derecho común, que, en cuanto tales, pueden extender sus mandamientos al ámbito del Derecho del Trabajo*”, *Ibíd.*, pág 59.

² . Sobre este particular, para un autor como CASCANTE CASTILLO, “*los principios procesales laborales tienen una finalidad inmediata y también finalidades trascendentes. La primera consiste en determinar las facultades, poderes y obligaciones de los Tribunales de Trabajo o de los Juicios Laborales; así como de las partes (patrono y trabajador generalmente) dentro del proceso laboral. Como finalidades trascendentes se puede señalar que pretenden democratizar el acceso a los Tribunales de Trabajo, especialmente de los trabajadores (...)* De esa manera, igualmente, se procura mantener un sistema equitativo de justicia social; pues se facilita la mayor vigencia real del Derecho Laboral” CASCANTE CASTILLO, (Germán Eduardo) “*Manual Práctico de Legislación Laboral*”, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, marzo 2003, pág 165.

³ . PASCO COSMÓPOLIS, (Mario) “**Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo**” pág 3 en *Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo*, 24-25 de junio de 1999, San José, Costa Rica.

⁴ . *Ibíd.*

- i- Principio Protector
- ii- Principio de Economía Procesal
- iii- Principio de Concentración
- iv- Principio de Impulso Procesal
- v- Principio de Oralidad
- vi- Principio de Sencillez¹

En el ámbito nacional, tenemos que la Magistrada Julia Varela nos enuncia cuatro principios procesales en materia de derecho del trabajo: i) Principio de Inmediación; ii) Principio de Oficiosidad y Celeridad; iii) Principio de Gratuidad y iv) Principio de Oralidad². Procedemos seguidamente a enunciar cuatro principios que nos parecen sumamente ilustrativos de reseñar.

1. Principio Protector o "Pro Operario"

En la relación laboral existe una parte que es la que se tiene como más débil, por lo que se busca contrarrestar el desequilibrio interpartes. Se ha dicho por la doctrina que este principio, tiene manifestaciones directas o procesales, las cuales se manifiestan en i-la iniciación de oficio del proceso y ii-la redistribución de la carga de la prueba³.

En la doctrina nacional, un autor como CASCANTE CASTILLO, ha dicho que este principio *"Se considera el más importante, el que verdaderamente identifica al Derecho del Trabajo; es el "principio " del Derecho Laboral. ¿Porqué? Por que actúa como criterio fundamental en la medida que quiebra el denominado "Principio de*

¹ . CHICAS HERNÁNDEZ, (Raúl Antonio) *"Tratado de Derecho Laboral"*, pág 9.

² . VARELA ARAYA, (Julia) pág 39. El exmagistrado Ricardo Zeledón Zeledón nos aduce que el proceso debe humanizarse de manera que garantice un acceso real de los ciudadanos a la justicia pronta y cumplida, por lo que debe ser desprovisto de formalidades innecesarias. El autor desglosa los citados principios de la siguiente manera: Principio de Contradictorio; Principio de Inmediatez; Principio de Oralidad; Principio de Concentración; Principio de Impulso Procesal; Principio de Ordenación; Principio de Respeto a la Iniciativa Privada de la Demanda. Véase del autor *"¡Salvemos la Justicia! (Humanización y oralidad para el siglo XXI)*, San José, Editorial Guayacán, 1998, pág 18.

³ . PASCO COSMÓPOLIS, (Mario) Op Cit, pág 8. Con relación a las MANIFESTACIONES INDIRECTAS O PARAPROCESALES DEL PRINCIPIO PROTECTOR se habla de i-las reglas pro operario y ii-la indisponibilidad de derechos. En el primer supuesto, tenemos el in dubio pro operario, la norma más favorable y la condición más beneficiosa; y en el segundo supuesto estamos hablando de la tesitura de irrenunciabilidad de derechos, que es una forma de proteger al trabajador.

Igualdad “ del Derecho Civil; es decir, no se inspira en el denominado principio de igualdad”¹. Como lo hemos expuesto anteriormente, en el marco de una relación laboral confluyen dos partes que son asimétricas en potestades reales de ejercer su poder². Es por ello, que el principio protector busca defender y coadyuvar al trabajador como parte que se tiene más indefensa dentro de la relación. Ahora, es conveniente dejar por asentado que existen reglas de interpretación de este principio pro operario, por que de lo contrario se podría propender a realizar un uso o aplicación indebida del mismo, alejándolo de los parámetros de buena fe que rigen el derecho laboral³.

2. Principio "In Dubio Pro Operario".

En caso de dudas sobre la interpretación de la norma, el juez debe adoptar la alternativa más favorable al trabajador de las diversas posibles. Es un principio excepcional que sólo opera en caso de duda razonable sobre el significado de una norma o sobre la aplicación de ella a un determinado supuesto de hecho; por lo que de ninguna forma permite al juzgador distorsionar la norma en beneficio del trabajador, o no aplicarla a un caso claro con el mismo propósito⁴.

Para CARRO ZÚÑIGA desde el punto de vista de su aplicación práctica, *“el principio pro-operario es también un valioso instrumento en manos del Juez, para que en su función interpretativa entre varias soluciones posibles, todas lógicas y ajustadas a derecho, escoja la más favorable al empleado no prestando validez, en especial a las alteraciones de fundamentación jurídica dudosa”⁵.*

¹. CASCANTE CASTILLO, (German Eduardo) *“Teorías Generales del Derecho del Trabajo”*, Investigaciones Jurídicas S. A ediciones, San José, primera edición, 2001, pág 206.

². Véase Supra págs 16-18.

³. Sobre la interpretación del principio pro operario, véase a ALONSO OLEA, (Manuel), Op Cit, págs 1004-1005.

⁴. OJEDA AVILÉS, (Antonio) **“Flexibilidad Judicial y Contractualismo”** pág 63 en *“Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense: Estudios sobre Flexibilización Laboral y Nuevos Compartimientos Sindicales”* (Seminario italo-español de Derecho del Trabajo), Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1988.

⁵. CARRO ZÚÑIGA, (Carlos) *“Derecho del Trabajo Costarricense”*, Editorial Juritexto, San José Costa Rica, 1992 págs 105-106. El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos. Para CASCANTE CASTILLO este principio *“Consiste en la imposibilidad jurídica que tiene el trabajador de privarse voluntariamente de las ventajas concedidas por el Derecho Laboral, en beneficio propio. Este principio rompe con la normativa civil, según la cual las partes tienen derecho a renunciar a lo que ellos quieran. Al trabajador no le está permitiendo renunciara sus derechos, por imposición no sólo del Código de Trabajo (artículo 11), sino de la propia Constitución Política (artículo 74)”*, Op Cit pág 86.

Sin embargo, cabe destacar que en la jurisprudencia comparada se ha alertado su decadente e inusual falta de aplicación. Así tenemos que para el caso español, según una pequeña estadística realizada en el período 1985-2000, en la base de datos del **Repertorio de Jurisprudencia Arazandi**, en el recuento de “in dubio pro operario” se encuentran 65 sentencias. Además, la evaluación es decreciente con solo una sentencia en los años 1991 y 1992, 7 en 1990 y 11 en 1989. En la jurisprudencia de Casación en 65 recursos que se invoca el principio, sólo en 6 se acogió ya sea con el recurso del trabajador o desestimando el de la empresa¹.

En el ámbito doméstico, tenemos que en caso de duda se aplica este Principio el cual ha sido esbozado en el siguiente Considerando de una sentencia judicial, que transcribimos literalmente:

“IV.- Por otra parte, debe quedar claro que, en caso de duda, sobre la causa de la terminación del contrato entre las partes, ésta no puede interpretarse de ninguna manera en perjuicio de la trabajadora (ver, entre otros, los Votos números 70, de las 9:30 horas, del 15 de abril de 1994, y, 475, de las 15:20 horas, del 12 de mayo del año 2000). En este punto, la Sala siguiendo a parte de la doctrina sobre el tema (PLA RODRÍGUEZ (Américo) Los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, pp. 45-50) ha sostenido el criterio de que, el principio “in dubio pro operario”, es una regla de interpretación que debe aplicarse no solamente para establecer los alcances de una norma, sino, también, para valorar las probanzas (Voto N° 988, de las 9:30 horas, del 13 de diciembre del 2000)².

Por último, un aspecto que nos queda desentrañar es el concerniente a que si el *in dubio pro operario* es equivalente o similar al denominado *in dubio pro reo*, con que cuenta el derecho penal. En ese sentido, la doctrina ha dicho que no tiene conexión alguna³.

¹ . MARTÍN VALVERDE, pág 75 en DE LA VILLA GIL, Op Cit. Cfr: En la sentencia del STS del 5 de julio del 2002 (rec. 2506/2001) aparece el *principio pro empresario*, claro que utilizado con alguna ironía para rechazar “la transformación del tradicional *principio pro operario* en novísimo e inédito principio pro empresario”.

² . SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2002-00164, San José, a las diez horas veinte minutos del diecisiete de abril del dos mil dos.

³ . Ibíd, ver págs 83 a 85. Continúa el autor acotando lo siguiente: “En el proceso laboral rige en cuenta a éstos el principio de aportación de parte, como manifestación del principio dispositivo. Este principio implica que los hechos relevantes en orden a la decisión deben ser alegados y probados por las partes.

3. Principio de Norma más Favorable y de Condición más Beneficiosa

Hemos querido fundir en este apartado los anteriores principios, aunque cada uno se refiere a situaciones disímiles. Sobre el **principio de norma más beneficiosa**, nos encontramos que en su versión clásica, este principio significa el respeto a la regulación más favorable para el trabajador en supuestos de concurrencia de varias normas simultáneamente aplicables a una misma relación laboral o conjunto de relaciones laborales¹. En síntesis, este principio debe aplicarse cuando para una misma situación, se presenta más de una norma aplicable. En este caso, se debe escoger la que resulte más beneficiosa para el trabajador, obviando la jerarquía de las normas².

Por otra parte, el insigne tratadista uruguayo, AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ nos habla de la *regla de la condición más beneficiosa* y al respecto para este autor dicha regla, “*supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva que ha de aplicarse*”³. O también se ha dicho que este principio, “*...proclama la conservación de los mejores tratamientos alcanzados por una parte de los trabajadores durante la vigencia de una determinada normativa, cuando ésta viene sustituida por otra norma*”⁴.

La diferencia entre la “norma más favorable” y la “regla de la condición más beneficiosa”, radica desde nuestra óptica que en el primer caso estamos hablando de Fuentes formales de derecho y más propiamente en normas; mientras que en el segundo caso no necesariamente se refiere a este aspecto, sino que puede entrar otro tipo de situaciones que pueden obedecer no necesariamente a normas jurídicas, como podrían

Rigen también las reglas civiles sobre la carga y valoración de la prueba. Esto significa que no hay posibilidad de actuación del principio IN DUBIO PRO OPERARIO en el establecimiento de los hechos”, pág 86. Por otra parte, la STS (Sentencia del Tribunal Supremo) del 10 de noviembre de 1989 –RJ 8037– aduce que “el aludido principio in dubio pro operario sólo es válido para la interpretación y aplicación del Derecho, pero no para la fijación de los hechos”.

¹ . OJEDA AVILÉS, (Antonio) Op Cit, pág 67. Véase al respecto, SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2002-00145, San José, a las trece horas cincuenta minutos del nueve de abril de dos mil dos.

² . SOLÍS M. (Xiomara) “**Límites al Ejercicio del Ius Variandi**” pág 241 en GODÍNEZ VARGAS, (Alexander) compilador “**El derecho del trabajo frente a la flexibilización normativa**” en Antología Tendencias Actuales de la Flexibilización Laboral, Curso Maestría Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UNED, Primer Tomo, 2002. En igual sentido, ALONSO OLEA, (Manuel) Op Cit, pág 989.

³ . PLÁ RODRÍGUEZ, (Américo) “**Los Principios del Derecho del Trabajo**”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, pág 60.

⁴ . DESDENTADO BONETE, pág 171 en DE LA VILLA GIL y otra, Op Cit.

ser los casos de las situaciones de hecho; prerrogativas; costumbre etc., que gozaba el trabajador o trabajadora, con el objeto de determinar la existencia de la condición que resultare de mayor beneficio para éste(a) en ese determinado momento.

Ejemplos de estas situaciones en la legislación costarricense, pueden invocarse varios. Así que si estamos hablando de la *regla de la norma más favorable*, tenemos que en caso que exista más de una norma aplicable al asunto en concreto (conurrencia de normas), debe optarse por aquella que sea más favorable al trabajador, aún si se rompe el principio tradicional de la jerarquía de las normas. Está contenida en los artículos 16 y 55, inciso b), del Código de Trabajo; en este último caso porque la Convención Colectiva de Trabajo que sustituyan lo establecido en la Ley o en el Contrato; pero las que perjudican al trabajador no se pueden aplicar. Ahora, si hablamos de la *regla de la condición más beneficiosa*, tenemos que ésta parte de un criterio por el cual se establece que la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más ventajosas en que se encuentra el trabajador. La nueva norma que se promulga no puede disminuir las condiciones más ventajosas de los trabajadores. Está contenida en el artículo 63, inciso e), del Código de Trabajo, que se refiere a las Convenciones Colectivas de Trabajo susceptibles de extensión obligatoria.

4. Principio de Irrenunciabilidad de Derechos.

CABANELLAS adujo que *“aquellas modificaciones en el contrato de trabajo que cambien sustancialmente, en perjuicio del trabajador, las condiciones de su prestación, no son válidas aún cuando él mismo haya prestado su consentimiento”*¹

Para un sector de la doctrina, tenemos que *“El principio en sustancia fue, y es, un límite de límites: presupone la existencia de reglas legales y colectivas cuyos mínimos han de ser respetados por y en el contrato de trabajo que crean un llamado orden público social, en el sentido de su inderogabilidad in peius...”*².

¹ . CABANELLAS, citado por CARRO ZÚÑIGA, (Carlos) Op Cit, pág 103.

² . DESDENTADO BONETE, pág 113 en DE LA VILLA GIL y otra, Op Cit.

En nuestro medio, la jurisprudencia vinculante estableció mediante voto N° 5969-93, que los derechos de los trabajadores no prescriben mientras que mantenga la relación laboral. Esto en virtud mientras tanto esté vigente y por consiguiente, en el ámbito legal suelen hacerse cuestionamientos como los siguientes: ¿Qué es lo que se debe considerar como irrenunciable? Primero: lo que se considera expresamente inderogable o como de orden público por la norma. Segundo: lo que de forma implícita del propio contenido de la norma; así por ejemplo son irrenunciables los salarios mínimos, las vacaciones, la jornada máxima, etc. en caso de duda de lo que se puede renunciar o no, entonces se decide por la irrenunciabilidad¹.

B) Las Corrientes Actuales que atentan contra la vigencia de los Principios Laborales

Realmente se ha escrito mucho sobre el tema de la “flexibilización” o “flexibilidad laboral” en los últimos tiempos, pero en el marco de un debate planteado sobre dos posiciones totalmente disímiles: los que quieren modernizar las economías y seguir “progresando” dentro de la escala capitalista y en contrapartida, aquellas personas que apuestan a la protección laboral de los trabajadores, la cual no puede ser menoscabada.

Ahora bien, se aduce por parte de RASO DELGUE, que el término compuesto de *flexibilidad laboral* no tiene una significación exacta y en ese sentido establece una serie de definiciones dadas por diferentes autores. En mi criterio personal, me gusta la definición dada por BRONSTEIN cuando afirma que los planteamientos sobre

¹ . CASCANTE CASTILLO, (German Eduardo), Op Cit, pág 209. Continúa el autor despejando interrogantes y al respecto nos señala la siguiente situación: ¿Qué sucede si a pesar de todo se renuncia a un derecho irrenunciable? a)La Ley habla expresamente de que tiene como consecuencia la nulidad absoluta de la renuncia. Es decir, la renuncia se convierte en algo insubsanablemente nulo. No puede convalidarse ni revalidarse posteriormente (casación N° 98 de 1979). La autonomía de la voluntad no tiene margen de acción cuando haya normas irrenunciables.

b)En segundo lugar, es importante señalar que la nulidad abarca únicamente la norma específicamente de la contratación que contraría la norma imperativa, no implica la nulidad de todo el contrato.

c)Una tercera consecuencia de la renuncia, es la sustitución de la cláusula ilícita por la que legalmente corresponde.

d) Como cuarta consecuencia se tiene que los servicios prestados por el trabajador en virtud de la cláusula nula, o de varias cláusulas nulas deben ser pagados porque no se producen efectos (hacia el futuro). Esta es una solución propia del derecho laboral y es consecuencia del desarrollo de la teoría a la mano de la “relación de trabajo” o “relación laboral”, Páginas 210, 211.

flexibilidad discurren en la autonomía de considerar que en el derecho laboral existe demasiada protección y poca libertad¹.

Las fuentes de la flexibilidad laboral y su operatividad pueden ser desglosadas de la siguiente manera:

- a) *Las Normas Internacionales*: Tanto en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) con su concepción de **global compact** como en los distintos tratados de comercio, se ha propendido a enfocar algunas disposiciones que puedan hacer más flexible las relaciones laborales.
- b) *La Ley*: Tenemos que la ley formal aprobada en los respectivos parlamentos tiene la misión de materializar el objetivo político, cuál es la flexibilización. Si lo vemos desde la perspectiva de derecho comparado, tenemos el relato de HERNÁNDEZ PASCUAL al referirse al caso español y como se llevó a cabo este proceso: *“En ese sentido, cabe decir que los cambios en la reglamentación laboral española, inaplazables e inevitables ya en los años de transición democrática, se produjeron en una coyuntura internacional en la que, desde principio de los años setenta y como instrumento de las estrategias para afrontar las altas tasas de desempleo en todos los países desarrollados, había una creciente preocupación por alcanzar un mayor grado de flexibilidad en las relaciones laborales. Esta voluntad se materializó principalmente, en cambios legislativos dirigidos a reducir las obligaciones que fijan los contratos sobre la duración de los mismos y los costes de finalización”*².
- c) *El Convenio Colectivo*: La contradicción que encierra el Convenio Colectivo contemporáneamente, ha sido descrito por MONTOYA MELGAR de la siguiente manera: *“El reconocimiento de la negociación colectiva fue ya una revolución jurídica: suponía nada menos que la admisión por la ley de un poder normativo privado, paralelo al del estado, e incomparablemente más efectivo que el difuso poder normador contenido en la costumbre. La función del*

¹ . BRONSTEIN, (Arturo) *“Notas sobre Flexibilización Laboral”*, Oficina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pág 79.

² . HERNÁNDEZ PASCUAL, Clemente, *“Regulación, Flexibilidad y Segmentación de los Mercados de Trabajo”*, Valencia, Institut de Cultura Juan Gil-Albert, textos mestonir, 1995, pág. 85.

convenio colectivo quedaba descrita tradicionalmente acudiendo a un expresivo monosílabo “más”. Las condiciones de trabajo eran concebidas dentro de un movimiento natural de progreso; toda negociación era un ir “plus ultra”, de tal manera que el convenio colectivo no sólo tenía vocación de mejorar lo dispuesto en la ley, sino de superar las condiciones del convenio precedente (...)”¹.

Sin embargo, a pesar de ser concebidos estos instrumentos jurídicos para propugnar un cambio más favorable en las condiciones laborales de los trabajadores, se amplían los contenidos y aparecen así nuevas cláusulas sobre “flexibilización” de condiciones de trabajo, sobre disminución y organización de tiempos de trabajo. Esta tendencia flexibilizadora se manifiesta en los diferentes elementos modales que componen la relación laboral contemporánea. Así tenemos que sobre las formas de contratación, el tiempo de trabajo, el salario, el despido entre otros; se plasma dentro de este imperativo.

Podemos identificar dos formas de flexibilidad en el mercado de trabajo: las cuales pueden comprender a factores de reducción (numérica), o de índole salarial:

La flexibilidad numérica consiste en la posibilidad que tiene el empresario de contratar sin ninguna limitación a los trabajadores y las trabajadoras que desee por el tiempo que le sean necesarios, para poder sacar su volumen de trabajo y cumplir con las necesidades de su producción. Con este tipo de flexibilidad el empresario puede realizar contratos por tiempo determinado, (por tiempo fijo o por obra determinada), aumentar los períodos de prueba y despedir más fácilmente a sus trabajadores/as.

El trabajo a tiempo parcial también es una forma de flexibilidad numérica, porque es una jornada de trabajo con menos horas que disminuye el salario del/a trabajador/a. Se dice que las mujeres prefieren el trabajo a tiempo parcial para dedicarse a las tareas de su casa. La realidad es que necesitan más tiempo para realizar el trabajo

¹ . MONTOYA MELGAR, “La Negociación Colectiva en el Horizonte de los 90”, pág. 101 en VIDAL CARVANA, Gonzalo, “El Cambio Laboral en la Década de los 90”, Espasa-Calpe, Fundes, 1991.

en el hogar, esto se debe a que socialmente es a la mujer la que le corresponde por entero esa responsabilidad. Más mujeres que hombres trabajan jornadas parciales en países de América Latina tales como Honduras, Costa Rica y Brasil.

Veamos ejemplos de flexibilidad numérica en algunos países latinoamericanos:

- Argentina: Desde 1974, la "Ley de contratos de trabajo" establece los contratos a plazo fijo, de temporada y eventuales.
- Colombia: Ha facilitado el despido y se ha ampliado el plazo de los contratos temporales.
- Costa Rica: Sin que hayan producido cambios en sus leyes laborales, ha permitido los contratos de trabajo por tiempo determinado y la facilidad del despido, a partir un reconocimiento de hecho.
- Nicaragua: Sin que se hayan producido cambios en su legislación, ha facilitado los contratos de trabajo por tiempo determinado, incluyendo el contrato por día y la subcontratación.
- Panamá: Ha ampliado los contratos por tiempo determinado, ha facilitado el despido y eliminado el reintegro; en las zonas procesadoras de exportación o zonas francas ha llegado, incluso, a aumentar hasta 3 años el período en el cual es posible contratar temporalmente.
- Perú: Permite los contratos de trabajo temporales o por obra determinada, la subcontratación y el despido sin causa.

CAPITULO SEGUNDO:

NATURALEZA Y FUNDAMENTOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL

Sección I: Esencia y Finalidad del Derecho Penal

Se ha tratado de ubicar el derecho penal dentro del conglobamiento de normas que componen un determinado sistema jurídico. Su correcta incardinación ha sido un tema controvertido, aunque se ha dicho por parte de la mayoría de la doctrina que pertenece al ámbito del derecho público, por la importancia precisamente de esta naturaleza que reviste¹.

En las siguientes líneas vamos a tratar de desentrañar sus lineamientos principales y fundamentos sobre los que descansa esta materia con la finalidad de tratar de solventar algunas dudas que sugiere el estudio del tema escogido .

A) Hacia una Definición Aproximada del Derecho Penal

Empezando a parafrasear algunos trazos de lo que debe entenderse por este tipo de derecho, tenemos que se le ha definido como *“El conjunto de normas que denominamos Derecho Penal tiene su razón de ser en que constituye un medio imprescindible para posibilitar la vida en comunidad”*². Esta definición podría ser muy simplista, en el sentido de que nos remite más bien a los consabidos fines del derecho, que le son muy similares puesto que en el fondo tan importantes para regular las relaciones sociales son otras disciplinas, tales como el derecho civil; de familia; comercial etc. Por ello recurrimos a una exposición un poco más detallada y en ese ámbito, la doctrina nos ha hablado de la existencia de un **derecho penal subjetivo y**

¹ . GARCÍA-PABLOS, (Antonio) *“Derecho Penal”*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Servicio Publicaciones, Madrid, 1995, ver nota 46 de página 11.

² . BERDUGO GÓMEZ (Ignacio), ARROYO ZAPATERO (Luis), GARCÍA RIVAS (Nicolás), FERRÉ OLIVÉ (Juan C.) y SERRANO PIEDECASAS, (José Ramón) *“Lecciones de Derecho Penal: Parte General”*, La Ley-Editorial Praxis S.A., segunda edición octubre 1999, pág 2.

un derecho penal objetivo. Vamos a tomar a DÍAZ ROCA, que establece la anterior distinción de la siguiente manera:

a) Derecho penal subjetivo: Hace referencia al contenido de las facultades del Estado como titular del derecho a castigar o competencia punitiva. Su estudio es, en cierto modo, previo al Derecho Penal ya que debe integrarse en el Derecho Constitucional.

b) Derecho penal objetivo: Conjunto de normas o leyes que regulan esa actividad subjetiva. Es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia¹.

Estas disertaciones nos introducen a una serie de conceptos que analizaremos más adelante en el marco de este trabajo, tales como “competencia punitiva”; “crimen” o “pena”, que son nociones inherentes al quehacer de este tipo de disciplina. Sin embargo, seguimos enfrascados en una caracterización algo formal que de primera entrada, no podría ser muy accesible al común de los interesados en conocer ¿en que radica la esencia del derecho penal?.

Una postura podría venir de la siguiente situación, que narramos tomando la apreciación de un par de autores: *“Hablar del Derecho Penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho Penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho Penal”*². En una u otra forma, estamos de acuerdo en pensar que la violencia podría ser un componente delictual, aunque no es el único que puede provocar la aparición del derecho en estudio.

¹ . DÍAZ ROCA , (Rafael) “Derecho Penal General”, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pág 21. Ver en igual sentido a LANDECHO VELASCO, (Carlos María) y MOLINA BLÁZQUEZ, (Concepción) “Derecho Penal Español: Parte General”, Editorial Tecnos, Madrid, sexta edición, 2000 págs 49-52.

² . MUÑOZ CONDE, (Francisco) y GARCÍA ARÁN, (Mercedes) “Derecho Penal: Parte General”, segunda edición, Tirant Lo Blanch, Valencia España, 1996, pág 25.

Cotidianamente en los medios de comunicación nos hablan de situaciones tales como ladrones-policía-cárcel-gobierno-delinuencia, siendo en el fondo una gama de actores y hechos que se entrecruzan bajo diferentes matices, para darnos una visión del fenómeno sobre el cual trabaja el derecho que nos ocupa. O sino, de igual manera si somos simples víctimas de una lesión a nuestra integridad personal o bienes, esperamos una respuesta de las autoridades para resarcir el menoscabo sufrido. Sin embargo, esta respuesta en un Estado que se precie de ser democrático y apegado a la justicia, debe encausarse hacia mecanismos prefijados por el ordenamiento jurídico –quien es a la postre quien se encarga de dirigir estos derroteros-, en los cuales prive el respeto a la dignidad humana y a la ley misma.

Precisamente en este recuento brevísimo, consideramos que deviene la esencia del Derecho Penal: desde nuestra óptica estimamos que este derecho, se funda en la posibilidad que tiene el aparato estatal para conminar a los habitantes que conviven en un determinado territorio o fuera de éste cuando la ley misma lo establezca así, para que observen una serie de normas en las que se disponen aquellas conductas que no son apropiadas para la vida en sociedad y/o interés del Estado en cuestión.

1. Función del Derecho Penal

Como toda disciplina al servicio de la resolución conflictual de los problemas humanos, la disciplina que nos ocupa tiene una determinada función. Ahora bien, se ha hablado doctrinariamente que el derecho penal posee una función dual, es decir; opera desde una posibilidad represiva y/o preventiva¹.

Asimismo, SILVA SÁNCHEZ nos habla de tres funciones básicas del derecho penal, que denomina como a) función ético-social; b) función simbólica y c) función de satisfacción de necesidades de psicología social².

¹ . JESCHECK, (Hans-Henrich) “Tratado de Derecho Penal: Parte Gneral”, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, Volumen I, traducido al español, 1981, pág 6.

² . SILVA SÁNCHEZ, (Jesús María) “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, José María Bosch editores S.A., Barcelona, 1992, págs 300-308.

En todo caso, desde nuestra perspectiva la función del derecho penal en una sociedad moderna, es multifuncional y por lo tanto, no cabe referirse a este tópico en forma unitaria. Aunque básicamente se ha sostenido que la función del Derecho Penal se inserta en la general función del Derecho: consecución de paz social¹, lo cierto del caso es que este objetivo puede fragmentarse en diferentes formas.

Inicialmente podemos hablar que el Derecho Penal no se encarga de todos los bienes jurídicos de la sociedad², sino aquellos que pueden considerarse como más fundamentales. Es decir, el sistema penal realiza una elección de ciertos bienes a proteger, con la natural consecuencia de que se desplazaría la correspondiente tutela de otros bienes, que serían considerados como de menor importancia. Con esta situación, queda en evidencia que una finalidad propia del derecho en cuestión, es proteger valores jurídicos de capital importancia para la convivencia humana: la vida humana, la propiedad privada, el honor, etc.

Podemos también hablar de función del Derecho Penal con relación a la política criminal de un Estado determinado. Esto es así por cuanto toda política criminal presupone una determinada concepción de este Derecho, de su objeto y fines, y por supuesto, *“...detrás de ella está siempre una determinada ideología política”*³. Entramos entonces a un campo de crítica a los sistemas penales, que a su vez implica un cuestionamiento de sus estructuras jurídicas y fácticas. Al respecto, un grupo de expertos que estudiaron las funciones del sistema penal desde una óptica de los derechos humanos en América Latina, adujeron que *“un sistema penal que forme parte de una estructura jurídica realizadora de Derechos Humanos, debe ser la coronación normativa de un ordenamiento que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia. Conforme a ello, un sistema penal puede ser defectuoso, desde el ángulo de los Derechos Humanos, cuando no provea una tutela suficiente a tales bienes fundamentales”*⁴.

¹ . RODRÍGUEZ MOURULLO, (Gonzalo) *“Derecho Penal, Parte General”*, Editorial Civitas S.A., Madrid, primera reimpresión 1978, pág 18.

² . Para un mejor entendimiento de este término, véase Infra págs 52-54.

³ . RODRÍGUEZ MOURULLO, Op Cit, pág 21.

⁴ . Instituto Interamericano de Derechos Humanos *“Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Primer Informe)”*, Documentos y Cuestionarios elaborados para el Seminario de San José, Costa Rica 11 al 15 de julio de 1983, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, pág 27.

Podemos decir a título conclusivo, que las funciones del derecho penal son tan diversas en principio, que dificulta hablar de una sola en especial desde nuestro criterio. Es preferible, abordar un enfoque multidisciplinario, todo ello que el Derecho Penal abarca dispositivos de seguridad jurídica; convivencia pacífica; estabilidad y represión estatal; resocialización y cumplimiento de sanción etc. y en todas ellas se realiza una función derivada de las normas insertas para el Derecho Penal.

Por ello, en una sociedad moderna, se hace difícil y hasta injusto tener que privilegiar una determinada función del Derecho Penal, sobre otra(s) función(es) que se consideran como exclusivas.

2. Derecho Penal como Derecho Público

Retomando a GARCÍA-PABLOS, tenemos que este autor fundamenta su tesis por dos razones: *“una es porque solo el Estado puede delegar el ius punendi como manifestación más significativa de su soberanía, afirmándose como organización política frente a otros poderes sociales a lo largo de la historia. Desde entonces solo el Estado define ciertas conductas como “delitos” y prioriza a las mismas determinadas consecuencias a través del único sector del ordenamiento jurídico legitimado para hacerlo, el Derecho Penal. En segundo lugar el Derecho Penal es Derecho Público, debido a que no regula relaciones entre particulares –sujeto activo y pasivo del delito-, sino entre el autor del delito y el Estado, como representante de la comunidad social”¹.*

El hecho de que se tienda a definirlo como un derecho de carácter o naturaleza pública, conlleva una serie de implicaciones que podemos derivar seguidamente: i) la base de legitimación del Estado se encuentra en su capacidad para erigir por si mismo los alcances sancionatorios a los que pueden hacerse acreedores sus gobernados, si no guardan los preceptos fijados de antemano, que deben ser respetados con el objeto de lograr una sana y correcta convivencia social; ii) en virtud de lo anteriormente dicho, la entidad estatal asume el monopolio o si se quiere imperio de persecución de los delitos

¹. GARCÍA-PABLOS, Op Cit, pág 11. Ver en igual sentido a JESCHECK, Op Cit, pág 22, ROXIN págs 43-44, RODRÍGUEZ MOURULLO Op Cit, pág 25 y sgtes.

que revisten interés general y para lograr este acometido, realiza una discriminación de conductas punibles dando una preeminencia a aquellas que considere lesivas sobre otras.

B) El Ilícito o Delito: Fundamento del Castigo Penal

Es comúnmente aceptado hablar de *delito penal* o de *ilícito penal*, así que no vamos a divagar sobre esta situación y más bien vamos a repasar brevemente sobre su contenido.

1. El Delito como Antecedente Sancionatorio

Los fundamentos que tratan de explicar el origen del delito se bifurcan a disímiles posturas teóricas. Estas van desde atribuir que no es la pobreza o la riqueza donde encuentra asidero la criminalidad, sino en la satisfacción o insatisfacción, la felicidad o infelicidad (TARDE); en factores antropológicos, físicos y sociales que permitan estudiar por parte de la sociología criminal un fenómeno que tan sólo puede darse en la sociedad humana (FERRI); en considerar que el delito es parte integrante de toda sociedad, que se da frecuentemente y no puede eliminarse por la simple voluntad (DURKHEIM); o sino se atribuye a que la actividad criminal se da a consecuencia de un conflicto cultural (SUTHERLAND y CRESSEY) o el choque de subculturas que tienen su propia cultura que entra a reñir con la cultura general (WOLFGANG y FERRACUTTI)¹.

Por último, nos quedamos con la definición de delito, dada por CARRARA debido a su amplitud que congloba una serie de aspectos endógenos y exógenos, cuando define a éste como *“la infracción a la ley del Estado promulgada para proteger la*

¹ . Ver sobre estas teorías, las reseñas en GONZÁLEZ DEILENS, (Seidy) y ZAMORA CAMACHO, (Kathia), “Panorámica Criminológica y Sociológica del Delincuente y su Readaptación Social: Necesidad de Reconstrucción del Sistema Penal”, Tesis de grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de San José, 1996, pp 41-48.

seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”¹.

2. El Ilícito Penal y sus Alcances

El concepto de ilícito penal está circunscrito a la disciplina que analizamos en estos momentos. Esta tarea no es nada fácil, todo ello que el ilícito contiene aristas filosóficas, sociológicas y jurídicas² que explican las razones que llevan a delinquir y como podría definirse entonces este fenómeno.

Se ha hablado de una “vida del delito” o estructura de éste, y se enuncia entonces una serie de pasos concatenados tales como, fase interna; fase externa y actos preparatorios³. Igualmente, un autor distingue entre **concepto formal de delito** y **concepto material de delito**; significando el primero que la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del derecho positivo, mientras que el segundo, *“...se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta de los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune”⁴*

C) Bien Jurídico Tutelado en el Derecho Penal

En este apartado vamos a referirnos a un concepto construido, que si bien es cierto puede ser aplicable a todas las materias del derecho; no es sino en el derecho penal que adquiere total relevancia jurídica y funcional. Nos referimos al *bien jurídico* y al respecto la doctrina ha realizado suficientes digresiones, que pasamos a exponer seguidamente.

¹ . CARRARA citado por MERVE-VITU, “Tratado de Derecho Criminal”, París, Editorial Cuyes, 1967, pág 42.

² . Ver a DÍAZ ROCA, Op Cit, pág 79 y sgtes.

³ . Ibíd, págs 228 y sgtes.

⁴ . ROXIN, (Claus) “Derecho Penal: Parte General Tomo I”, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, traducido por Luzón Peña Diego-Manuel, Vicente Remesal Javier, Editorial Civitas S.A., Madrid, primera edición, 1997,pág 51.

De manera introductoria diremos que este concepto fue introducido en el siglo antepasado (1834) por un autor como HIRBAUM y desde entonces se mantiene como punto central de la disciplina¹. Ahora bien, la necesidad de tutelar determinados bienes dentro del ordenamiento jurídico, supone una estimativa valorativa y como bien se ha expuesto, “*La idea de merecimiento de protección penal es compleja y su concreción –desde una base axiológica- probablemente más difícil aún que la de la idea de necesidad de protección penal. Sin embargo, su integración en una teoría del bien jurídico penalmente protegido se hace ineludible*”².

Adentrándonos más a otras definiciones, tenemos que para GARCÍA-PABLOS, los bienes jurídicos “*son bienes vitales, fundamentales, para el individuo y la comunidad que precisamente al ser tutelados por el Derecho se convierten en bienes jurídicos*”³. Se ha esgrimido también, la existencia de dos acepciones de bien jurídico: que responden a las denominadas como de corte político criminal y el dogmático⁴. En referencia al primer criterio (sea el politicocriminal) a tener en cuenta en la protección de bienes jurídicos a través del Derecho Penal, para MAYER el bien ha de tener una triple cualidad ha de ser <<merecedor de protección>>, <<necesitado de protección>> y <<capaz de protección>>. Al respecto desglosa esta trilogía de la siguiente manera:

1º La cualidad de *merecedor de protección* que debe tener un bien depende del valor que le atribuya a ese bien una determinada cultura.

2º La otra cualidad del bien es la de su *necesidad de protección*. No todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal. Muchas veces bastará con la que le conceden las leyes civiles, administrativas, etc. conforme al principio de intervención mínima el derecho penal concederá, pues, su protección, cuando fracasen o sean insuficientes las barreras protectoras que deparan las demás ramas jurídicas.

¹ . BERDUGO GÓMEZ y otros, Op Cit, pág 6

² . SILVA SÁNCHEZ, Op Cit, pág 287.

³ . GARCÍA-PABLOS, Op Cit, pág 40. Cfr: RODRÍGUEZ MURILLO,(Gerardo) “Derecho Penal: Parte General”, págs 19 y 20.

⁴ . “El concepto político-criminal se refiere a lo que debe ser protegido por el Derecho Penal a juicio de una corriente político-criminal concreta; por tanto será diverso según las distintas orientaciones de dicha disciplina. El concepto dogmático estudia los bienes jurídicamente protegidos por una legislación penal concreta. Los bienes jurídicos pueden ser materiales (la vida, el patrimonio etc.) o inmateriales (el honor, la integridad moral, la intimidad etc.)”, LANDECHO y MOLINA Op Cit, pág 245.

3º La tercera cualidad del bien es su *capacidad de protección* . No todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección penal son igualmente capaces e idóneos para esa protección. Un ejemplo de ello es la moral sexual. La misión del Estado es garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos¹.

Por otra parte, desde la óptica de HASSEMER y MUÑOZ CONDE, la necesidad de la existencia de una teoría del bien jurídico tutelado, enriquece el derecho penal “...con una matización que hace más comprensible su misión y su sistema, al diferenciar las funciones del bien jurídico entre aquellos que son inmanentes al sistema mismo (...) y aquellas otras que son trascendentes o críticas del sistema y que son precisamente las que determinan también los criterios de merecimiento de pena”². Sin embargo los mismos autores establecen que existe en la doctrina una vaguedad del concepto de bien jurídico, por lo que muchas veces se presta a imprecisiones³.

Para RODRÍGUEZ MOURULLO, el mundo de los bienes jurídicos no forma un agregado atomizado, sino el *orden social*. Esta situación se expresa desde el punto de vista de la ética social como una suma de juicios de valor positivo, por lo que continua el autor manifestando que “De ahí que la significación de un determinado bien jurídico no se pueda comprender considerándolo aisladamente, sino tan sólo contemplándolo en su interdependencia con el total orden social”⁴.

Sección II: Sistematización de la Dogmática Penal

La dogmática jurídica impone una serie de reglas sobre las que debe analizarse un determinado campo jurídico. Tiene relación con principios, reglas y observaciones que han de hacerse para poder manejarse apropiadamente en un determinado contexto, como sería el penal en el caso concreto⁵.

¹ . MUÑOZ CONDE (Francisco) y GARCÍA ARÁN, (Mercedes), Op Cit, págs 82-83.

² . HASSEMER, (Winfred) y MUÑOZ CONDE, (Francisco) “Introducción a la Criminología y el Derecho Penal”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pág 104.

³ . *Ibíd.*, pp 106-107.

⁴ . RODRÍGUEZ MOURULLO, (Gonzalo) Op Cit, pág 20.

⁵ . Para WELZEL, “*La dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencia de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad. El método de la dogmática no es el de la explicación casual, sino el*

Tratándose del derecho penal, una de sus particularidades estriba en que posee una valiosa estructura o arsenal teórico que permite dilucidar diferentes situaciones, al usar la dogmática que le es propia. Es así como en esta ocasión, vamos a ventilar algunos *principios base* del derecho penal, sobre los que gira su eventual entendimiento o asimilación. KARL BINDING sostuvo que la misión de las normas penales consistía en establecer deberes de **hacer o de omitir**, produciendo también un “derecho a la obediencia” a favor del Estado¹. En todo caso, la estructura de la norma penal sea por *acción u omisión*, responde a la siguiente exposición: Si A –el autor- realiza D –un delito-, será castigado con P –una pena-; más técnicamente diríamos que *“A la primera parte se le llama supuesto de hecho y supone la descripción de una conducta humana; y a la segunda, consecuencia imperativa (o consecuencia jurídica), que es lo que se debe imponer al autor, si realiza la conducta prohibida”*².

A continuación nos adentramos en aquellos postulados en forma de principios que nos parecen vitales dentro de la dogmática penalista.

A) Principio de Legalidad

El principio que nos ocupa tiene un raigambre histórico, todo ello que se constituye en postulado fundamental del Derecho Penal Moderno. Surgió como una de las garantías que derivaron del Estado liberal burgués, surgido tras el derrumbre del absolutismo, y un autor se refiere a él de la siguiente manera: *“El principio de legalidad como conquista humana, es fruto de la lustración; en ella encuentra su fundamento político, que se materializará con la implantación del Estado surgido de la Revolución francesa. Por eso es inicialmente garantía del ciudadano frente al Estado”*³. Estas garantías del ciudadano han sido descritas por la doctrina como expresamente las siguientes: la garantía criminal –impide se repute delictiva una conducta no tipificada previamente en la ley penal y castigada por ésta como una pena-;

de la comprensión del sentido, ya que sólo así puede ser entendida una estructura de sentido como lo es un sistema jurídico”, WELZEL (Weilghen) “Introducción a la Filosofía del Derecho (Derecho natural y justicia material)” traducción Recasens Fiches, Barcelona, 1949, pág 29.

¹. Citado por QUINTEROS OLIVARES, (Gonzalo) director “Manual de Derecho Penal: Parte General”, Aranzadi Editorial S.A., Barcelona, 1999 pág 40. Ver igualmente la crítica que realiza el autor a esta postura en la misma página.

². LANDECHO VELASCO y MOLINABLÁSQUEZ, Op Cit, pág 135.

³. QUINTEROS OLIVARES, Op Cit, pág 64.

la garantía penal –prohíbe imponer una pena al ciudadano no establecida en la ley-; la garantía jurisdiccional –nadie puede ser condenado sino en virtud de sentencia firme dictada por ley o tribunal- y finalmente, la garantía de ejecución –al tenor de la cual, la pena sólo puede ejecutarse en la forma legalmente establecida-¹ .

Más contemporáneamente se le ha visualizado una dimensión técnica y una dimensión política al principio en estudio, siendo el primer aspecto que dicho principio proporcionaría la esencial garantía de la **seguridad jurídica** –para que los ciudadanos sepan en la medida de lo posible que conductas pueden realizar y cuales no-; mientras que el segundo aspecto se refiere a la necesaria vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos, por lo que conlleva el problema de la *legitimación democrática* de las disposiciones definitivas de los delitos y las decisiones que aplican tales normas².

La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera igualmente que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista³. Se espera con este principio “...*que la única fuente creadora del Derecho Penal es la ley*”⁴.

La jurisprudencia comparada, en este caso la española ha dicho mediante sentencia 133/87 de su Tribunal Constitucional, que el principio de legalidad expresa uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho y al respecto ha dicho lo siguiente: “...es esencialmente (refiriéndose al principio) una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho...se vincula ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad ...así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los tribunales”. En nuestro medio, la jurisdicción constitucional costarricense ejerce un importante estímulo para la tutela de los derechos individuales y garantías procesales insertos en la legislación penal, lo que ocasiona a su vez que se demarque el ámbito de responsabilidad e intromisión estatal. Desde sus inicios, la Sala Constitucional se encarga de definir la preponderancia del principio de

¹ . GARCÍA-PABLOS, (Antonio), Op Cit, págs 241-243.

² . SILVA SÁNCHEZ, Op Cit, pp 252-253.

³ . MUÑOZ CONDE, (Francisco) y GARCÍA ARÁN, (Mercedes), Op Cit, págs 31-32.

⁴ . LANDECHO VELASCO y otro, Op Cit pág 46.

legalidad como base de garantías absolutas, y sobre los alcances de esta garantía en materia penal, este órgano judicial dice lo siguiente:

“El artículo 39 de la Constitución Política consagra el principio de legalidad en materia penal, principio rector e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico. En virtud de él la única fuente creadora de los delitos y de las penas es la ley. En esta materia queda excluida la analogía y la costumbre, careciendo los Tribunales de facultades para considerar como delictivos hechos distintos a los tipificados en la ley, de tal forma que cualquier conducta que no sea subsumible en ella, será impune; aún cuando sea muy grave. Consecuentemente lesiona el principio de legalidad una interpretación judicial que abarque conductas no especialmente descritas en la ley”¹

También ha dicho sobre el tan referido principio de legalidad en materia penal, lo siguiente:

"a) En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio "nullum crimen, nulla poena sine previa lege", recogido en el artículo 39 de la Constitución, el cual también, obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley sustancial o procesal; unos y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que no lo favorezcan. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo"²

B) Principio de Tipicidad

Vamos seguidamente a precisar y detallar en torno a otro principio de capital relevancia, y nos referimos al principio de tipicidad debido a su importancia cardinal en las sanciones penales. En este sentido diremos que algunos autores han dicho sobre este principio lo siguiente: *"El principio de tipicidad incorpora una doble exigencia teórica y práctica: en el plano teórico exige la plasmación explícita de los hechos constitutivos de la infracción y sus consecuencias represivas en una norma de rango legal, lo que, en el terreno de la práctica se traduce en la imposibilidad de calificar una*

¹ . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 461-91 de las quince horas catorce minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y uno.

² . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 01739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos el primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

*conducta como infracción o de sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por el sujeto no guardan una perfecta similitud con las diseñadas en los tipos penales"*¹.

Sobre el tema de la *tipicidad*, la Sala Constitucional ha dicho en sus sentencias lo siguiente:

"V.- También reiteradamente esta Sala ha dicho que existe un derecho general a la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad. En el campo del proceso penal, las exigencias del principio de legalidad se extreman y se manifiesta, entre otros:

"a) En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio "nullum crimen, nulla poena sine previa lege", recogido en el artículo 39 de la Constitución, el cual también, obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley sustancial o procesal; unos y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que no lo favorezcan. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo" (sentencia número 01739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos el primero de julio de mil novecientos noventa y dos). De modo que si la conducta es atípica o encuadra en otra figura penal más benigna se habrá producido violación al principio de tipicidad y, por ende, al debido proceso. No obstante, debe advertirse que no se trata de la simple divergencia entre la calificación que pretende el acusado y la del juez, sino que es necesario que haya un claro error en la calificación del hecho por parte del juzgador con perjuicio de los intereses del enjuiciado" (**Voto No 00860-96**).

En una consulta realizada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial a la misma Sala Constitucional, en torno a una adecuación típica para un imputado en específico, esta instancia jurisdiccional determinó que "(...) una correcta

¹ . BLASCO PEUCHELLER y GARCÍA RUBIO, "Curso de Derecho Administrativo Laboral", Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, pág 120. Cfr: Sobre la tipicidad, tenemos lo dicho por BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO: "*Por otra parte, y desde el punto de vista técnico jurídico significa que, en consecuencia, rigen también en materia de Derecho Administrativo Sancionador el principio de tipicidad que exige una descripción clara, concreta y exhaustiva de la conducta y la determinación de la sanción a imponer y la exclusión de la interpretación analógica*", Op Cit, pág 36. Para LANDECHO y MOLINA, "*El tipo describe el comportamiento penalmente relevante; sin embargo la afirmación de que la conducta es típica no es suficiente, aunque sí necesaria para considerar que dicha conducta es injusta para el ordenamiento penal*". Continúan aduciendo los autores que "*Es preciso que la tipicidad sea un juicio provisional sobre el injusto: por la tipicidad se declare que la acción es contraria a un tipo penal, por lo que en general está prohibida; la antigüedad añade que dicha conducta no está justificada en el caso concreto, y que por tanto, además de ser contraria a la ley penal, es contraria a todo el ordenamiento jurídico*", Op Cit, pág 244.

aplicación de los principios de legalidad y tipicidad penales, así como la fundamentación adecuada de la sentencia en tales extremos, forma parte del debido proceso. Debe la Sala consultante verificar si en el caso en estudio se cumplió con lo expuesto y declarar lo pertinente”. (**Voto No 2001-07648**). Nuestro Tribunal Constitucional ha insistido desde sus inicios que no puede llevarse a cabo una sanción, sino no es con reserva de ley y en claro cumplimiento al *principio de tipicidad* (**Voto No 1119-90**).

1. Tipos Abiertos

Conviene antes de terminar este relato, ahondar sobre la inconveniencia de contar con los denominados *tipos abiertos* dentro de la dogmática penal y como constituyen una franca violación a la tipicidad penal, que es a la postre el medio que ostentan los ciudadanos para garantizar la legalidad de las sanciones a imponer.

Para un autor como JESCHECK, *“La teoría de los tipos abiertos sostiene que en Derecho Penal existen tipos de los que no cabe deducir de forma completa, sino solo parcial, los elementos de injusto de la correspondiente clase de delito. El resto debería completarse mediante elementos positivos de antijuricidad situados fuera del tipo (...) La teoría de los tipos abiertos debe, sin embargo, rechazarse, pues si el tipo se entiende como clase de injusto, puede sólo imaginarse como “cerrado”, ya que de lo contrario le faltaría, precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos, sin excepción, los elementos que contribuyen a determinar el contenido de injusto de una clase de delito (...)”*¹.

Asimismo, la situación de los **tipos abiertos**, se contraponen a una teoría fundada por WELZEL, que consiste en que el tipo describe por regla general todos los elementos fundamentados del injusto², de tal modo que en el marco de la antijuricidad sólo resta

¹ . JESCHECK, Op Cit, págs 335-336. Cfr: *“Se dice que un tipo es cerrado cuando sus descriptores permiten determinar cuál es la conducta antijurídica a la que asigna pena y es abierto cuando describe en general las posibles conductas a las que asigna pena, pero sin designación como conductas antijurídicas, que efectivamente pueden quedar comprendidas en la fórmula penal, exigen un previo examen de ellas dentro del ordenamiento jurídico (...)”* CREUS, (Carlos) *“Derecho Penal: Parte General”*, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1992, pág 205.

² . Sobre el tipo de injusto véase Infra pág 73.

por examinar la ausencia de causas de excusión del injusto, que comprende a los “tipos cerrados”. En contraposición, los tipos “abiertos” son aquellos en los que no se describe exhaustivamente y en todos sus aspectos el objeto de la prohibición¹.

C) Principio de Culpabilidad

Procedemos en última instancia a describir a grandes rasgos en torno a lo que se entiende como este principio y para ello diremos inicialmente que éste, ha sido definido por la doctrina como una estructura típica, representada por dos exigencias; la violación al tipo debe estar especificada en la norma y concomitantemente, debe ser atribuida a un autor².

Para QUINTEROS OLIVARES, el principio que nos ocupa tiene consecuencias limitadoras y las describe así:

- a) La **exigencia de dolo o culpa**; es decir, que no se aplicará pena alguna si el hecho no es imputable al autor a título de dolo o imprudencia, rechazando la responsabilidad objetiva.
- b) La necesidad de que la pena **se contraiga al hecho propio** (individualización del castigo)
- c) La necesidad de tener en cuenta la **situación concreta en la que el autor se encontraba al tiempo de cometer el delito** para que las circunstancias concurrentes puedan jugar un papel eximente o reductor del castigo.
- d) Exigencia de que la pena sea proporcionada a la “entidad culpable” de la actuación del actor; es decir, que entre el castigo y el injusto exista un equilibrio (principio de proporcionalidad)³

¹ . ROXIN, (Claus), Op Cit, pág 298.

² . ZAFFARONI, (Eugenio Raúl) “Manual de Derecho Penal: Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, cuarta edición, marzo 1985, pág 441.

³ . QUINTEROS OLIVARES, (Gonzalo), Op Cit págs 97-98.

Al respecto y tomando en cuenta los elementos antes aportados, tenemos que ROXIN nos complementa el principio de culpabilidad, cuando nos dice que *“Si la pena presupone culpabilidad, sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiera tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida; pero ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho”*¹ . Por ello, la idea del principio en estudio, se plasma en dos factores o subcomponentes: el principio de **personalidad de las penas** y el de **exigencia de dolo o culpa**².

¹ . ROXIN, (Claus) Op Cit, pág 146. Ver el artículo “El principio de Culpabilidad” pp 365-395, en JAKOBS, Op Cit.

² . *“El primero de ellos limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participan en él como inductores, coautores, cómplices y encubridores (...)*
En segundo lugar, y casi primero y principal, habida cuenta la asimilación legislativa del principio de personalidad, lo que el principio de culpabilidad reclama es el rechazo de la responsabilidad objetiva y la exigencia de que el delito se cometa o dolosamente o, al menos, por imprudencia, es decir, o de propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto pero que ni eran previsibles ni evitables”, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Ignacio) y ARROYO ZAPATERO, (Luis), Op Cit, pág 64-65

SEGUNDA PARTE:

***ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REFORMA
DE CÓDIGO PENAL (INCLUSIÓN
DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES)***

CAPITULO PRIMERO:

LAS RELACIONES CONJUNTIVAS ENTRE DERECHO LABORAL Y DERECHO PENAL

Sección I: Teoría General de los delitos en materia laboral

En la materia de delitos contra los trabajadores, se genera la misma funcionabilidad de la teoría general que en cualquier otra clase de delitos. Se suscita un *juicio de antijuricidad y uno de culpabilidad*. Si hablamos del primer supuesto, para que una conducta sea punible debe ser antijurídica y ello depende de la constatación de dos aspectos básicos: vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la norma, a través de la realización del tipo delictivo previsto por la norma penal y ausencia de causas de justificación¹.

En torno al juicio de culpabilidad, se concreta en el reproche personal que se realiza al autor por la realización de la conducta antijurídica, por lo que *“La culpabilidad se caracteriza así como actitud interna jurídicamente desaprobada o como negación del deber de actuar en el sentido determinado que el ordenamiento exigía, cuando ello era posible para el autor”*². Procedemos seguidamente a caracterizar en las líneas que siguen, algunos elementos que nos ayudarán a comprender el fenómeno en estudio.

A) Derecho Penal del Trabajo

Debemos de decir inicialmente, que este tipo de derecho es una categoría histórica, que tiene relación básicamente con la tutela del Derecho Penal a factores

¹ . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) coordinador; CORDERO SAAVERDRA, (Luciano); GUTIERREZ-SOLAR-CALVO, (Beatriz) y MARTÍN JIMÉNEZ, (Rodrigo) *“Derecho Sancionador Público del Trabajo”*, Editorial Colex, Madrid, 2001, pág 149.

² . *Ibíd.*, pág 173.

como el de la “libertad de trabajo” o sobre la protección de mujeres o niños¹. Por su parte, un autor como ARROYO ZAPATERO, define al derecho penal del trabajo como “...el conjunto de preceptos penales (criminales) creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinadas a tutelar a los trabajadores”².

En todo caso, se ha dicho que el derecho penal del trabajo se extiende a tres grandes grupos de intereses:

a) Protección penal de las condiciones mínimas de trabajo, incluyéndose en este apartado como elemento dotado de especificidad propia, además del salario y la estabilidad en el empleo, el conjunto de mecanismos de acceso al sistema de Seguridad Social.

b) Protección penal de las condiciones personales de trabajo, casi unívocamente referidas a la salud laboral (seguridad e higiene en el trabajo)

c) Protección penal y regulación en última instancia, del principio de autonomía colectiva y de las reglas de actuación colectiva³.

Para SEMPERE NAVARRO, existe una incorporación de bienes sociolaborales al Derecho Penal, generándose cada vez más, una mayor importancia de los delitos laborales en el conjunto de las normas penales⁴. Es decir, la normativa penal ha subsumido aquellos delitos que a pesar de nacer en el seno de las relaciones laborales; presentan suma importancia para conformar una materia especializada, denominada derecho penal del trabajo. Ahora bien, esta conexión entre las normas penales y las típicamente laborales, es para el autor de género a especie, “lo que significa que la dogmática y el fundamento sobre el que se asienta la construcción del Derecho Penal

¹ . BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan) “Derecho Penal del Trabajo”, Editorial Trotta, Madrid, 1990, pág 12.

² . ARROYO ZAPATERO, (Luis A.) “Manual de Derecho Penal del Trabajo”, Barcelona, 1988, pág 10. Cfr: En contra de esta posición véase a BAYLOS y TERRADILLOS, Op Cit, pág 30.

³ . BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan), Op Cit, pág 31.

⁴ . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) Op Cit, pág 34.

no resulta alterado por el hecho de que existan delitos de proyección laboral, o más ampliamente social”¹.

Tratando de hacer una reflexión sobre todo lo antes expuesto, debemos de destacar que estimamos la existencia de dos dimensiones fácticas posibles de este derecho penal del trabajo: una **interna** y la otra **externa**. Si hablamos de la *dimensión interna*, nos referimos a aquellos delitos que atañen al constreñimiento de derechos surgidos de la relación obrero-patronal; los cuales se lesionan en perjuicio de los titulares e incluso al Estado como parte pasiva –piénsese en la evasión a la seguridad social y el perjuicio a la entidad estatal como un todo con este acto-. Al referirnos en contrapartida, a la *dimensión externa* del tipo de derecho que nos ocupa, estamos haciendo alusión a aquellas prácticas constitutivas de delito, que tienen su gestación fuera del ámbito de la empresa. Nos referimos a los delitos que impidan, menoscaben o desconozcan libertades públicas tales como a manera de ejemplo, el ejercicio de la libertad sindical y de organización representativo/partidista.

Por último, estimamos que sería válido ahondar más detalladamente sobre la intencionalidad de tutelar en tipos penales, aspectos laborales, y al respecto nos planteamos la siguiente interrogante: ¿por qué razón determinadas acciones que pueden tener su germen en el derecho laboral, sean ventiladas en sede penal? ¿por qué razón no se pueden dejar estas conductas en ilícitos laborales?. En primer lugar la conversión de tales ilícitos en sede penal, tiene su relevancia en razón del bien jurídico tutelado², lo que implica que existe importancia por parte del ordenamiento jurídico, de tutelar las faltas cometidas hacia los(as) trabajadores(as) en su cotidiana prestación de servicios. Segundo, los principios de derecho laboral como lo hemos analizado anteriormente, buscan salvaguardar a la parte más débil de la relación obrero/patronal³ y al reforzarse la defensa de los trabajadores en el ámbito penal; ello implica que a éstos les asiste otra vía legal y supletoria para el ejercicio de sus derechos, coactiva, oficiosa, de impulso procesal por parte del poder punitivo del Estado.

¹ . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) Op Cit, pág 34.

² . Véase sobre este concepto, Supra págs 44-46.

³ . Supra pág 29-30.

1. *Los delitos laborales y el bien jurídico protegido*

El hecho de referirnos a los delitos laborales, significa por sí mismo que el Derecho Penal adquiere una autonomía, que produce por sí misma su desprendimiento de otras materias afines a la tutela por excelencia de los derechos del trabajador. Nos referimos propiamente al Derecho del Trabajo y a la Seguridad Social. Es decir, el legislador consiente darle un mayor realce a bienes jurídicos que tengan relación o incidencia en el campo laboral, sin embargo habría que realizar una marcada distinción en lo siguiente: naturalmente no son *delitos laborales* todos aquellos que afectan a los trabajadores como sujetos pasivos o que se producen en el contexto del mercado de trabajo.

En todo caso, la tipificación de delitos penales en general –y los laborales no podrían ser la excepción-, no escapan de la tendencia del principio de intervención mínima, que significa ni más ni menos que el Estado no está obligado a castigar absolutamente todo, sino lo más perjudicial para la convivencia humana puesto que *“Si pretendiese castigar todo lo malo, tendría que multiplicar el aparato policial, judicial y penitenciario hasta límites insostenibles y además, se expondría a agarrotar la convivencia normal de los individuos”*¹. Para QUINTEROS OLIVARES este principio en estudio está ligado directamente al de protección exclusiva de los bienes jurídicos, debido a que debe discriminarse entre los intereses de la sociedad y desecharse aquellos que son considerados de índole minoritaria².

Por otra parte, la dinamicidad de los bienes jurídicos laborales hace que el Derecho Penal se entronice en una variabilidad de las necesidades sociales, positivizadas en cada momento en la normativa penal. Entre los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal se encuentran algunos que directa o más matizadamente –por ser comunes a otras realidades- están presentes en el ámbito de las

¹ . LANDECHO VELASCO, (Carlos María) y MOLINA BLÁZQUEZ, (Concepción), Op Cit, pág 58. Para JESCHECK este principio se caracteriza por lo siguiente: *“El Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social”*, Op Cit, pág 9; en igual sentido a SEMPERE NAVARRO, pág 159.

² . QUINTEROS OLIVARES, (Gonzalo) Op Cit, pág 94.

relaciones laborales: vida e integridad física de los trabajadores, condiciones de trabajo, libertad sindical etc.¹

Asimismo, vale destacar que lo anteriormente expuesto es válido para el Derecho Penal del Trabajo, el cual no se mantiene invariable ni ajeno a las vicisitudes históricas y políticas, que inciden en determinar que bienes jurídicos de índole laboral deben ser tutelados. Es así, como en este tipo de derechos existe la necesidad de salvaguarda de requerimientos muy concretos, que se plasman en delitos tales como discriminación laboral; tráfico ilegal de mano de obra; promoción inmigración laboral etc., los cuales han necesitado ser cuidadosamente tipificados.

2. Diferencia entre Delitos contra los Trabajadores y Criminalidad Común

Una arista de este trabajo que podría detallarse, es la que indaga si existe alguna diferencia sustantiva entre los delitos comunes y los delitos cometidos en contra de los trabajadores. En principio, para ambas categorías de delitos funge el principio de que el Estado ejerce su facultad represiva, basados en que el fundamento de la existencia de este ordenamiento punitivo, se vincula a su necesidad para el mantenimiento de un determinado orden social, y cuya creación deviene en la consecución de un mecanismo que nos permita vivir mejor².

El profesor ROXIN, nos ilustra básicamente en que consiste la misión del Estado como entidad respectiva, y al respecto aduce lo siguiente:

“Si el Derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento del orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina, de momento, qué conducta puede conminar el Estado”³

¹ . SEMPERE NAVARRO, (Antonio), Op Cit, pág 33.

² . BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Ignacio) y otro, Op Cit, pág 5.

³ . ROXIN, (Claus), Op Cit pág 81.

Ahora bien, se hace oportuno destacar que el sistema penal se torna como una respuesta no absoluta para infringir responsabilidades por los ilícitos cometidos y consecuentemente, para reducir el auge criminal por si mismo. Como bien lo ha dicho DANDURAND, *“Sabemos que el sistema penal , aun en el mejor de los casos, es un instrumento torpe e inadecuado para prevenir la delincuencia y proteger los derechos humanos y políticos. En su mayor parte las respuestas verdaderas a nuestros problemas de criminalidad parecen yacer fuera del ámbito de nuestro sistema de justicia penal. Sin embargo, el problema es que, si bien todos nosotros podríamos estar muy conscientes de todas estas limitaciones, el público no está compartiendo nuestras opiniones”*¹.

En otras palabras, las instancias legales institucionales, creadas en el marco de nuestras sociedades para solucionar la delincuencia si las analizamos separadamente, se constituyen en un mecanismo de alcance medio en razón que no se les puede atribuir que sirvan de panacea para resolver problemas que por demás, tienen hondas implicaciones y repercusiones que deben ser solventados, por el aparato estatal en su conjunto. No es un asunto de poderes constitucionales de la República, en donde uno de ellos a manera de ejemplo, como lo es el judicial, debe solventar la conflictividad social: más bien se requiere de una labor compartida que se encamine hacia un esfuerzo conjunto de todos los órganos del Estado.

En una encuesta de opinión pública de la CID, para enero de 1995 los costarricenses consideran toda una serie de problemáticas como las principales causas del aumento de la delincuencia y en consecuencia de la inseguridad ciudadana. De todas ellas, el 41% de causas inherentes al aumento de la delincuencia, eran causas atribuibles al sistema penal².

¹ . DANDURAND, (Yvon), **“¿Debe una Mayor Seguridad de los Ciudadanos Significar un Mayor Castigo? Reacción a los Desafíos Actuales en Materia de Condenas y Prisiones”**, en CARRANZA, Elías (coord.), *Delito y Seguridad de los Habitantes*, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, siglo veintiuno editores, primera edición 1997, pág 191.

² . Citado por SALAZAR CARVAJAL, (Juan Pablo), *“Sistema Penal en la Sociedad Democrática”*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998. El autor establece que ese 41% lo constituyen en su orden las penas leves (18%); el mal entrenamiento policial (7%); la corrupción policial (7%); la Sala Constitucional (4%).

En el caso concreto del sistema de justicia penal costarricense, existen autores que han detectado problemáticas inherentes al mismo, que lo han sumido en una irreversible crisis¹.

Por otra parte, una veta de estudio para apreciar la crisis del sistema penal contemporáneo en su conjunto, puede encontrarse en las estadísticas. Por ejemplo, si comparamos otros sistemas que se suponen ser más privilegiados por su contexto y desarrollo social, nos encontramos con que en la mayoría de las estadísticas criminales de Europa, se tiene que sobre un promedio de cien infracciones, treinta son de conocimiento de la policía; la mitad de éstas serán objeto de un procedimiento y apenas un cinco por ciento del total, es objeto de una condena².

Con todos estos antecedentes, podemos apreciar la problemática que aqueja a los delitos comunes o a la criminalidad común, más entonces, ¿en qué se diferenciarían este cuadro fáctico con los delitos laborales?. Esta respuesta nos la dan BAYLOS y TERRADILLOS, cuando nos ilustran de la siguiente manera:

¹. “Cuando decimos que el sistema punitivo costarricense está en crisis, es porque hemos observado que algunos de sus mayores problemas -entre otros de diversa índole- lo constituyen el congestionamiento en la tramitación de causas penales y su escasa eficiencia como respuesta al control de los conflictos que se presentan en la sociedad. Varias razones pueden apuntarse al respecto: la excesiva penalización de dichos conflictos, derivada en gran medida del llamado fenómeno de la “bagatelización” del derecho penal (utilizando como una vía sancionadora para hechos de poca monta que dificultan la resolución de los verdaderamente graves); el enconado “ritualismo” de los procedimientos judiciales en la averiguación de los ilícitos (dándose en no pocos casos, mayor trascendencia a la “forma” que al “fondo”); la impunidad de los delitos no convencionales (especialmente los económicos), que implica un severo daño a la credibilidad del sistema; y la gran demora o tardanza en la tramitación y decisión final de los asuntos.”, HOUED VEGA, (Mario), **“Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas”** en SÁNCHEZ ROMERO, *Op Cit*, págs 112-113. Otras apreciaciones interesantes en torno al fenómeno judicial costarricense se vierten en el seminario organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) los días 23-24 de setiembre de 1999 en tres ciudades del país -San José, Puntarenas y Limón-. En el aspecto denominado **“La Reforma Procesal Penal y el Régimen de Garantías: Logros y Problemas”**, que contó con la presencia entre otros, del Dr. Fernando Cruz, Presidente del Tribunal de Casación Penal, el Dr. José Manuel Arroyo, juez del Tribunal de Casación Penal y del Lic. Carlos María Jiménez, Fiscal Adjunto de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público, se diagnostica la siguiente situación: *“Para el caso de Costa Rica, hubo consenso en que el problema central en la aplicación de la nueva normativa lo plantea el Ministerio Público (...) Tanto para Cruz como para los juristas Arroyo y Jiménez, esa institución no estaba materialmente preparada para hacer frente a la cantidad y la calidad de la tarea que se le impuso. (...)”*

Jiménez hizo ver la carencia de los más básicos recursos que aqueja al Ministerio Público para desempeñar sus funciones: personal insuficiente en proporción con la cantidad de asuntos para tramitar; espacio físico limitado y poco propicio para ciertas diligencias; falta de equipo y materiales básicos; escaso presupuesto para la capacitación, etcétera.”, en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, **“Seguridad Ciudadana y Justicia Penal: Perspectiva de la Sociedad Civil: Memoria del Foro”**, CHINCHILLA MIRANDA, Laura (edit.), San José Costa Rica, primera edición, 1999, pág 40-41.

². MARCUS, (Michel), **“El Delito y los Modos de Regulación de los Conflictos Urbanos”**, en CARRANZA, Elías, *Op Cit*, pág 100.

“Quizá lo más sobresaliente de estas particularidades radica en que los delitos contra derechos de intereses específicos de los trabajadores despliegan su eficacia dentro del ámbito de la empresa. En contra de lo que ocurre en la criminalidad socioeconómica en general, que afecta a intereses más globales y “difusos” y a sujetos pasivos más indeterminados o indeterminables, el Derecho Penal del Trabajo se ocupa de conductas criminales que sin dejar de afectar a bienes jurídicos colectivos tienen más acotado el campo de perjudicados directos”¹.

3. Los Delitos contra los Trabajadores en otras legislaciones: El Caso Español

Se hace oportuno destacar los antecedentes de los delitos contra los trabajadores en España y al respecto tenemos que los actuales preceptos que integran el Título XV del Libro II del Código Penal, encuentran su precedente en el artículo 499 bis, que regía lo que denominaba el legislador del año 1971, los “delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo”².

Un aspecto importante a destacar es que en la época en que se incorporan al ordenamiento jurídico estas conductas, España estaba viviendo en el *franquismo* cuya dictadura no precisamente se podía caracterizar de salvaguardar los intereses laborales. Es paradójico que esta legislación se diera, por cuanto la ausencia de libertades en general era la tónica y lógicamente, mucho menos se salvaguardaban las garantías sindicales y el derecho de huelga. Al respecto se ha caracterizado esta coyuntura de la siguiente manera: *“El advenimiento del régimen nacido de la Guerra Civil significó*

¹. BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan) Op Cit, págs 41-42. Para NAVARRO SEMPERE, *“la existencia de delitos específicamente laborales –y comunes que, de una u otra forma aparecen vinculados al ámbito de las relaciones de trabajo- no permite establecer ninguna diferenciación respecto de los demás más allá de las especialidades propias derivadas de la aplicación de las normas sustantivas (laborales) en la determinación del exacto alcance que deban tener ciertos conceptos (condiciones de trabajo, libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo) a la hora de determinar la existencia o inexistencia del delito (...) Las sanciones penales que pueden imponerse como consecuencia de la comisión de delitos contra los derechos de los trabajadores o contra el patrimonio de la Seguridad Social no difieren en absoluto de las que se aplican a otros delitos”*, Op Cit, pág 78.

². RODRÍGUEZ RAMOS, (Luis); COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) y SÁNCHEZ TOMAS, (José Miguel) *“Derecho Penal: Parte General Vol III”*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España 1999, pág 149. Para MORILLAS CUEVAS, *“El nuevo articulado asentado, según la Exposición de Motivos, en la experiencia obtenida por la vigencia del Decreto-Ley del 15 de febrero de 1952, ampliaba el número de conductas punibles en un intento no excesivamente logrado de terminar con la fenomenología empresarial de abusos contra los derechos de los trabajadores”* pág 892, en COBO DEL ROSAL, (Manuel) *“Curso de Derecho Pernal Español: Parte Especial”*, Volumen I, Marcial Pons editores, Madrid, 1998.

desde la óptica de las relaciones de trabajo un incremento radical del intervencionismo administrativo y consiguientemente, del aparato burocrático que se reforzaría y consolidaría en etapas posteriores (...). La negación de la libertad de sindicación se compensó con fuertes medidas intervencionistas en los ámbitos más variopintos (conflictos individuales y colectivos, autorizaciones administrativas), negando virtualidad al conflicto social, acorazando la posición del trabajador e imponiendo trabas al poder de dirección del empresario y, en última instancia, al libre desarrollo económico de la empresa”¹.

El profesor MORILLAS CUEVA, nos sigue relatando el desenlace del artículo 499 bis del Código Penal español², al cual en el transcurrir del tiempo se acompañó de otros artículos, que presentan igualmente la característica de protección a los trabajadores. De este modo, surge el artículo 348 bis, a) como *delito contra la seguridad en el trabajo*, incorporado por Ley Orgánica 8/1983, del 25 de junio de ese mismo año, al igual que los *delitos contra la libertad sindical* y el *derecho a la huelga*, del artículo 177 bis, o las *lesiones por infracción de las leyes del trabajo* del art. 427, modificado por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, o sino las *coacciones laborales* del art. 496 párrafos 2 y 3, introducidas en el Código Penal por Ley 23/1976 del 19 de julio³.

¹ . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) y otros, Op Cit, págs 36-37.

² . El artículo 499 bis del Código Penal Español reformado el 15 de noviembre de 1971, se presentaba dentro del **Capítulo VIII –De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo-** en el **Título XII –Delitos contra la libertad y la seguridad-**, del Libro Segundo. Se componía de las siguientes infracciones delictivas: a) imposición de condiciones ilegales de trabajo (núm. 1); b) alteración ilegal de las condiciones de trabajo (núm.2); c) tráfico ilegal de mano de obra (núm.3); d) migraciones fraudulentas (núm.3 inciso final); e) crisis fraudulenta de empresa (penúltimo párrafo). El último párrafo lo dedicaba a la responsabilidad de las personas jurídicas.

³ . MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) en COBO DEL ROSAL, Op Cit, pág 893. Continúa el autor en estudio relatando la evolución de estos tipos penales, aduciéndonos lo siguiente: “*El Proyecto de 1980 se ocupaba de estos delitos bajo la denominación de Delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales, en el capítulo V del Título VIII –Delitos contra el orden socioeconómico-* del Libro Segundo; los arts. 356 357 y 358 contenían de manera parecida, lo que no obviaba importantes modificaciones, las diversas modalidades del entonces vigentes 499 bis, los arts. 359, 360, 361 y 362 contenían sin epígrafe especial las defraudaciones a la Seguridad Social lo que representaba la innovación más trascendente. La Propuesta como Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, los tipifica igualmente como delitos socioeconómicos, **-Título XII-** en el **Capítulo III**, bajo la denominación de **Delitos laborales** con dos secciones, la primera, **De los delitos contra los derechos de los trabajadores** (arts. 288,289,290); la segunda, **De los delitos relativos a la Seguridad Social y a la contratación de los trabajadores** (arts. 291,292 y 293). El Proyecto de 1992, los regulaba de manera relativamente diferente como **Delitos contra los derechos de los trabajadores** en el **Capítulo XIV del Título XII –Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico-** en los artículos 292 a 298; del 292 al 294 se pueden equiparar con algunas diferencias importantes a los contenidos del 499 bis citado, incluyendo además la discriminación laboral (art. 295), los límites a la libertad sindical y al derecho de huelga (art. 296) y los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo (art. 297). Puede comprobarse con respecto a las otras Propuestas, la omisión en el Capítulo de los tipos referidos a la Seguridad Social”, *Ibíd.*..

El Código Penal vigente en España –promulgado en el año 1995- consolida el derecho penal del trabajo y ubica los tipos penales bajo el Título XV del Libro Segundo con el título “De los Delitos contra los Trabajadores”, cuyos numerales corren desde el artículo 311 al 318. Básicamente se aglutinaban tales delitos en los siguientes tipos penales los cuales a su vez, poseen tipos más especializados o descriptivos: A) Imposición de condiciones laborales ilegales; B) Tráfico ilegal de mano de obra; C) Migraciones clandestinas o fraudulentas; D) Discriminación laboral; E) Límites a la libertad sindical y al derecho de huelga; F) Delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo; G) Responsabilidad en las personas jurídicas.

En torno al bien jurídico tutelado en este tipo de derechos, siguiendo con MORILLAS CUEVAS, tenemos que el autor nos relata lo siguiente: *“En cualquier caso, el cambio de comprensión asumido y desarrollado por el Código Penal supone indudables ventajas: por un lado se tutela el derecho al trabajo en condiciones dignas, como un derecho fundamental de la persona, de manera análoga a los contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución; por otro, se unifica el bien jurídico protegido, concretándose en los derechos de los trabajadores, por encima de los posibles bienes jurídicos-derechos específicos a los que se pueden referir los diferentes tipos; por último, se utiliza la posibilidad de albergar otros comportamientos relacionados con el trabajo que constituyen de igual manera conductas intolerables. En definitiva el bien jurídico protegido en el **Título XV** son los **derechos de los trabajadores** como interés autónomo tutelado. Ello no significa que en cada tipo en concreto esta protección generalista no se proyecte en bienes específicos, como los derechos de los trabajadores derivados de las condiciones mínimas generales de trabajo, la seguridad en el trabajo, la estabilidad en el empleo, el derecho de igualdad jurídica en el trabajo, el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga, la seguridad de la vida, de la integridad y de la salud de los trabajadores desde la idea de la seguridad y la higiene en el trabajo, etc.”¹*

Una vez esbozado a grandes rasgos el caso español, nos adentramos a hablar del denominado *tipo de injusto* y las formas de *acción*, todo ello que en el momento de

¹ . MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) en COBO DEL ROSAL, Op Cit, págs 897-898.

analizar el proyecto de ley costarricense, en el marco de la parte segunda, nos será de gran utilidad tener este basamento previo.

A) Tipo de Injusto

El tipo es la descripción de la conducta contraria al ordenamiento jurídico y por lo tanto, prohibida, que realiza el legislador en las normas penales. La verificación del tipo delictivo significa la realización del desvalor o injusto que la norma penal asocia a cada delito descrito en la misma¹.

Este tipo de injusto ha sido definido como el “*Conjunto de las características que fundamentan la antijuricidad de la acción*”² y si a su vez, hablamos de la antijuricidad, nos referimos al choque que tiene la conducta con el orden jurídico; por lo que el método según el cual se comprueba la presencia de la *antijuricidad* consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico³. Esta causa de justificación no solo es válida su indagación para el derecho penal, sino también en el ámbito civil, comercial, administrativo, laboral, etc.

El tipo de injusto es, por tanto, la descripción de aquellas características positivas de la acción que, en abstracto, determinan su contrariedad a Derecho. Es decir, de aquellas características en virtud de las cuales la acción aparece objetivamente como negación intolerable de bienes jurídico-penalmente protegidos. A continuación vamos a indagar en torno a si existe alguna diferencia entre el injusto penal y el de índole laboral.

¹ . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) y otros, Op Cit, pág 154. Cfr: “*La lesión del bien jurídico puede no constituir un injusto típico si no va, acompañado del desvalor de la acción (...) Es indiscutible, pues, que el desvalor de acción puede jugar, y de hecho juega en ocasiones, un papel decisivo al lado del desvalor del resultado, en la integración del contenido material de la antijuricidad*” RODRÍGUEZ MOURULLO, Op Cit, págs 332-333.

² . RODRÍGUEZ MOURULLO, (Gonzalo) Op Cit, pág 239.

³ . ZAFFARONI, (Eugenio Raúl), Op Cit, pág 480.

1. *Injusto penal e injusto laboral*

Para SEMPERE NAVARRO, el injusto penal no coincide con el injusto laboral, “...ya que este último es mucho más amplio que el primero. Por ello vulneran las exigencias de tipificación aquellas figuras delictivas en las que todo incumplimiento laboral que perjudique los intereses de los trabajadores tendrá relevancia penal”¹

Sin embargo, el injusto laboral puede tener vicios de concreción para una correcta o adecuada tipicidad, lo cual dificultaría conocer cual es el tipo de injusto de la norma laboral, al no comprenderse certeramente los elementos normativos del tipo. Una situación que se podría dar para no obtener una adecuada tipicidad, sería la de los *conceptos jurídicos indeterminados*, los cuales contrastan la ineludible necesidad de describir la conducta típica, antijurídica y culpable. En ese sentido, tenemos que un autor como DE LA VILLA GIL, nos habla de que la indeterminación normativa no es uniforme sino que responde a exigencias y propósitos distintos que autorizan la delimitación de tres grados o niveles de intensidad: mínima, media y máxima².

En nuestro ordenamiento jurídico, la Sala Constitucional a través de la sentencia No 5594-94, San José, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de septiembre de 1994, realizó una caracterización de estos conceptos jurídicos indeterminados, de la siguiente manera:

“V. Los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los primeros delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca, como lo son la mayoría de edad, plazos para promover recursos y apelaciones, etc. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto, conceptos como lo son la buena fe, la falta de probidad, la moral, las buenas costumbres, etc. Así, aunque la ley no determine con claridad los límites de estos conceptos, porque se trata de conceptos que no admiten cuantificación o determinación rigurosa, pero que en todo caso, es manifiesto que con ellos se está refiriendo a un supuesto de realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de aplicación. La ley utiliza conceptos de valor - buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, orden público, justo

¹ . SEMPERE NAVARRO, (Antonio) Op Cit, pág 155.

² . DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) “**El Principio de Adecuación Social y los Conceptos Jurídicos Indeterminados en el Derecho del Trabajo**” Capítulo XIII pág 407 y sgtes en DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y LÓPEZ CUMBRE, (Lourdes) “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999.

precio, moral-, o de experiencia -incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible-, porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero resulta claro que al estarse refiriendo a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, como es el caso de la determinación de las infracciones o faltas disciplinarias, la aplicación de tales conceptos a la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay, o acciones contrarias al orden público o no las hay, o hay acciones contrarias a la moral o no las hay, etc. En esto radica lo esencial de este tipo de conceptos, de manera que la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que no obstante su denominación, son conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes, se da en todas las ramas del derecho, como por ejemplo en la civil -buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia-, en la comercial -interés social-, en la procesal -pertinencia de los interrogatorios, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio irreparable-, o en la penal -alevosía, abusos deshonestos-, son sólo algunos de los ejemplos que se pueden citar. En el Derecho Administrativo, no existe diferenciación en cuanto a la utilización de conceptos tales como la urgencia, el orden público, el justo precio, la calamidad pública, las medidas adecuadas o proporcionadas, la necesidad pública o el interés público, etc., no permitiendo una pluralidad de soluciones justas, sino sólo una solución a cada caso concreto."

Una vez que se ha determinado la tipicidad de una conducta, esto es, la concurrencia en la misma de los diferentes elementos que definen el tipo, se considerara la relevancia penal de dicha acción. Por esta razón, los injustos laborales no pueden escapar de las demás vicisitudes que atañen a los injustos penales, puesto que en el fondo los *injustos laborales* son solamente una categoría específica del Derecho Penal.

B) Acción Típica

El Derecho Penal –como ordenamiento dirigido a proteger los valores esenciales para la convivencia en sociedad- tiene como finalidad la disuasión de los comportamientos que pueden vulnerar o poner en peligro los mismos. La acción es por tanto un elemento básico en la Teoría del Delito y es relevante desde la óptica penal, en la medida en que coincide con el tipo delictivo. Vamos a detallar brevemente algunos lineamientos básicos de lo que se entiende por el concepto en estudio.

1. Formas de la Acción

Puede asociarse al concepto jurídico de “acción” según la doctrina emitida por VON LISZT, como la *necesaria exigencia de comportamiento humano*¹. Al respecto CREUS nos dice que *“Aparentemente la doctrina moderna sigue polarizándose en dos conceptos de acción diferenciados: causalismo y finalismo. Para el primero, la acción sería el movimiento corporal y producido por (o que responde a) un acto de voluntad; para el segundo, trátase de la acción voluntaria final: la acción se concibe como conducta en cuanto actividad u omisión con las que el autor persigue un objetivo”*².

En la acción básicamente coexisten dos elementos: a) un acto de voluntad y b) su exteriorización (mediante un hacer o mediante inactividad, acción u omisión). Por ello, es oportuno indicar que acción y resultado deben hallarse en relación de causa a efecto³. La acción en sentido amplio⁴ consiste en la conducta exterior voluntaria (hacer activo u omisión) encaminada a la producción de un resultado, ya consista éste en una modificación del mundo exterior o en el peligro de que ésta llegue a producirse⁵.

La acción en sentido estricto consiste en un movimiento corporal voluntario, encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca⁶. En todo caso, sin ánimo de entrar en polémica o profundización con estos conceptos –puesto que no constituyen el objeto de estudio del trabajo como un todo-, nada más queríamos dejar clara la importancia de la acción en el derecho penal y analizaremos más adelante en el marco de la segunda parte, los tipos de acción que suponen los delitos que estamos investigando.

¹. MIR PUIG, (Santiago), Op Cit pág 50.

². CREUS, (Carlos), Op Cit, págs 157-158.

³. CUELLO CALÓN, (Eugenio) *“Derecho Penal Tomo I (Parte General)”*, quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, pág 278.

⁴. La expresión “acción” en amplio sentido jurídico, comprende la conducta activa (acción en sentido estricto) y la pasiva (omisión), el movimiento corporal y la actitud corporal.

⁵. CUELLO CALÓN, (Eugenio) Op Cit, pág 277.

⁶. *Ibíd.*, pág 279. De lo anterior necesariamente se deduce en palabras del mismo autor, que *“...los actos no voluntarios, los llamados actos reflejos, los movimientos corporales causados por una excitación de carácter fisiológico con completa ausencia de influjos espirituales no son acciones en sentido penal. Tampoco lo son los realizados bajo el dominio de una fuerza física irresistible. Cuando no hay movimiento voluntario no hay acción, y por lo tanto delito”*.

2. Formas de Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

La acción típica puede consistir bien en la lesión del bien jurídico protegido por la norma o bien en su puesta en peligro, cuando ello resulte prohibido por el legislador. Existen diferentes clasificaciones delictuales, las cuales pretenden especificar de que manera se lesiona el bien jurídico tutelado en la norma, y por ello en este apartado vamos a realizar algunas acotaciones sobre este particular; entendiendo que la clasificación que imponamos no es exhaustiva ni única, por cuanto se han escogido solamente algunos criterios.

En el fondo estas connotaciones, lo que buscan es escudriñar las formas de manifestación de la voluntad del sujeto activo del delito, la cual “...*puede manifestarse en el mundo exterior mediante un **hacer** que lo modifica, o mediante un **no hacer**, que lo deja tal como estaba (...)* Según consideremos un hacer o un no hacer, nos hallamos ante delitos de acción (de acción propiamente dicha) o delitos de omisión”¹.

Ahondando con las distinciones, se puede distinguir también entre **delitos de resultado o lesión y delitos de peligro**:

-Delitos de resultado: La figura del delito de resultado que exige la lesión de un bien jurídico. Para CREUS, los tipos penales sólo toman en cuenta resultados que, trascendiendo de la acción u omisión, se automatizan y quedan como entidad una vez que ella ha cesado; esos delitos son de lesión o daño².

-Delitos de peligro: En esta otra modalidad, el hecho constitutivo del delito no causa un daño efectivo y directo en intereses jurídicamente protegidos, pero crean para éstos una situación de peligro. Por peligro debe entenderse la posibilidad de la producción, más o menos próxima de un resultado perjudicial³.

¹ . CREUS, (Carlos) Op Cit, pág 177.

² . *Ibíd.*, pág 164.

³ . CUELLO CALÓN, Op Cit, pág 251. Cfr: Para MANZINI, “*El peligro no es nunca algo concreto, porque no es una realidad, sino un juicio lógico, una nueva previsión, fundada, en verdad, sobre la realidad, pero en la cual la misma realidad se evalúa en su potencialidad, esto es como indicio de lo que podrá suceder en el porvenir y no en sí misma*”, pág 155.

Se debe distinguir además como una subdivisión de los anteriores, entre los denominados **delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto**. En los primeros, es un elemento básico del tipo la creación de un peligro real y efectivo para el bien jurídico protegido; en los segundos, la exposición real del bien protegido a un peligro no es un elemento esencial del tipo¹.

Otra clasificación sería en torno a la **dimensión de la infracción** desde el punto de vista de su gravedad y las legislaciones siguen dos criterios: normar las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones, otras en delitos y contravenciones².

Igualmente podemos hablar de **delitos dolosos y culposos**, en donde para los primeros se requiere que haya una voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto³. Para el segundo delito, tenemos la siguiente digresión: *“Asentado que el tipo culposo prohíbe una conducta que es tan final como cualquier otra, cabe precisar que, dada su forma de deslindar la conducta prohibida, el más importante elemento que debemos tener en cuenta en esta forma de tipicidad es la violación de un deber de cuidado”*⁴.

Finalmente, hacemos alusión a los **delitos simples y complejos**, los cuales se refieren a lo siguiente: los delitos simples son aquellos que se violentan sobre un solo bien jurídico o un solo interés jurídicamente protegido. En contrapartida, son delitos complejos los constituidos por la infracción de diversos bienes jurídicos mediante hechos diversos, cada uno de los cuales constituye por sí un delito⁵.

¹. SEMPERE NAVARRO, (Antonio) Op Cit, pág 156.

². En el sistema jurídico costarricense, el Código Penal adopta la clasificación en *delitos y contravenciones*. Ello se desprende de la división que hace el texto en el Libro Segundo (“De los Delitos”) y el Libro Tercero (“De las Contravenciones”).

³. ZAFFARONI, (Eugenio Raúl) Op Cit, pág 405.

⁴. *Ibíd.*, pág 427.

⁵. CUELLO CALÓN, (Eugenio) Op Cit, pág 253. Precisa el autor que *“El delito complejo no debe confundirse en los casos en que una sola acción de lugar a diversos delitos”*.

3. *Sujetos del Delito*

La comprobación de los sujetos que podrían intervenir en estos tipos penales, básicamente habría que reseñarla de la siguiente manera: el **sujeto pasivo** del delito como titular del bien jurídico es el trabajador¹. Los delitos penales son elaborados con la ferviente necesidad de proteger a esta parte de la relación laboral, y por consiguiente, estimamos que si los(as) trabajadores(as) no son aquellas personas hacia las que van dirigidas estas previsiones, entonces se desnaturaliza la razón de ser del derecho penal del trabajo como disciplina jurídica y de protección de los intereses laborales.

Mayor problema podría causar el **sujeto activo** puesto que ha sido frecuente en la doctrina estimar estos delitos especiales propios, que solamente pueden ser cometidos por personas que reúnen las condiciones de empresarios o empleadores (CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC). Si constatamos esta situación, con el artículo 318 del Código Penal español, que faculta atribuir los tipos delictivos a las personas jurídicas, tenemos que la sanción se puede atribuir “..a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quines, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello”. En el caso de nuestra legislación, tenemos que el artículo 2 de nuestro Código de Trabajo faculta que la figura patronal recaiga sobre personas jurídicas, por lo que si conglobamos esta disposición con la legislación civil aplicable en la materia, nos encontramos las siguientes situaciones: la *persona jurídica* debe su existencia a la misma ley o de cualquier convenio, que estuviere conforme a esta ley²; a la vez que la entidad jurídica de la persona física termina con la muerte de ésta; y de las personas jurídicas cuando dejan de existir conforme a la propia legislación³.

¹. Sin embargo, esta posibilidad no está del todo clara en la legislación comparada. Volviendo al caso de España, tenemos que se ha dicho que “*En sentido general podemos trasladar los conceptos explicitados al ámbito penal, con alguna particularidad: en la mayoría de los artículos la protección está pergeñada hacia el “trabajador que trabaja” pero para el Título en general hay que ampliarlo no sólo a derechos reconocidos a aquél sino también al que desea ejercitar su derecho y deber al trabajo (art. 35 de la Constitución). Por ejemplo, el reclutar personas ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas (art. 312) es una conducta previa a la obtención de empleo; como lo pueden ser la inmigración clandestina de trabajadores o la emigración engañosa (art. 313)”*, MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 898.

². *Código Civil de la República de Costa Rica*, artículo 33.

³. *Ibíd.*, artículo 34.

En ese sentido, si analizamos que dentro del ámbito privado, la empresa puede conformarse bajo las denominadas sociedades de comercio según sus diferentes modalidades¹; una disposición como la analizada para el caso español, permitiría la configuración de reprochabilidad a los mismos socios, *si éstos pudiendo remediar el asunto, no lo hubiesen hecho*. Además, esta connotación de sujeto activo de acuerdo a nuestra legislación costarricense, podría endilgarse a quien(es) ejerza(n) la administración de la sociedad².

Sección II: El Derecho Sancionador Administrativo como punto de encuentro entre Derecho Penal y Derecho Laboral

Es nuestra intención en este apartado, ubicar algunos puntos de encuentro que se han dado entre las ramas del derecho penal y el laboral, a manera de ir recreando una posible conexión funcional. Encontramos este acometido en el denominado Derecho Disciplinario o Derecho Sancionador Administrativo, cuyo origen se encuentra ligado a la necesidad de contar con un antídoto para evitar la arbitrariedad e injusticia en contra del servidor público como sujeto pasivo³. Doctrinariamente, se ha visualizado la íntima relación entre los preceptos y reglas del derecho penal como base sustentadora del derecho disciplinario en sede administrativa⁴, e incluso esta apreciación es compartida

¹ . Código de Comercio de la República de Costa Rica, artículo 17.

² . “La administración de la sociedad, y el uso de la firma social, corresponderán exclusivamente a la persona o personas a quienes de acuerdo con los términos del contrato se hubiere dado esa facultad (...)” “Podrá ser administrador quien no sea socio, pero la escritura social deberá autorizarlo expresamente” “Los administradores tendrán las facultades y poderes que se determinen en la escritura social” Código de Comercio de la República de Costa Rica, artículos 39,40 y 41.

³ . BEZZI, (Osvaldo Máximo) "**El Poder Disciplinario de la Administración Pública: Naturaleza, Procedimiento y Control Jurisdiccional**" en Revista del Colegio de Abogados de la Plata, julio-diciembre 1982, año XXIV, número 43, pág. 31. Ver también en SEMPERE NAVARRO A.V. (coordinador) y otros, la Sección Segunda "**Principios del Derecho Sancionador**" págs 85-104 en "Derecho Sancionador Público del Trabajo", Editorial Constitución y Leyes S.A., Madrid, 2001.

⁴ . El profesor Marienhoff sostiene que "*Tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo las sanciones que se impongan tienen carácter o substancia penal. Las sanciones disciplinarias que impone la Administración también "son penas"; desde luego, no constituyen "penas" en el sentido del derecho penal sustantivo, pero tienen "substancia" o "índole penal" "* en MARIENHOFF, (Miguel S.) "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo II, 1969, pág. 226. Cf.: En contra de esta relación penalista, se encuentra un autor como PAUL LABAND, quien "...postuló la relevancia civil del Derecho Disciplinario, con un desarrollo doctrinario que alcanzó gran repercusión en Europa Continental. En síntesis afirmaba que por encima de sus parecidos externos y formales, el concepto de derecho disciplinario no puede alcanzarse por su relación con el Derecho Penal, tal como venía haciéndose, sino por su relación con el Derecho Civil, puesto que el derecho disciplinario es el correlato de unas relaciones contractuales y de unas relaciones de poder" citado por BEZZI, Op Cit, pág. 35.

por la propia Sala Constitucional, cuando en sentencia número 0364-95 de las dieciocho horas del dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco, en la que se indicó lo siguiente: "Así las cosas, existe una independencia de vías entre lo penal y lo administrativo, pues ninguna está en principio subordinada a la otra en virtud de que gozan de autonomía; sin embargo, a pesar de que la palabra autonomía evoca la idea de independencia que no significa necesariamente independencia en todos los aspectos, no implica tampoco el aislamiento de una determinada rama jurídica del resto que conforma el todo llamado ordenamiento jurídico. Precisamente, el punto de análisis configura un buen ejemplo de complementación entre dos regímenes sancionatorios, pues la administrativa en este caso concreto necesita de la certeza y la seguridad jurídica que otorga el proceso penal, para poder imputar un determinado ilícito al abogado, y configurarse con ello una de las causales de suspensión del ejercicio profesional. Por consiguiente, no existe en la especie el vicio de inconstitucionalidad por violación al principio del non bis in ídem, ni a la libertad de trabajo."

En un recurso de amparo que fue interpuesto por una posible violación al debido proceso, al diferir las declaraciones de los testigos que ellos mismos habían dado tanto en el procedimiento sancionatorio como en el posterior proceso penal, la Sala Constitucional adujo lo siguiente: "(...) de manera alguna puede considerarse una vulneración al debido proceso en tanto ambos procesos buscan fines diversos; el procedimiento administrativo disciplinario se instaura para conocer la verdad sobre una falta a las obligaciones del servidor público y puede culminar con una sanción de despido, es decir, con la pérdida del trabajo para el titular de la plaza. El sistema penal es represivo y la culminación de un proceso puede, entre otros bienes jurídicos, conllevar la privación del bien jurídico libertad para el declarado culpable. Por los motivos expuestos no puede el recurrente equiparar ambos procesos que tienen fines diferentes y que son decididos por funcionarios diversos de acuerdo a la función que a cada uno de ellos es encomendada. Este extremo del recurso es improcedente como se declara" ¹. Tenemos entonces que la distinción entre ambos compartimentos, es bien delineada por el tribunal constitucional y sobre todo, ha definido que debe entenderse como aquellos actos susceptibles de ser recurridos por inobservancia del debido proceso².

¹ . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-10198, San José, a las quince horas con veintinueve minutos del diez de octubre del dos mil uno.

² . "**V.-** Las exigencias del debido proceso, ampliamente desarrolladas por esta Sala, **deben cumplirse tanto en el procedimiento administrativo sancionatorio como en el proceso penal ordinario**, sin embargo, su aplicación no es idéntica en uno u otro caso, merced al bien jurídico en juego en ambas situaciones, lo que justifica soluciones diversas. El proceso penal se regula por el Código Procesal Penal y

En virtud de lo antes expuesto, no es dable a la Administración si a un trabajador se le endilgan faltas, imponerle una sanción en forma directa sin llevar a cabo un debido proceso, ya que ello atenta contra lo externado por la Sala Constitucional y las reglas del derecho disciplinario administrativo¹. La única excepción que ha adoptado la jurisprudencia constitucional, es en referencia a las faltas de “mera constatación”².

A) La Potestad Sancionadora de la Administración en los Procedimientos Disciplinarios

Este tipo de potestad ha sido definida como *"la facultad que tiene la Administración de imponer sanciones por el incumplimiento de sus preceptos"*³. Esta posibilidad sancionatoria ha sido asociado doctrinalmente también, desde la óptica de la

el procedimiento administrativo disciplinario por las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública, en los casos en que no existe una normativa diversa para tal fin. El Código Procesal actual entró en vigencia el primero de enero de 1998 y ha venido provocando transformaciones importantes en la tramitación del proceso penal -que tiene exigencias mayores, dado la innegable mayor entidad de los bienes jurídicos involucrados-, que también debe obligar a un ajuste importante en el procedimiento administrativo, en la medida de lo posible, y siempre partiendo de las diferencias entre ambos sistemas. El alcance de la jurisprudencia que se ha citado supra, a la luz de nueva normativa procesal penal obligan a la Sala a sus propias reflexiones, en torno a las lesiones del debido proceso que se constituyen objeto de amparo. Dentro de esta óptica debe concluirse que **no toda infracción de normas procesales que regulan la tramitación del procedimiento administrativo disciplinario, se convierte por sí solas en indefensiones jurídico-constitucionales y la calificación de la indefensión con relevancia en el orden constitucional ha de hacerse a partir de la introducción de factores diferentes del rigor formal del que se ocupa la jurisdicción ordinaria. De seguido esta Sala hará algunos ajustes en relación con la valoración del procedimiento sancionatorio administrativo**, el que de manera alguna puede considerarse taxativo, antes bien, intenta ir perfilando –desde la óptica de constitucionalidad no de legalidad ordinarias- la materia administrativa sancionatoria, en principio, no puede divorciarse del procedimiento penal, promulgado para la afectación de bienes jurídicos de mayor entidad como la libertad personal" (ENFASIS NUESTRO) **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Voto No 2001-10198San José, a las quince horas con veintinueve minutos del diez de octubre del dos mil uno.

¹ . **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, Voto No 7079-96, San José, de las once horas cincuenta y cuatro minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

² . Véanse al respecto los Votos No 4059-94; 1464-96; 241-98 de la Sala Constitucional; así como Votos N°s. 159, de las 10 horas, del 11 de junio de 1999 y, 315, de las 10:40 horas, del 8 de junio del 2001, de la Sala Segunda entre otros.

³ . HERNÁNDEZ RON, (J.M.) "Tratado Elemental de Derecho Administrativo", Caracas, Tipografía Americana, Tomo I, 1975, pág. 113. En igual sentido ver a MARTÍNEZ MARÍN, (Antonio) "Régimen Jurídico de los Funcionarios", Editorial Tecnos, Madrid, pág. 115. Para DROMI, el poder disciplinario que ostenta la administración, "*Tiene como finalidad asegurar el buen funcionamiento de los servicios y la continuidad de la función pública, por parte de los Agentes Públicos, que en situaciones de subordinación observan la conducta ajustada a los deberes de la función*", en DROMI, (José Roberto) "Manual de Derecho Administrativo", Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, pág 191.

supremacía de la administración para ejecutar dicha labor¹. Para un autor como VILLALOBOS MOLINA “...la potestad sancionadora administrativa existe, al igual que las restantes potestades, porque a la Administración le ha sido atribuida esa facultad por parte de la legalidad (...) Y para el ejercicio de cualquier potestad la Administración debe sujetarse al orden normativo constitucional, legal y reglamentario sin poder salirse de éste”².

La Sala Constitucional ha dicho en su resolución 5594-94 que “La responsabilidad administrativa o disciplinaria es la que nace de la transgresión de una obligación administrativa o de un deber impuesto a un funcionario o empleado, que se hace efectiva cuando el sujeto comete una falta de servicio o de comportamiento, transgrediendo las reglas de la función pública”³. Continúa la supracitada resolución aduciendo que “Este régimen es una especie de la potestad "sancionadora" del Estado, de la que dimana, potestad que es inherente y propia de la Administración Pública, traduciéndose en la facultad de, por lo menos, un "mínimo" de poder para que ésta aplique sanciones disciplinarias a sus funcionarios o empleados cuando falten a sus deberes. (...) Se puede concluir que en realidad, el fin de la responsabilidad disciplinaria es asegurar la observancia de las normas de subordinación y, en general, del exacto cumplimiento de todos los deberes de la función. Así, el derecho disciplinario presupone una relación de subordinación entre el órgano sometido a la disciplina y el órgano que la establece o aplica, más que para castigar, para corregir, e incluso educar al infractor de la norma, de ahí el carácter correctivo de las sanciones disciplinarias”. Esta sentencia está muy acorde con lo que ha comentado la doctrina, en referencia a que la administración posee para el cumplimiento de sus fines, una potestad sancionadora que se concreta en dos campos: como facultad disciplinaria y

¹ . CAJINA CAVARRÍA, (Mario) y RETANA MADRIZ, (Geovanni) "El Procedimiento Administrativo Disciplinario (Sancionatorio) en el Sector Descentralizado de Costa Rica", Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, junio 1993, pp 27-32. Para VEGA ROBERT y VARGAS HIDALGO, "Los conceptos de supremacía, autoridad, heteronomía, soberanía, interés público, quedarán plasmados en forma automática en las disposiciones estatutarias con el fin de garantizar el impedimento de cualquier oportunidad al servidor público para que pueda cuestionar sus condiciones de trabajo a través de las instituciones creadas por el Derecho del Trabajo", Op Cit, pág. 62

² . VILLALOBOS MOLINA, (Luis Alonso), "El Régimen Disciplinario Estudiantil de la Universidad de Costa Rica: Análisis Crítico a la Luz del Debido Proceso y Propuestas de Reforma", Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tomo I, 1998, pág 40.

³ . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 5594-94, San José, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

como facultad correctiva o gubernativa¹. En todo caso, para un autor como SEGARES MASÍS, en el procedimiento administrativo disciplinario coexisten dos competencias: laboral y administrativa. La primera establece las faltas y las causales sancionatorias (artículos 87,71 y 72 del Código de Trabajo), mientras que en el procedimiento sancionatorio, al no estar previsto en el Código de Trabajo, se aplicarían los procedimientos regulatorios de convenciones colectivas o reglamentos autónomos y supletoriamente las normas de la LGAP, pero que en último grado el control jurisdiccional lo ejercen los preceptos y principios constitucionales².

1. *La Naturaleza de las Sanciones Administrativas*

Las sanciones administrativas constituyen un instrumento mediante el cual las Administraciones Públicas de nuestro tiempo, recurren con extraordinaria frecuencia y del cual se sirven para proteger sus ámbitos puramente “domésticos” o “internos”. Al respecto, SUAY ha caracterizado a las sanciones administrativas así: *“...su finalidad última va a ser la de garantizar el mantenimiento del propio orden jurídico (bien el de la sociedad en su conjunto, bien el del interior de la administración), mediante la represión de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Es pues, el poder sancionador de la Administración un poder de signo represivo, que se acciona frente a cualquier perturbación que de dicho orden se produzca”*³.

Seguidamente, el autor distingue cinco elementos básicos de las sanciones administrativas, las cuales pasamos a exponer:

¹ . *“Como facultad disciplinaria se refiere a la posibilidad de imponer sanciones a las personas vinculadas a la Administración, con una especial relación de sujeción permanente o transitoria. Mediante ella, la Administración pretende garantizar el funcionamiento de su organización interna. Como facultad correctiva se dirige a la generalidad de los administrados y tiene como fin garantizar que la Administración pueda cumplir sus fines”* BERDUGO GÓMEZ (Ignacio), ARROYO ZAPATERO (Luis), GARCÍA RIVAS (Nicolás), FERRÉ OLIVÉ (Juan C.) y SERRANO PIEDECASAS, (José Ramón) *“Lecciones de Derecho Penal: Parte General”*, La Ley-Editorial Praxis S.A., segunda edición, octubre 1999, pág 15.

² . SEGARES MASÍS, (Pedro) *“El Debido Proceso y Lo Disciplinario Laboral”*; San José, octubre 1993, pág 29.

³ . SUAY RINCÓN, (José) *“Sanciones Administrativas”*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia-Italia, 1989, pág 20.

1) El carácter administrativo de la autoridad de la que emanan (elemento subjetivo). A diferencia de las sanciones penales, las que aquí nos ocupan se imponen por la administración.

2) El efecto aflictivo de la medida en que se exteriorizan (elemento objetivo). La imposición de la sanción trae como resultado una medida de carácter aflictivo por el ciudadano.

3) La realización de una conducta contraria a Derecho, con carácter previo. Para que un individuo pueda ser objeto de una sanción, es preciso, en efecto, que con carácter previo realice una conducta contraria a Derecho –una acción antijurídica, infracción o ilícito, como se prefiera-.

4) La finalidad represora que persigue (elemento teleológico). Todos los actos jurídicos están al servicio de una finalidad y cumplen una determinada función.

5) El carácter administrativo del procedimiento que ha de observarse (elemento formal). La sanción administrativa tiene lugar en el marco de un procedimiento administrativo¹.

Para ahondar más en este elenco descriptivo, es oportuno distinguir entre las diferentes sanciones impuestas por la administración. Es importante hacer notar que las mismas difieren según sea el interés de la administración o bien jurídico a tutelar, al igual que al sujeto destinatario. Así, tenemos que es muy diversa la sanción que imponga la administración a patrones morosos en las cuotas de seguridad social; a la que imponga a sus servidores por motivo de incumplir disposiciones atinentes al servicio público que realizan. Por ello, es oportuno hacer mención que para los efectos de este trabajo, entenderemos por *sanción administrativa* solamente aquella que se imponga a los funcionarios públicos, como consecuencia de las faltas que le puedan ser atribuidas en esta investidura.

Para terminar este acápite, es menester indicar si existe una diferencia entre *ilícito penal e ilícito administrativo*, en su orden cualitativo, es decir; si no estamos refiriendo

¹. SUAY RINCÓN, (José) Op Cit, págs 55-56.

al mismo fenómeno. Al respecto un grupo de autores, nos dicen que *“Si el Derecho Penal ha de tutelar las condiciones mínimas que posibiliten el funcionamiento de la sociedad, éstas pueden referirse tanto a los intereses del individuo como tal, como a los intereses de la Administración encaminados a asegurar el cumplimiento de sus fines”*¹. Con esta apreciación puede inferirse que se considera que puede hablarse de ilícito en la sede administrativa, con los mismos alcances del ámbito penal.

De nuestra parte, haríamos la distinción entre “ilícito” e “infracción” administrativa con la finalidad de clarificar dos aspectos que nos parecen diferentes. Si hablamos de ilícito administrativo ello implica que el legislador consintió en tutelar un bien jurídico en el orden penal, por lo que el sujeto pasivo puede hacerse acreedor(a) a una sanción prevista en caso de cumplir el supuesto fáctico.

B) Las Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Disciplinario

Históricamente, la facultad sancionadora ha sido atribuida a la jurisdicción penal únicamente respecto de los ilícitos que la ley denomina delitos o faltas, pero no frente a otro tipo de ilícitos –que la doctrina ha llamado como infracciones–, cuya posibilidad de sanción ha sido atribuida a la propia Administración². El tema de las relaciones entre ambas materias –penal y derecho administrativo disciplinario–, se ha decantado por una parte de la doctrina, por su íntima relación. En ese sentido, BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO han dicho que *“en el Derecho Administrativo han de ser “atendidos aquellos principios fundamentales inspiradores de todo Derecho punitivo” como los principios de legalidad, tipicidad, antijuricidad e imputabilidad dolosa o culpable, excluyendo toda posible interpretación extensiva, analógica o inductiva”*³.

¹ . BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Ignacio) y otros, Op Cit, pág 15.

² . BLASCO PELLICER, (Ángel) y GARCÍA RUBIO, (María Amparo), Op Cit, pág 112.

³ . BAJO FERNÁNDEZ, (Miguel) y BACIGALUPO, (Silvina) *“Delitos Tributarios y Previsionales”*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Jorge De Palma editor, enero 2001, pág 34. (véanse también SSTS, Sala 4ª, del 30/5/81 y 15/7/82). Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional de modo que hoy es doctrina constitucional la que los principios inspiradores del Derecho penal rigen en el Derecho administrativo, dados que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado. Esta afirmación fue efectuada por primera vez en la SSTS del 8/6/81; con posterioridad en STC 18/87. en este sentido, también se habían expresado numerosas sentencias del Tribunal Supremo, por ejemplo STS del 8/4/81: “Los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art.25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (sentencias de la Sala 4ª del 29/9, de 4 y 10/11/80), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales” pág 35.

Asimismo, contraviniendo hasta cierto punto la anterior tesis, tenemos la posición de NIETO, para quien los dos ordenamientos no son tan similares como se cree y ha llegado a sostener que *“el Derecho Administrativo Sancionador no debe ser constituido con los materiales y con las técnicas del Derecho Penal sino desde el propio Derecho Administrativo; del que obviamente forma parte, y desde la matriz constitucional y del Derecho Público estatal”*¹. Hemos dicho que su réplica es hasta “cierto punto”, puesto que líneas atrás en el libro de referencia del cual extraemos su posición, aduce que existe un entronque directo entre el derecho administrativo sancionador con el poder punitivo del Estado y la potestad sancionadora, que se legitima directamente y con iguales títulos que la potestad penal².

Al analizar la jurisprudencia comparada, tenemos que se ha sustentado que los principios del derecho penal deben hacerse con matices cuando se operan o trasladan al derecho administrativo sancionador, tal como lo ha sostenido desde hace mucho tiempo el Tribunal Constitucional Español³. REBOLLO nos interioriza que significan estos matices y desde su óptica *“desde el momento en que el ordenamiento considera a un hecho como infracción administrativa y no como delito, desde el momento en que atribuye la imposición de castigo a la administración y no al Poder Judicial, aunque lo haya hecho por razones meramente pragmáticas, se hacen necesarias importantes matizaciones por la fundamental y obvia razón de que Administración y Poder Judicial*

¹ . NIETO, (Alejandro) Op Cit, pág 28. La única posibilidad que se acerca al Derecho Penal , es la que se suscita con el Derecho Penal Administrativo, en cuanto que prevé sanciones represivas. Dicha similitud *“...impone la aplicación en el Derecho Administrativo Penal de los principios de base del Derecho Penal sustancial y de un proceso equitativo. El Derecho Administrativo Penal difiere, no obstante, del Derecho Penal. Esta diferencia implica la limitación de la naturaleza y de la severidad de las sanciones aplicables, así como la limitación de las restricciones de los derechos fundamentales en el curso del procedimiento”*, pág 162. Cfr: Si bien es cierto, que se han trasladado al derecho disciplinario administrativo principios elaborados por el derecho penal, no se debe pensar con ello que pueda existir una semejanza entre ambas materias, pues tienen diferencias que son muy evidentes. Para un autor como VILLALOBOS MOLINA, las diferencias son resumidas de la siguiente manera: “a) El titular del poder punitivo es diverso e independiente; b) La potestad sancionadora de la administración está regulada por normas y principios de Derecho Administrativo adoptados y derivados de las regulaciones estrictamente penales. En ese sentido, existe una insuficiencia inicial del Derecho Administrativo, el cual recurre y toma para sí principios que más que del Derecho Penal pertenecen al *ius punendi* estatal; c) El Derecho Penal es exclusivamente represivo mientras que el Administrativo no. Por eso debe evitarse el uso de la palabra *pena* en éste último y recurrirse al término más genérico de sanción. Además, el primero en hablar de penas fue el Derecho Penal, por lo que debe conservarse esa palabra para esa rama y no debe inducirse a confusión al mencionarse la existencia de penas administrativas”, Op Cit, pág 91.

² . Continúa afirmando lo siguiente: *“Podrá haber todavía, si se quiere discusiones sobre la primogenitura, pero es indiscutible que ambos Derechos se encuentran sustancialmente en pie de igualdad”*, NIETO, (Alejandro), Op Cit pág 165.

³ . Véase la STC del 1 de febrero de 1986, que adujo básicamente que “la aplicación de los criterios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador no es absoluta”, en igual sentido la STC del 18 de junio de 1981.

tienen diferente carácter institucional y constitucional, no se encuentran en la misma posición ante el Derecho y tienen, por esencia, una función muy distinta”¹.

Estas matizaciones, sin embargo pueden prestarse desde nuestra óptica a graves confusiones. Se corre el riesgo de que tiendan a segmentar o compartimentar la aplicación de los principios penales, según sea la sede de conocimiento del asunto, sea administrativa o judicial. En el fondo, sería hablar de la existencia de diferentes grados o prelación de principios penales, los cuales están basados o componen a su vez el denominado debido proceso: así corremos el riesgo entonces, de que se apliquen unos principios penales para los asuntos judiciales; otra aplicación completamente distinta para los asuntos ventilados ante órganos administrativos, lo que constituye una interpretación impropia puesto que las garantías constitucionales son únicas, irrenunciables e intransmisibles, al estar fundadas en potestades públicas derivadas del más alto rango del ordenamiento jurídico. En el fondo, lo que existe en estas sedes es una competencia funcional de jerarquía -en la que la sede administrativa puede ceder ante lo que se resuelva en la vía judicial-, más nunca podría hablarse de que los principios y garantías constitucionales no son las mismas para ambos foros de conocimiento.

Nuestra jurisprudencia no ha escapado a éste influjo de “matices” enarbolado por las resoluciones en España. Para fundamentar esta similitud, conviene centrarnos en el ámbito judicial costarricense, y al respecto la sentencia número 10198 de las 15:29 horas del diez de octubre del 2001, concretó tales aspectos, que son de relevancia constitucional y de análisis en este momento:

"Las exigencias del debido proceso, ampliamente desarrolladas por esta Sala, deben cumplirse tanto en el procedimiento administrativo sancionatorio como en el proceso penal ordinario, sin embargo, su aplicación no es idéntica en uno u otro caso, merced al bien jurídico en juego en ambas situaciones, lo que justifica, como se dijo, soluciones diversas. El proceso penal se regula por el Código Procesal Penal y el procedimiento administrativo disciplinario por las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública, en los casos en que no existe una normativa diversa para tal fin. Esta Sala ha sostenido que los principios del proceso penal resultan -con las diferencias propias de los procesos- aplicables al procedimiento administrativo, consecuentemente, este Tribunal no puede inadvertir las modificaciones recientes en el sistema procesal penal que buscan modernizarlo. El Código Procesal Penal actual

¹. Citado por NIETO, (Alejandro) Op Cit, pág 172.

entró en vigencia el primero de enero de 1998 y ha venido provocando transformaciones importantes en la tramitación del proceso penal que deben obligar al operador jurídico a hacer un ajuste importante en el procedimiento administrativo, ello, desde luego, en la medida de lo posible, y siempre partiendo, como se dijo, de las diferencias entre ambos sistemas”.

Continúa aduciendo además, la resolución que nos ocupa, que . “En segundo término, el procedimiento administrativo sancionatorio, por principio, no puede divorciarse del procedimiento penal, que por su naturaleza puede afectar bienes jurídicos de mayor entidad como la libertad personal, antes bien, debe servirle de inspiración”.

De igual manera, conviene destacar los alcances del Voto No 5594-94, dictaminado por esta misma instancia jurisdiccional, y que pasamos a invocar seguidamente:

“Puede afirmarse que el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en ámbito jurídico-penal, ya que los principios "nullum crimen sine lege", "nullum poena sine lege" no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado”

“Así, en el derecho penal, en relación con los delitos, toda pena debe estar establecida en la ley con respecto al hecho incriminado, excluyendo, por su generalidad, toda posibilidad de referencia a los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o las cláusulas abiertas o indeterminadas; si la conducta no está plenamente definido no hay pena. En el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden social general, y de la materia que regula, --la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí. De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que están detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón por la cual puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria,

mediante un procedimiento creado al efecto. La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque si prevista”

C) Observancia de los Principios Penales en el Derecho Administrativo Disciplinario

Una vez expuesta nuestra posición, en el sentido de la plena efectividad y tutela de los principios penales en los procedimientos administrativos, procedemos a destacar algunos principios que consideramos importante reseñarlos debido a su atinencia en esta materia.

1. Principio de Formulación de Cargos

Tenemos en primera instancia que la formulación de cargos debe ser detallada para que la audiencia que se le concede al interesado sea fructífera; de lo contrario se atenta contra la inviolabilidad de la defensa.

Para la Sala Constitucional, en materia administrativa es más afortunada la expresión ‘formulación expresa, concreta e integral de cargos’ que el concepto de debida intimación, característico de los procedimientos puramente penales. Pero la razón de ambas expresiones es la misma: la audiencia al imputado o a quien sufre información administrativa en derecho disciplinario debe contar como necesario antecedente con la descripción circunstanciada y la comunicación al interesado de los hechos reprochados. La acusación se desvirtúa si no se reprocha circunstanciadamente acciones u omisiones precisas y termina por invertirse la carga de la prueba...’¹.

¹ . En similar sentido, el recurso No. 3584-C-92, resolución de las 15:09 horas del 17 de febrero de 1993, interpuesto por un funcionario contra un Tribunal Administrativo, concedió el amparo pedido porque el tribunal administrativo recurrido no prueba que al recurrente ‘se le hubiera formulado expresa y claramente los cargos que se le atribuían. Ciertamente, un proceso disciplinario como el que se examina no es un proceso penal, pero en derecho disciplinario es un principio esencial —y un derecho fundamental del funcionario, la formulación expresa, concreta e integral de los cargos’ (considerando primero). Dados esos precedentes, para restituir al recurrente en el goce de su derecho al debido proceso, debe anularse el despido acordado sin formulación de cargos, sin que se prejuzgue aquí sobre el fondo de lo actuado.”

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido un importante precedente, del cual queremos desglosar algunas particularidades: “La función de la necesaria intimación de cargos es la de permitir al administrado defenderse adecuadamente, pudiendo ofrecer la prueba que estime oportuna para desvirtuar la veracidad de cada uno de los cargos que se le atribuyen. El establecimiento de una relación directa de causalidad entre los hechos atribuidos y una determinada falta administrativa es un requisito esencial del acto final del procedimiento, único momento en el que la Administración tiene certeza de ello... el ‘cargo’ supone un hecho, pero un hecho con una determinada connotación adicional, es decir, con una valoración negativa.”¹

De este pronunciamiento judicial, podemos abstraer las siguientes consideraciones a manera de glosa:

a- La intimación de cargos permite al encausado conocer los hechos que se le atribuyen y por ende, puede preparar su contra argumentación o prueba de descargo. Es una manifestación plena y veraz del derecho a la defensa, que a su vez es la esencia o núcleo duro del debido proceso legal. Aunque estimamos que en algunos tramos nuestra Sala Constitucional ha menguado la rigurosidad de la intimación de cargos, aduciendo que es aceptable que en ciertos casos se haga una relación genérica de los mismos².

b- Debe existir una relación de causalidad entre el hecho investigado y la sanción a imputar. La investigación que deben realizar los órganos competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora, se basa en la determinación objetiva de los hechos y omisiones objeto de sanción; es decir esta última es el producto de las probanzas y análisis de los hechos.

c- Cuando se habla de que la anterior relación supone una “valoración negativa” para imponer necesariamente la sanción; se habla desde nuestra óptica de un juicio de

¹. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 2000-06939 de las dieciséis horas con veinticuatro minutos del ocho de agosto del dos mil.

². SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 6054-93 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

reproche. Para valorar el cargo atribuible a un funcionario, habría que determinar las faltas disciplinarias, que a su vez han sido desglosadas en la resolución No 5594-94 de la Sala Constitucional, en tres elementos que las componen: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión; 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre; y 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia.

En síntesis, se aplica entonces el llamado **principio de causalidad objetiva**, que como su nombre lo indica, alude en su significación objetiva a la exigencia que se suscite una *relación de causa a efecto entre los hechos constitutivos de la falta y el acto jurídico del despido*¹.

2. Tipicidad de las Conductas Sancionables

Un elemento de vital trascendencia en el marco de los procedimientos administrativos disciplinarios, lo constituye sin duda alguna la *tipicidad* de aquellas conductas que se tienen como susceptibles de ser sancionadas. Sobre el tema de la *tipicidad*, la Sala Constitucional ha dicho en sus sentencias lo siguiente:

"V.- También reiteradamente esta Sala ha dicho que existe un derecho general a la legalidad como integrante del debido proceso, del cual se deriva el principio de tipicidad. En el campo del proceso penal, las exigencias del principio de legalidad se extreman y se manifiesta, entre otros:

"a) En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio "nullum crimen, nulla poena sine previa lege", recogido en el artículo 39 de la Constitución, el cual también, obliga, procesalmente, a ordenar toda la causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye totalmente, no sólo los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley sustancial o procesal; unos y otras en función de las garantías debidas al reo, es decir, en la medida en que no lo favorezcan. No es ocioso reiterar aquí que el objeto del proceso

¹ . CARRO ZÚÑIGA, (Carlos) Op Cit, pág 11. Continúa el autor diciendo que *"La principal consecuencia práctica de este principio es la de determinar –y con precisión-, la falta o faltas que generan directamente el despido. De esta manera, por ejemplo, si a un trabajador se le especifica por escrito la falta en que incurrió y por la cual se le despide, la empresa no podría posteriormente en el juicio alegar que fue otra diferente..."*.

penal no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo" (sentencia número 01739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos el primero de julio de mil novecientos noventa y dos). De modo que si la conducta es atípica o encuadra en otra figura penal más benigna se habrá producido violación al principio de tipicidad y, por ende, al debido proceso. No obstante, debe advertirse que no se trata de la simple divergencia entre la calificación que pretende el acusado y la del juez, sino que es necesario que haya un claro error en la calificación del hecho por parte del juzgador con perjuicio de los intereses del enjuiciado" (**Voto No 00860-96**).

En una consulta realizada por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial a la misma Sala Constitucional, en torno a una adecuación típica para un imputado en específico, esta instancia jurisdiccional determinó que "(...) una correcta aplicación de los principios de legalidad y tipicidad penales, así como la fundamentación adecuada de la sentencia en tales extremos, forma parte del debido proceso. Debe la Sala consultante verificar si en el caso en estudio se cumplió con lo expuesto y declarar lo pertinente". (**Voto No 2001-07648**). Nuestro Tribunal Constitucional ha insistido desde sus inicios que no puede llevarse a cabo una sanción, sino no es con reserva de ley y en claro cumplimiento al *principio de tipicidad* (**Voto No 1119-90**).

Además, es importante destacar que la jurisprudencia constitucional ha dicho que los principios penales son aplicables al proceso sancionatorio administrativo y que debe establecerse un procedimiento definido para el juzgamiento de las sanciones cometidas, pues de lo contrario se coloca al perjudicado en una situación de indefensión de acuerdo al artículo 39 constitucional¹. En el ámbito de doctrina comparada, es importante destacar que los autores españoles han dado enorme importancia a la individualización, identificación y precisión de las supuestas conductas susceptibles de ser sancionadas y es por ello que surge el denominado **Principio de Tipicidad** que no es otra cosa más que determinar de antemano aquellos actos punibles como una garantía no solo del administrado, sino que del sistema judicial y administrativo en general - como el caso que nos ocupa-. En este sentido diremos que algunos autores han dicho sobre este principio lo siguiente: "*El principio de tipicidad incorpora una doble exigencia teórica y práctica: en el plano teórico exige la plasmación explícita de los*

¹ . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 3484-94 de las doce horas del ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

*hechos constitutivos de la infracción y sus consecuencias represivas en una norma de rango legal, lo que, en el terreno de la práctica se traduce en la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o de sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por el sujeto no guardan una perfecta similitud con las diseñadas en los tipos penales"*¹.

Para NAVARRO SEMPERE, el principio que nos ocupa constituye una *"garantía material de alcance absoluto, se refiere a la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, a la existencia de preceptos que permitan predecir con suficiente grado de certeza cual es la conducta prohibida por el ordenamiento y cual es la sanción, a fin de que el destinatario de las normas sepa a qué atenerse. Las prescripciones normativas sancionadoras, han de ser, por tanto, concretas, precisas, claras e intelegibles (...)"*²

Sigue aduciendo nuestra jurisprudencia patria, que el principio de tipicidad es una aplicación del principio de legalidad y exige la delimitación concreta de las conductas que se hacen reprochables a efectos de su sanción³.

¹ . BLASCO PEUCHELLER y GARCÍA RUBIO, "Curso de Derecho Administrativo Laboral", Tirant Lo Blanch, Valencia 2001, pág 120. Cfr: Sobre la tipicidad, tenemos lo dicho por BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO: "*Por otra parte, y desde el punto de vista técnico jurídico significa que, en consecuencia, rigen también en materia de Derecho Administrativo Sancionador el principio de tipicidad que exige una descripción clara, concreta y exhaustiva de la conducta y la determinación de la sanción a imponer y la exclusión de la interpretación analógica*" , Op Cit, pág 36; para ALONSO OLEA, "*El principio de legalidad sancionadora, en su vertiente de tipicidad, exige que la ley determine previamente las sanciones que deben corresponderse con las infracciones realizadas, siendo la atribución de las sanciones parte especial del mandato legal de tipificación; la parte más esencial y propia de la tipificación de las infracciones administrativas*" ALONSO OLEA, (Manuel) y CASAS BAARONDE, (María Emilia) "Derecho al Trabajo", trigésimo primera edición, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pág 1177.

² . NAVARRO SEMPERE, (Antonio V.) y otros, Op Cit, pág 92.

³ . Voto No 5594-94 S.C., Op Cit.

CAPITULO SEGUNDO:

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL: DELITOS CONTRA LOS TRABAJADORES

Sección I: Antecedentes del Proyecto de Ley de Reforma al Código Penal

La iniciativa de introducir un acápite referente a los delitos contra los trabajadores, debe verse dentro del contexto del proyecto general de reforma al Código Penal. A su vez, esta iniciativa tiene su génesis en el proyecto del cual en el año del 2003, los Diputados y Diputadas de la Comisión de Asuntos Jurídicos, rinden el **DICTAMEN AFIRMATIVO DE MAYORÍA** sobre el proyecto “**Código Penal**”, Expediente No. 11.871, cuyo texto fue publicado en el Alcance No.9, de La Gaceta No. 82 del 29 de abril de 1994¹.

En 1994 el Poder Ejecutivo envió el proyecto 11871 que buscaba una reforma importante a la parte general del Código Penal e introducir un sistema de penas alternativas a la prisión. El conocimiento de este asunto coincidió con una inquietud de la entonces Diputada Carmen Valverde, sobre la forma en que se estaba dando la aprobación de la legislación penal, en tanto no estaba respaldada por criterios técnico. Por tal razón se conformó un grupo de estudio en el que se estudian las propuestas legislativas en materia penal, con el fin de darles apoyo técnico y evitar la dispersión en esta materia que tantos problemas provoca en el momento de su aplicación. Este grupo estuvo conformado por ministros, magistrados, diputados y profesores universitarios.

Fue en el anterior grupo donde se analizó la propuesta de reforma presentada por el Poder Ejecutivo y fue precisamente, en esta discusión, que se detectó la conveniencia de modificar la totalidad del Código Penal, debido a que el modificar el sistema de penas inevitablemente, se afectaba la totalidad de las normas. De esta manera, el

¹ . ASAMBLEA LEGISLATIVA, Departamento de Comisiones Legislativas-Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos “Ley de Reforma al Código Penal” Expediente n° 11.871 *Dictamen Afirmativo de Mayoría* 22 de abril 2003.

grupo de estudio concluyó que lo recomendable –desde una perspectiva técnica – era una revisión integral del Código Penal, para poder lograr que en él hubiese un orden sistemático en el tratamiento del delito y en el manejo de la pena¹.

La exposición de motivos del proyecto nos dice entre otras cosas, las siguientes justificaciones para sustentar la creación de un nuevo código penal:

“El derecho penal costarricense, por mandato constitucional, debe ser un sistema jurídico montado sobre bases de racionalidad y de consideración de las necesidades sociales, como fundamento y límite de la prohibición; un derecho que sanciona conductas humanas posibles y realizables y no meras proposiciones ideales, inventadas por un legislador. (...)

La época de grandes cambios que el mundo entero está viviendo, exige soluciones acordes, por ello, ni las reformas parciales ni los paliativos tienen cabida. La responsabilidad de un Estado, como el costarricense, cuya vocación está al servicio de los seres humanos, es enfrentar esas transformaciones con valentía y decisión. Las experiencias de mediados de siglo, en donde los movimientos de reforma transcurrían de manera despaciosa y paulatina han quedado atrás: los embates del fin de siglo, con las vertiginosas variaciones mundiales y a todo nivel, requieren ser asumidas con firmeza y coherencia.

El proyecto de ley que estamos discutiendo, pretende brindarle al costarricense una administración de justicia penal más eficiente y eficaz, con la celeridad que exige nuestra Constitución; y al Estado, cumplir con uno de los cometidos más importantes de un estado democrático: dar respuesta pronta y clara a los pedidos de justicia de nuestros habitantes. Es una transformación jurídica enérgica y seria para una sociedad que enfrenta una realidad distinta a la que les tocó asumir a las generaciones anteriores, y que a la vez, va de la mano con el respeto que los habitantes de este país merecen: que se haga justicia, que la justicia sea imparcial y pronta, y que dentro de esa eficacia, que

¹ . Para llevar a cabo esta tarea, se creó una Secretaría Ejecutiva, a cargo del Licenciado Henry Issa El Khoury, con recursos de cada una de las instituciones participantes, cuyo fin fue hacer el trabajo de preparación de la discusión del foro de estudio e implementar las decisiones que se tomaran en él. Adicionalmente, el Código Penal se trabajó de manera integral con otras leyes y proyectos, para así conformar un eficiente sistema penal. De este esfuerzo nació la Ley de Justicia Penal Juvenil, N° 7576 de 8 de marzo de 1996, de y el Código Procesal Penal, N° 7594 de 10 de abril de 1996.

la persona víctima del delito tenga todas las posibilidades con que un ser humano debe contar en estos casos”.

En resumen, el proyecto ofrece amplias ventajas para el país, tales como las que se enuncian a continuación:

- 1) La creación de nuevos delitos. El proyecto crea una serie de nuevos delitos que se necesitan desde hace tiempo en Costa Rica, por ejemplo, los relativos a la manipulación genética, el comercio de órganos y la violencia doméstica.
- 2) La actualización de tipos penales con la finalidad de que las descripciones de los delitos recojan aspectos novedosos del quehacer social, con seguimiento de las reglas más modernas y de respeto a los principios constitucionales. Es el caso de la utilización indebida de servicios, para la represión de quienes «hurten» electricidad, agua y telecomunicaciones.
- 4) Igualmente, en muchos casos tipos penales que aunque mantienen el mismo nombre, tienen contenidos totalmente actualizados, como el caso de los Delitos Contra el Ámbito de Intimidad, ahora referidos en forma más amplia a la violación de datos personales y comunicaciones.
- 5) Se elimina aspectos moralizantes que provocan una distorsión en la aplicación de las normas penales y que, con frecuencia, trasladan el reproche a las víctimas.
- 6) Se crean delitos que incluyen la utilización de nuevas tecnologías, como el fraude informático, la falsificación de tarjetas de débito o de crédito como falsificación de moneda, o la protección de la intimidad y privacidad cuando se vulnere por medio de la manipulación de bases de datos electrónicas.
- 7) Se crea un sistema de penas alternativas, pero siempre utilizando la prisión como pena principal, que permite mayores opciones al juzgador al determinar cuál es la pena aplicable al caso concreto.

Finalmente, otros asuntos relevantes contenidos en esta propuesta legislativa, son:

1) Se formula de manera más clara los principios que deben guiar la interpretación y aplicación de la ley penal; 2) Se le da una estructura más actualizada a la Teoría del Delito, en forma congruente con la jurisprudencia y doctrina más actualizadas; 3) Las reglas de responsabilidad civil se remozan y actualizan, primero colocándolas dentro del Código Penal (no como legislación residual de 1941 como se regula actualmente), además de actualizarla con la más reciente jurisprudencia y doctrina; 4) Con la participación de autoridades y representantes de los trabajadores del Hospital Psiquiátrico se logran normas que conllevan una mayor y mejor coordinación entre la autoridad judicial y la administrativa encargada de las medidas de seguridad. 5) El trabajo como mecanismo de dignificación de la persona adquiere en el proyecto una especial preponderancia, en un doble aspecto, como pena alternativa (prestación de trabajos de utilidad pública) y como instrumento de tratamiento de las personas condenadas a prisión (descuento de pena) y 6) Se incluye un apartado específico para tipificar los delitos contra la humanidad.

Por lo anterior, se somete a consideración de los señores Diputados el **Dictamen Afirmativo de Mayoría** para su aprobación, en el que se incluye este capítulo de delitos contra los trabajadores.

Sección II: Descripción y Análisis de los Tipos Penales Propuestos en el Proyecto de Ley (“Delitos contra los Trabajadores”)

Vamos a introducirnos en este momento, a la descripción y análisis detallado de los tipos penales propuestos dentro del expediente No 11.871. Para ello nos vamos a valer de la enumeración taxativa que realiza el proyecto, según el orden dado a los mismos artículos.

Es importante destacar que la iniciativa propuesta al ser una inspiración en la legislación existente en España como ya lo expusimos, tiene las mismas características de la legislación tipo. En ese sentido, el legislador penal ha recurrido en la estructura

de los tipos penales, a las normas penales en blanco, por lo que *“Ello obliga necesariamente a integrar algunos elementos típicos por remisión a la regulación de las infracciones administrativas en el orden laboral”*¹. Así las cosas, en los análisis de tipo, necesariamente vamos a abarcar aspectos de infracción laboral, no solo por ser ese el énfasis de la investigación; sino que además la técnica legislativa escogida por el legislador, así lo requiere.

A) Mantenimiento y Condiciones Ilegales de Trabajo o de Seguridad Social

El tipo penal propuesto dice para regular el mantenimiento y condiciones ilegales laborales, dice así:

“Serán sancionados con pena de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa:

1° Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

2° Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

3° Si las conductas indicadas en los incisos anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación las penas se aumentarán hasta en un tercio”.

1. Análisis Descriptivo del Tipo

El artículo precedente es un reflejo del artículo 311 del Código Penal de España, y en sentido, este tipo ha sido descrito remontándonos a sus antecedentes en aquel país, como la simbiosis que se dio con los antiguos números 1 y 2 del artículo 499 bis del CP y eran denominadas estas figuras por la doctrina como “imposición de condiciones ilegales de trabajo” y “alteración ilegal de las condiciones de trabajo”. La razón de

¹ . BAJO, (Miguel) y BACIGALUPO,(Silvina) *“Derecho Penal Económico”* , Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., primera edición, 2001, pág640.

aunar en un solo precepto esas dos conductas, se debe a que ambos subtipos daban origen a un concurso de normas¹, que en ocasiones creaba una gran dificultad práctica en su diferenciación².

La acción típica de este delito consiste en imponer condiciones laborales o de Seguridad Social restrictivas a los derechos reconocidos a los trabajadores. Ahora bien, el verbo de **imponer** nos merece un análisis detallado en torno a lo que podría interpretarse por este término. Para un autor como CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *“Aunque el término “imponer” parece implicar una cierta coacción (...) ésta, en realidad, es sólo exigible cuando se cometa abusando de la situación de necesidad del trabajador, para lo cual, en principio se necesita algo más que el hecho de encontrarse sin empleo. En estos casos poco importa que el trabajador conozca el alcance y trascendencia de las condiciones que se le imponen, ya que se ve obligado a aceptarlas en virtud de su situación de necesidad, como única vía para conseguir el empleo. No ocurre así en los casos en los que el trabajador acepta las condiciones restrictivas como consecuencia de un engaño, que es la otra modalidad comisiva, pues entonces, la maniobra engañosa, que puede ser cualquiera que aparezca como idónea, hace que ignore las consecuencias negativas de unas condiciones que, más que resultar impuestas, acepta voluntariamente, aunque con una voluntad viciada”*³. El medio utilizado es en cualquier caso el abuso de la situación de supremacía con que cuenta el patrono frente a quien vende su fuerza de trabajo, expresado por el verbo “imponer” utilizado por el legislador. Así, el propio precepto se refiere a la “situación de necesidad” en que se encuentre el trabajador o el error en que incurre éste a consecuencia del engaño de aquél, con lo cual se cubren quizás todas las posibilidades de conductas abusivas⁴.

¹ . El concurso aparente de normas es cuando dos normas penales tutelan el mismo bien.

² . SAINZ RUIZ, (José Antonio) en DEL MORAL GARCÍA, (Antonio) , SERRANO BUTRAGUEÑO, (Ignacio) coord.. *“Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)”*, Tomo II, Granada, Comares editorial, 2002, pág 2017.

³ . CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) *“Derecho Penal Comentado”*, Tomo I, Editorial Bosh S.A., Barcelona, segunda edición, febrero 2004, págs 943-944. Cfr: *“La imposición de condiciones ha de lesionar –perjudicar, suprimir o restringir- los derechos de los trabajadores reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Que se lesione estos derechos no significa necesariamente que exista un perjuicio económico entendido como una disminución del patrimonio del trabajador, entre otras razones porque pueden lesionarse derechos carentes de contenido económico”* BAJO, (Miguel) y BACIGALUPO, (Silvina) *“Derecho Penal Económico”*, Op Cit, pág 644.

⁴ . COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) *“Derecho Penal: Parte Especial III”*, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 1999, pág 150. Cfr: Para MORILLAS CUEVA, *“La conducta típica nuclea alrededor del verbo impone .*

Este tipo penal implica que necesariamente el sujeto pasivo ha de ser siempre el trabajador –al cual se le realizan los elementos modales de restringir, suprimir, limitar etc. sus derechos-, más no incorpora dentro de sus incisos, la posibilidad de introducir con más propiedad el delito de sanción al patrono por defraudación a la seguridad social.

Conviene destacar también que el inciso 1) de este artículo –al igual que el de su modelo de inspiración, el artículo 311 del Código Penal de España-, es una **norma penal en blanco** puesto que remiten a los derechos que los trabajadores tengan reconocidos ya sea por disposiciones legales (ley formal), convenios colectivos o contrato individual.

Otro asunto por reseñar es el concerniente al inciso 2 o “supuesto de transmisión de empresas”. Ateniéndonos a lo narrado por un autor español, tenemos que esta provisión se introduce originariamente en España debido a la doctrina europea de la transmisión de empresas, reflejada en la directiva de la CE 77/187 de la Unión Europea, que originó una interesante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha repercutido a su vez en el desarrollo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores de España. Básicamente, dos son las finalidades perseguidas: 1) El mantenimiento de los derechos de los trabajadores de la empresa transmitida; 2) El procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores. Posteriormente la Ley 45/1999 del 29 de noviembre, incorpora al ordenamiento jurídico

*Gramaticalmente significa “poner carga, obligación u otra cosa”. Desde el punto de vista técnico jurídico QUINTERO OLIVARES lo identificó con el imponer del concepto de coacciones (amenazas). Esta interpretación es excesivamente restrictiva. BAJO FERNÁNDEZ y de manera parecida ARROYO ZAPATERO, aun situando la comprensión del término en el sentido de **obligar a hacer algo**, aquí, como **sometimiento de la voluntad del trabajador en relación con su situación profesional, obligándole a aceptar unas condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos**, dilata el contenido al admitir un alcance distinto de los medios comisivos. Para nosotros, sin embargo, lo adecuado de ésta última idea, su sentido respecto al verbo tipo **imponer** ha de ser matizado en la línea de admitir, junto al primero de los entendimientos, **obligar a aceptar**, la posibilidad de obligar sin el matiz de ratificación por parte del obrero que supone la obligación de aceptar. Esto es, las condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman derechos o los restrinjan del trabajador pueden ser impuestas por el empresario bien con la aceptación del obrero mediatizado por la situación de necesidad, o bien de manera engañosa sin la aceptación ni el conocimiento directo del trabajador.*

*La imposición ha de suponer el perjudicar, suprimir o restringir los derechos reconocidos legalmente. **Perjudicar** es ocasionar daño o menoscabo, en este caso a los derechos citados; **suprimir** es hacer cesar, desaparecer; **restringir** es reducir a menores límites. Aunque los tres conceptos son muy parecidos no es desacertada su inclusión diferenciada. En sentido contrario, AYALA los considera innecesariamente reiterativos” MORILLAS CUEVA, (Lorenzo) Op Cit, pág 902.*

español la Directiva 96/71 CE, la cual se aplicaría a las empresas que desplacen temporalmente a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional¹.

En nuestro país existe disposición expresa en la legislación de trabajo, en referencia al principio de continuidad en caso de sustitución patronal. Al respecto el artículo 37 del Código de Trabajo enuncia que “La sustitución del patrono no afectará los contratos de trabajo existentes, en perjuicio del trabajador. El patrono sustituido será solidariamente responsable con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de la ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Concluido ese plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono”.

Se busca regular la continuidad de las obligaciones asumidas en el marco de una relación laboral. Además busca garantizar que ante los vaivenes propios de la empresa, se puedan conservar los derechos de los(as) trabajadores(as)².

Ahora, si analizamos la coyuntura actual, sea a las postrimerías inminentes de la firma de un tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, (TLC-USA), las disposiciones del citado instrumento, pondrían en serios aprietos para demandar y sancionar a las empresas. Si bien es cierto que el tratado enuncia que las demandas laborales se dejan como norma general, para ser tramitadas y resueltas en tribunales internos³; sin embargo en materia de afectación al comercio la situación es distinta. Es así como el artículo 16.2.1, nos dice que “Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral....de una manera que afecte el comercio entre las partes”, a la vez que plantea una encrucijada operativa puesto que el incumplimiento de

¹ . SAINZ RUIZ, (José Antonio), Op Cit, pág 2018.

² . La STS de España, en sentencia del 29 de noviembre de 1994, confirma la conducta del propietario de una empresa que ideó, sin seguir los trámites legales establecidos para los supuestos de crisis y regulación de empleo, despidiendo sin la indemnización correspondiente a los trabajadores que operaban en la sociedad, declarando la insolvencia empresarial y, a su vez creando otra nueva empresa cuyo titular era el hijo del anterior e instalándola en la misma localidad, y con ocupación de los mismos locales, iguales vehículos, idénticos teléfonos y similares logotipos, fonética y clientela, citado por SAINZ RUIZ, (José Antonio), Op Cit, pág 2019.

³ . Al respecto el artículo 16.2.3 establece que “Nada en este capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de la otra Parte”. Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Centroamérica, suscrito en Washington, Estados Unidos el 25 de enero del 2004. Los equipos negociadores costarricense y estadounidense concluyeron las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio

la legislación laboral sólo dará pie a una demanda si ese incumplimiento afecta el comercio¹. Sin embargo, aún en ese caso, la demanda es entre Estados (Partes del tratado) y no se demanda a la empresa que incumple la legislación.

El mismo tratado establece que se puede elevar el incumplimiento de la legislación de trabajo al procedimiento de solución de controversias, solamente cuando se afecta al comercio, por lo que “...se está instaurando una lectura de ley laboral a favor de los inversionistas y no a favor de los derechos de los/as trabajadores/as. Se refuerza con ello el giro que se ha venido dando a la interpretación de la legislación laboral que ha pasado de proteger a la parte débil de la relación, la persona que trabaja, para garantizar los privilegios de la parte fuerte, el inversionista”².

Así que, podemos inferir que una posible aprobación del TLC-USA con el texto antes esbozado, vendría a afectar la tutela de los derechos laborales y sus condiciones lesivas por parte de empleadores inescrupulosos.

2. Criterios para Determinar la Afectación de Condiciones Laborales

Adentrándonos más en la temática laboral –que es a la postre el enfoque de este estudio-, e igualmente valiéndonos de la misma doctrina especializada, tenemos que se ha dicho que el delito se consuma en el momento de la imposición, pero se trata de un delito permanente que subsiste mientras estén vigentes esas condiciones³.

Requerimos entonces precisar que tipo de condiciones laborales, podrían invocarse como violentadas por el tipo penal en cuestión, y al respecto la doctrina ha tenido posiciones disímiles; una que podríamos llamarse como **restringida** y otra en contrapartida de naturaleza **amplia**. Por un lado, tenemos que la primera postura la enarbola CONDE-PUMPIDO, para quien se hace necesario recurrir en cada caso al examen de la regulación de la prestación laboral de cada trabajador en particular: “*Tan*

¹ . Véase artículos 16.6 y 16.7 .

² . AGUILAR SÁNCHEZ, (Carlos) edit. “Reflexiones en torno al Tratado del Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (TLC EU-CA): Razones para el Rechazo”, primera edición, San José, Costa Rica, 2004, pág 85.

³ . CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) Op Cit., pág 944.

amplia referencia a los derechos del trabajador deberá conjugarse con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, lo que conduce a requerir una cierta gravedad en la conducta y una mínima trascendencia del derecho afectado”¹.

La posición contraria, es asumida por TERRADILLOS BASOCO, para quien por condiciones laborales debe entenderse como “*todas las que componen el contenido de la relación de trabajo*” y por condiciones de seguridad social, “*las referidas a la relación jurídica de seguridad social*”². Nótese entonces que el contraste es grande, todo ello que no existe un acuerdo doctrinario, más debe encontrarse un punto inflexivo para solucionar esta disyuntiva y se hace más difícil, si estudiamos los principios que informan la materia tanto en sede laboral como penal.

Es así como tenemos igualmente, un escenario biliateralizado en donde por un lado la ciencia del derecho laboral ha concebido el *principio de norma más favorable* como parámetro para solucionar las antinomias; y por otro lado el Derecho Penal posee entre sus principios el de *principio de condición más beneficiosa*. Uno a favor del trabajador que se tiene como sujeto pasivo y el otro puede ser incluso a favor del empresario o patrono, como el sujeto activo dentro de la configuración del delito, por lo que indudablemente no existe punto de encuentro. Desde nuestra óptica, el auxilio entre ambas disciplinas no debe verse en los principios propios, los cuales son disímiles entre sí; sino más bien en el marco de la misma ley laboral e instrumentos internacionales aprobados en esos ámbitos.

Si nos remontamos al Código de Trabajo estimamos que un parámetro para solucionar que se entiende por condiciones laborales, podría estar en las condiciones elementales del contrato de trabajo. Al tenor del artículo 24 del citado Código, se enuncia una serie de requisitos formales y hasta esenciales, que conlleva la suscripción de un contrato el cual debe hacerse por escrito. Se habla de los aspectos que debe contener dicho contrato, y entre los aspectos esenciales, tenemos que los incisos d), e) y f) pueden servir de base para saber cuando estamos ante una violación de las

¹. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) Op Cit, pág 944.

². Citado por MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 902.

condiciones de trabajo más elementales¹. Asimismo, estos aspectos se encuentran reforzados en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, cuando se han tutelado casos por violación al *jus variandi* abusivo.

El Título V de nuestra Carta Magna denominado como “Derechos y Garantías Sociales” dispone una serie de derechos de primer orden, merecedores de tutela constitucional. En este sentido, los derechos fundamentales de los y las trabajadoras son motivo de amparo a la luz de la constitución vigente, siendo el artículo 74 de este cuerpo normativo, una de las muchas provisiones a favor de los trabajadores y que en lo conducente enuncia que los derechos y beneficios consagrados en la constitución política a favor de la población trabajadora, son irrenunciables y al efecto dispone que “*Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; (...)*”.

La jurisdicción constitucional ha sido prolija en enunciar una serie de principios o derechos laborales que merecen cobijo constitucional. En razón de lo anterior, esta Sala Constitucional ha dicho en su Voto No 5798-98 de las 16: 21 horas del 11 de agosto de 1998 que "El derecho laboral, como derecho social que es, es asimétrico, pues esa rama del conocimiento jurídico ha sido erigida y desarrollada sobre la base de que en la relación laboral -objeto de regulación de ese derecho-, existe una disparidad entre los sujetos de dicha relación, a propósito de la situación de supremacía -económica- en que se encuentra el patrono sobre el trabajador. Tal asimetría, como es obvio pensarlo, se proyecta también en el proceso laboral, razón por la que en él se aprecian algunos privilegios procesales en favor del trabajador que, en el fondo, lo que persiguen es equiparar la disparidad apuntada. Además, debe recordarse que en razón de la importancia que reviste la colocación remunerada en una sociedad, es un interés fundamental encomendado al Estado, tanto por la Constitución, como por la Ley ordinaria, velar por una tutela especial al ejercicio de ese derecho”.

Todo lo anteriormente expuesto, nos permite concluir que los derechos de los trabajadores deben respetarse incluso en el ejercicio del *Jus Variandi*, que es una facultad que tiene el empleador, de modificar el contrato de trabajo. Es un acto de

¹ . “d) La duración del contrato o la expresión de ser por tiempo indefinido, para obra determinada o a precio alzado;

e) El tiempo de la jornada de trabajo y las horas en que debe prestarse éste;

f) El sueldo, salario, jornal o participación que habrá de percibir el trabajador, si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera, y la forma, período y lugar de pago (...)”
Código de Trabajo de la República de Costa Rica, Editorial Juritexto, San José, 2001.

imperio en el que la modificación es unilateral pero que no es una facultad ilimitada ni arbitraria. El límite de su ejercicio nace de las necesidades de la empresa y los cambios deben ser razonables, de tal modo que no cause perjuicio al trabajador, ni se afecte sus derechos laborales, según lo ha consignado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que ha dicho que “ (...) si bien el funcionario no tiene un derecho adquirido a una determinada jerarquía, por lo que puede ser pasado de una o otra, lo cierto es que en el caso de una reubicación o traslado las nuevas funciones asignadas no pueden significar un cambio sustancial en las que venía desempeñando o una supresión de éstas, pues de ser así, el traslado resultaría arbitrario y violatorio del derecho al trabajo y de la dignidad del trabajador. El cambio de funciones no puede ser sustancial al punto que implique funciones totalmente diversas a las que venía desempeñando o una disminución medular de éstas, siempre y cuando, claro está, ello implique un descenso en algún sentido.” **(Sentencia número 0430-95 de las nueve horas cincuenta y cuatro minutos del veinte de enero de mil novecientos noventa y cinco).**

Existe asimismo, lo que se denomina como *Jus Variandi Abusivo*, y al respecto nos permitimos realizar el siguiente esbozo de lo que este instituto laboral representa para determinados juristas y la doctrina en general. Así las cosas nos encontramos en primera instancia que este derecho ha sido calificado de la siguiente manera:

"El patrono puede, en virtud de su poder de dirección, alterar ciertas condiciones del contrato, siempre que no se vulneren cláusulas fundamentales del mismo o que no cause un perjuicio al trabajador; pero si incurre en abuso, el trabajador puede oponerse a ello y disolver el contrato si no modifica la decisión tomada. En virtud del principio de *pacta sunt servanda*, el empleador no debe exigir trabajo distinto al contratado. Por supuesto que esta prohibición no puede entenderse en forma absoluta, pues en casos de urgencia, de extrema necesidad, sí se puede modificar lo convenido. Tampoco puede alterar el horario, la jornada, las condiciones en que se desarrolla la tarea y el salario. Todas las condiciones concertadas por las partes deben ser respetadas y solamente en forma excepcional pueden ser alteradas." (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A, Tomo IV, 1979, pp. 472-473).

Sobre el particular, retomando la doctrina que informa esta materia laboral, nos encontramos con que el conocido autor uruguayo Américo Plá Rodríguez expresa:

"Como se sabe, éste consiste en la posibilidad de cambiar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador.

Si a éste le pertenece la responsabilidad de la conducción económica de la empresa, a él le corresponde la facultad correlativa de organizar el trabajo y ajustar las diversas

modalidades del funcionamiento de la empresa y, por tanto, de la prestación de las tareas de cada uno de los trabajadores.

Pero cada acto en que se ejerce este derecho debe poder justificarse desde el punto de vista de la razón, en el caso de ser controvertido o resistido.

Es que esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida.

Y ello significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio.

Y, por tanto, debe contrapesarlas, llegado el caso, con eventuales razones invocadas por el trabajador para oponerse en la situación concreta.

Si el trabajador puede justificar que la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la resistencia del trabajador. Con mayor razón aun si se demuestra que está inspirada por móviles persecutorios de represalia, sin responder al legítimo interés de la empresa.

En definitiva, un derecho de la parte empleadora, tan amplio en su formulación, tiene la limitación intrínseca, derivada de que debe sustentarse no en bases arbitrarias, sino en bases razonables." ¹

Ahora bien la jurisprudencia ha establecido límites razonables al Jus Variandi, pues de no respetarse los mismos, devendría en “Abusivo”. Al respecto nos permitimos destacar la siguiente resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No 396 de las 9:30 hrs. del 29 de noviembre de 1994:

“Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha señalado que el poder del empleador, para modificar las condiciones de empleo, cuando las necesidades de la empresa así lo justifiquen, tiene como límites: a) las alteraciones en cuanto al tiempo de horario o jornada-; b) las alteraciones en cuanto al lugar –traslado individual o colectivo-; c) las alteraciones en cuanto al modo –recargo y disminución de tareas, así como el cambio de puesto-; d) las alteraciones en cuanto al salario –rebaja directa e indirecta, así como el cambio de fecha y de lugar de pago-.”

Le quedará entonces un largo camino a la jurisprudencia penal, para definir los extremos o condiciones laborales que podrían ser susceptibles de tipificarse como lesionadas. Sin embargo, vamos a ahondar en algunas situaciones que se suscitan hoy en día, en el ámbito laboral costarricense.

¹. PLÁ RODRÍGUEZ, (Américo) “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2º Edición, 1978, pp. 297-298.

2.1 Reconocimiento Legal de Derechos Laborales/Condiciones de Trabajo

Podemos extraer de la legislación costarricense, toda una gama de derechos a favor de los(as) trabajadores(as) que tienen raigambre protectorio. Podemos hacer una clasificación con la finalidad de establecer parámetros de observancia para el juez penal que deba determinar violentadas las condiciones de trabajo:

2.1.1 Derechos de la Jornada Laboral

- A nivel constitucional el artículo 58 dispone sobre este aspecto la jornada ordinaria diurna; trabajo nocturno y las hors extraordinarias.
- El artículo 135 del Código de Trabajo dispone que es la jornada ordinaria de trabajo diurno
- El artículo 139 del Código de Trabajo, define que es la jornada extraordinaria y su remuneración con 50%, más de los salarios mínimos.
- La jornada ordinaria más la jornada extraordinaria no podrá exceder de 12 horas (artículo 140 Código de Trabajo)
- El artículo 143 del Código de Trabajo, indica el tipo de trabajadores que quedan excluidos de la limitación de la jornada de trabajo.

2.1.2 Derechos Salariales

- El precepto constitucional del artículo 57 dispone el derecho de todo/a trabajador/a a un salario mínimo, de fijación periódica, que será “..siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”
- Los artículos 163 a 167 del Código de Trabajo, disponen una serie de prerrogativas laborales: el salario no podrá ser inferior al mínimo fijado; puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea, en dinero, en dinero y en especie; prohibido pagar salario en mercadería, vale , ficha, cupones u otros; pago en especie es aquella retribución que se reciba en alimentación, habitación, vestidos y demás para consumo personal

inmediato; para fijar el salario se tendrán en cuenta la calidad y la cantidad de trabajo.

- El salario mínimo debe permitir cubrir las necesidades en el orden material, moral y cultural de las personas (artículo 177 del Código de Trabajo).
- Los(as) funcionarios(as) del sector público, tienen una serie de disposiciones establecidas en la Ley de Salarios de la Administración Pública No 2166 del 9 de octubre de 1957.
- El derecho al pago del aguinaldo, se encuentra previsto en las siguientes normativas: *Ley de Aguinaldo en la empresa privada o sueldo adicional* (Ley No 2412 del 23 de octubre de 1959 y sus reformas); *Ley de Sueldo adicional de servicios públicos* (Ley No 1835 del 11 de diciembre de 1954 y sus reformas); *Ley de Sueldo adicional de servidores en instituciones autónomas* (Ley No 1981 del 9 de noviembre de 1955 y sus reformas).
- El derecho a la propina a los trabajadores de restaurantes, se materializa en la Ley No 4946 del 3 de febrero de 1972.
- En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, tenemos una serie de convenios que protegen el salario y que fueron ratificados por Costa Rica: Convenio No 95 sobre la protección del salario de 1949 (ratificado el 2 de junio de 1960); Convenio No 99 sobre los métodos de fijación de salarios mínimos en agricultura de 1951 (ratificado el 2 de junio de 1960); Convenio No 100 sobre la igualdad de remuneración de 1951 (ratificado el 2 de junio de 1960); Convenio No 131 sobre la fijación de salarios mínimos de 1970 (ratificado el 8 de junio de 1979).

2.1.3 Derecho a la Protección Especial de Trabajadoras en Maternidad y Lactancia

- El artículo 94 del Código de Trabajo prohíbe a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieran en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a sus

deberes derivados del contrato. Dispone un trámite de reinstalación ante el juez de trabajo, si la trabajadora es despedida en estado de embarazo o lactancia.

- El artículo 95 del mismo código, establece el derecho que tiene la mujer embarazada a disfrutar de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior y los tres meses posteriores al parto.
- El artículo 97 del mismo código, nos dice que toda madre en época de lactancia podrá disponer en los lugares de trabajo, de un intervalo de quince minutos cada tres horas o si los prefiere de media hora dos veces al día durante sus labores, con el objeto de amamantar a su hijo o hija.
- El artículo 100, obliga a todo patrono que ocupe en su establecimiento más de treinta mujeres, a acondicionar un local a propósito para que las madres amamenten sin peligro a sus hijos.

2.1.4 Derecho a los Seguros Sociales

- El artículo 73 constitucional establece los seguros sociales en beneficio de los(as) trabajadores(as) manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte y demás contribuciones establecidas por ley.

3. La Violación a las Condiciones de Seguridad Social en la Normativa Costarricense

Una vez expuesto el marco referencial de este tipo penal, conviene destacar en que supuestos podría aplicarse la sanción de este delito, y para ello es menester tomar como cobertura lo expuesto en nuestra propia legislación atinente a la materia.

3.1 Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social Nº 17 del 22 de Octubre, 1943

Es importante destacar que pregona la legislación de creación del máximo ente de la seguridad social en nuestro país, la Caja Costarricense de Seguro Social creada en el año de 1943. El derecho para exigir la prestación de beneficios nace en el momento en que haya ingresado a los fondos de la Caja el número de cuotas que para cada modalidad de seguro determine la Junta Directiva de la institución¹.

3.1.1 Régimen General Sancionatorio a los Patronos

El artículo 44 de la ley que nos ocupa, nos habla del régimen sancionatorio aplicable a los patronos, y al respecto tenemos las siguientes transgresiones a esta ley, y la manera en que serán sancionadas:

- a. Será sancionado con multa equivalente al cinco por ciento (5%) del total de los salarios, remuneraciones o ingresos omitidos, quien no inicie el proceso de empadronamiento previsto por el artículo 37 de esta ley, dentro de los ocho días hábiles siguientes al inicio de la actividad.
- b. Será sancionado con multa equivalente al monto de tres salarios base, quien:
 1. Con el propósito de cubrir a costa de sus trabajadores la cuota que como patrono debe satisfacer, les rebaje sus salarios o remuneraciones.
 2. No acate las resoluciones de la Caja relativas a la obligación de corregir transgresiones a la presente ley o sus reglamentos, constatadas por sus inspectores en el ejercicio de sus funciones. Las resoluciones deberán expresar los motivos que las sustentan, el plazo concedido para enmendar el defecto y la advertencia de la sanción a que se haría acreedor el interesado, de no acatarlas.
 3. No deduzca la cuota obrera mencionada en el artículo 30 de esta ley, no pague la cuota patronal o que le corresponde como trabajador independiente.

¹ . Ley No 17 del 22 de octubre de 1943, art. 36. “Sin embargo, no se negarán las prestaciones del Seguro de Enfermedad y Maternidad al trabajador asegurado cuyo patrono se encuentra moroso en el pago de las cuotas obrero-patronales. En el caso de mora por más de un mes, la Institución tendrá derecho a cobrar al patrono el valor íntegro de las prestaciones otorgadas hasta el momento en que la mora cese, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 53, sin perjuicio del cobro de las cuotas adeudadas y de las sanciones que contempla la Sección VI de esta ley”.

- c. Será sancionado con multa de cinco salarios base quien no incluya, en las planillas respectivas, a uno o varios de sus trabajadores o incurra en falsedades en cuanto al monto de sus salarios, remuneraciones, ingresos netos o la información que sirva para calcular el monto de sus contribuciones a la seguridad social.

Es oportuno señalar, que con la entrada en vigencia de la *Ley de Protección al Trabajador* (Ley No 7983 del 16 de febrero del 2000), se suscitan una serie de cambios al régimen sancionatorio a través de esta legislación. Por ello, nos encontramos con que el supracitado artículo 44, nos indica que “De existir morosidad patronal comprobada o no haber sido asegurado oportunamente el trabajador, el patrono responderá íntegramente ante la Caja por todas las prestaciones y los beneficios otorgados a los trabajadores en aplicación de esta ley. En la misma forma responderán quienes se dediquen a actividades por cuenta propia o no asalariada, cuando se encuentren en estas mismas situaciones. Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, la Caja estará obligada a otorgar la pensión y proceder directamente contra los patronos responsables, para reclamar el monto de la pensión y los daños y perjuicios causados a la Institución”. Asimismo se aduce que el hecho de que no se hayan deducidos las cuotas del trabajador no exime de responsabilidad a los patronos, y señala una característica de la defensa que pueden tener los trabajadores, en el sentido de que “La acción para reclamar el monto de la pensión es imprescriptible e independiente de aquella que se establezca para demandar el reintegro de las cuotas atrasadas y otros daños y perjuicios ocasionados”¹.

Por último, diremos que las sentencias condenatorias dictadas en los juicios a que se refiere este capítulo no se inscribirán en el Registro Judicial de Delincuentes, salvo el caso de que la Caja, dada la gravedad de la falta, así lo solicite expresamente al tribunal respectivo. Las multas impuestas con ocasión de la aplicación de esta ley ingresarán a los fondos de la Caja Costarricense de Seguro Social debiendo ser giradas de inmediato a dicha Institución una vez practicado el depósito respectivo.

¹ . Así reformado por el artículo 1 de la Ley N° 5844 del 21 de noviembre de 1975 y por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000.

En torno a la posibilidad de ejercicio de la acción penal y la pena referente a las faltas contempladas en esta ley, tenemos que se establece un término de prescripción de dos años contados a partir del momento en que la Institución tenga conocimiento de la falta. El derecho a reclamar el monto de los daños y perjuicios irrogados a la Caja, sea que se ejercite la vía de ejecución de sentencia penal o directamente la vía civil, prescribirá en el término de diez años¹.

3.1.2 Configuración de Estafa en Perjuicio de la Seguridad Social

El artículo 45 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S., nos enuncia lo siguiente: “Constituye retención indebida y, en consecuencia, se impondrá la pena determinada en el artículo 216 del Código Penal, a quien no entregue a la Caja el monto de las cuotas obreras obligatorias dispuestas en esta ley”².

Tenemos entonces que el delito al cual se refiere la norma transcrita es el de **estafa** y al respecto este tipo penal nos dice lo siguiente:

“artículo 216.- Estafa

Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno, será sancionado en la siguiente forma:

- 1) Con prisión de dos meses a tres años, si el monto de lo defraudado no excediere de diez veces el salario base.
- 2) Con prisión de seis meses a diez años, si el monto de lo defraudado excediera de diez veces el salario base.

Las penas precedentes se elevarán en un tercio señalado cuando los hechos señalados los realice quien sea apoderado o administrador de una empresa que obtenga, total o parcialmente, sus recursos del ahorro público, o por quien, personalmente o por medio de una entidad inscrita o no inscrita, e cualquier naturaleza haya obtenido sus recursos, total o parcialmente del ahorro público”

¹ . Ley No 17 del 22 de octubre de 1943, Artículo 56 (reformado por el artículo 1º de la ley No. 2765 del 4 de julio de 1961).

² . Así reformado por el artículo 112, inciso ch) de la Ley N° 7135 del 11 de octubre de 1989 y posteriormente reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000.

Nótese como en este tipo penal, la acción es netamente dolosa o intencional y sugiere que el agente provocador o sujeto activo lesione mediante el engaño en este caso a la Seguridad Social y/o hasta al trabajador, haciéndole creer que determinado(s) hecho(s) es verdadero, cuando no lo es. A manera de ejemplo, los empleadores o patronos –que serían a la postre los sujetos infractores de estafa-, presentan constataciones de pagos por concepto de cuotas que nunca se realizaron. Habría que atenerse a la cuantía de lo defraudado para saber cual de los dos incisos les serían aplicables según sea el límite fijado de diez salarios base¹.

3.1.3 Sanciones por Represalias a los Trabajadores

La anterior posibilidad se encuentra prevista en el artículo 46 de la ley en estudio, al aducirse taxativamente que “Será sancionado con multa de cinco salarios base, el patrono que despida a sus trabajadores o tome represalias de cualquier clase contra ellos, para impedirles demandar el auxilio de las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento y la aplicación de la presente ley o sus reglamentos”². Esta prerrogativa es sumamente importante, todo ello que faculta a los trabajadores ya sea a título individual o colectivo –bajo las instancias representativas de defensa de sus derechos-, a gestionar ya sea administrativa o judicialmente la tutela de los derechos establecidos en la legislación atinente a la materia de Seguridad Social.

La anterior garantía genérica, se refuerza en el hecho que cualquier persona podrá denunciar ante la Caja o sus inspectores, las infracciones cometidas contra esta ley y sus reglamentos³. Además, expresamente se aduce que las organizaciones de trabajadores o patronos y los asegurados, en general, tendrán el derecho de solicitar a la Junta Directiva de la Caja, y ésta les dará acceso, a toda la información que soliciten, en tanto no exista disposición legal alguna que resguarde la confidencialidad de lo solicitado. Tendrán acceso a lo siguiente: a) Información sobre la evolución general

¹ . Los salarios base se toman de acuerdo al salario mínimo de cotización: se toma el salario mínimo de ley dependiendo de la ocupación. El Departamento de Planillas de la Caja Costarricense de Seguro Social emite un boletín sobre el mínimo de cotización, si el patrono reporta un salario más bajo al mínimo de ley que ahora es de 88,487 (a febrero del 2005), se le cobra multa basado en este salario.

² . Reformado por el artículo 1° de la Ley N° 1330 del 31 de julio de 1951 y posteriormente reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000.

³ . Ley No 17 del 22 de octubre de 1943 y sus reformas, art 54.

de la situación económica, financiera y contable de la Institución, su programa de inversiones y proyecciones acerca de la evolución probable de la situación económico-financiera de la Caja y los niveles de cotización, sub-declaración, cobertura y morosidad; b) Información sobre las medidas implementadas para el saneamiento y mejoramiento económico-financiero de la institución, así como las medidas concretas y sus efectos en materia de cotización, sub-declaración, cobertura y morosidad; c) Información estadística que fundamente la información indicada en los incisos anteriores. Esta información mencionada en los incisos anteriores deberá estar disponible al menos semestralmente¹.

Dicha disposición es importante conglobarla con lo establecido en el Convenio No 135 de la OIT (“Convenio sobre Representantes de los Trabajadores”), el cual fue aprobado por nuestro país y constituye una fuente de nuestro ordenamiento². Al respecto el artículo 1, establece que “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afinación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”. Además el mismo instrumento continua diciendo que los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones³, por lo que la posibilidad de solicitar información de la institución de trabajo, en los tópicos de seguridad social que establece la ley constitutiva de la C.C.S.S. habría que analizarlo a la luz de las prerrogativas que tienen los representantes de los(as) trabajadores(as).

El Convenio No 135, solo hace la salvedad de que deben tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades,

¹ . *Ibíd.*, Así reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000.

² . Aprobado mediante Ley No 5968 del 09 de noviembre de 1976 y publicada en La Gaceta No 222 del 19/11/76. El registro de ratificación en la Organización Internacional del Trabajo se hizo el 07 de diciembre de 1977.

³ . Convenio No 135 de la Organización internacional del Trabajo, párrafo primero del artículo 2.

importancia y posibilidades de la empresa interesada; sin que la concesión de dichas facilidades perjudique el funcionamiento eficaz de la empresa interesada¹.

Por último, se aduce en la supracitada ley de la C.C.S.S., que será sancionado con multa de cinco salarios base el encargado de pagar los recursos ordenados por esta ley, que se niegue a proporcionar los datos y antecedentes considerados necesarios para comprobar la corrección de las operaciones, oponga obstáculos infundados o incurra en retardo injustificado para suministrarlos².

3.1.4 El Cierre del Local como Sanción Administrativa

La Caja podrá ordenar, administrativamente, el cierre del establecimiento, local o centro donde se realiza la actividad cuando:

- a. La persona responsable o su representante se nieguen, injustificada y reiteradamente, a suministrar la información que los inspectores de la Caja Costarricense de Seguro Social le soliciten dentro de sus atribuciones legales. No se aplicará dicha medida si la información requerida se entrega dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución en que se ordena el cierre.
- b. Cuando exista mora por más de dos meses en el pago de las cuotas correspondientes, siempre y cuando no medie ningún proceso de arreglo de pago o declaratorio de derechos entre el patrono y la Caja.

El cierre del establecimiento, local o centro donde se realiza la actividad se hará mediante la colocación de sellos oficiales en puertas, ventanas y otros lugares de acceso al establecimiento³.

¹ . Convenio No 135, Op Cit, párrafo segundo y tercero.

² . Ley No 17 del 22 de octubre de 1943 y sus reformas, art 47.

³ . Ibíd., art. 48. El cierre podrá ordenarse por un período máximo de cinco días, prorrogable por otro igual cuando se mantengan los motivos por los que se dictó. Para la imposición de esta medida y antes de su resolución y ejecución, la Caja deberá garantizarle al afectado el respeto de su derecho al debido proceso administrativo, conforme al artículo 55 de esta ley, que será normado mediante el reglamento respectivo (Así reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000).

La destrucción de estos sellos acarreará la responsabilidad penal correspondiente, prevista en el tipo de violación de sellos, que establece una sanción de prisión de tres meses a dos años para “...el que violare los sellos puestos por la autoridad sobre una cosa. Si el responsable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, el máximo de la pena se elevará hasta tres años”¹.

Para llevar a cabo la acción de cierre, debe necesariamente conviene aludir someramente al procedimiento administrativo en general. Al respecto nuestra Ley General de la Administración Pública establece que dicho procedimiento será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos: a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivo, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos; y b) Si hay contradicción o concurso de intereses frente a la Administración dentro del expediente².

Diremos entonces a manera de glosa, que este procedimiento responde a la necesidad de someter la actuación administrativa a una ordenación formal preestablecida, con el objeto de alcanzar una doble finalidad: de un lado garantizar los intereses públicos -esto es, la oportunidad y legalidad de los actos-, y de otro lado, tutelar los derechos e intereses de los particulares³. GORDILLO manifiesta que este tipo de procedimiento *"es la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que erigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa"*⁴. También se ha dicho por otro sector de la doctrina, que la finalidad de este procedimiento administrativo concurre en orientar el ejercicio del poder por los carriles de la seguridad y la legalidad, a la vez que los derechos se defienden por las vías procesales reclamativas⁵.

¹ . Código Penal de la República de Costa Rica, art. 312.

² . Ley General de la Administración Pública, art 308.

³ . BLASCO PELLICER, (Ángel) y GARCÍA RUBIO, (María Amparo), *"Curso de Derecho Administrativo Laboral"*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 81.

⁴ . GORDILLO, (Agustín) *"Tratado de Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, Ediciones Macci, 1984, pág. 9.

⁵ . BORJA y BORJA, (Ramiro) *"Teoría General del Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1985, pág. 23.

Muy importante es hacer saber que en todo procedimiento que pueda culminar con la imposición de una sanción en sede administrativa, se le concederá al interesado el derecho de defensa y se respetará el debido proceso antes de que se resuelva el asunto. Asimismo, las personas que resulten sancionadas administrativamente por infracción de las leyes y normas reguladoras de la seguridad social o incumplan los plazos reglamentarios definidos para el cumplimiento de sus obligaciones, estarán sujetas, además, al pago de las costas administrativas causadas. Es importante hacer notar, que quienes no cancelen las cuotas correspondientes estarán sujetos al pago de los intereses de ley sobre el monto de las contribuciones adeudadas¹.

Las personas jurídicas, las entidades o colectividades que constituyan una unidad económica, dispongan de patrimonio y autonomía funcional, aunque estas últimas tengan o no personalidad jurídica, responderán solidariamente por las acciones o las omisiones violatorias de esta ley, cometidas por los representantes en el ejercicio de sus funciones². Es importante destacar que aquella(s) falta(s) que impliquen perjuicio económico para C.C.S.S. -sin perjuicio de la sanción establecida administrativamente-, el infractor deberá indemnizar a la Institución por los daños y perjuicios ocasionados y deberá, además, restituir los derechos violentados. Para ello, se adoptarán las medidas necesarias que conduzcan a esos fines y se procederá de conformidad con título VII, capítulo VII del Código de Trabajo³.

3.1.5 Obligación de Instituciones Públicas y Personas Físicas de Cotizar a la Seguridad Social

El artículo 74 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S., nos enuncia una amplia base de sustento y obligaciones, para que coticen a la seguridad social, tanto a las instituciones del Estado en su conjunto, como a las personas físicas. Empezamos

¹ . Ley No 17 del 22 de octubre de 1943 y sus reformas, art. 49.

² . Ibid, art. 51, reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000.

³ . La certificación extendida por la Caja, mediante su Jefatura de Cobro Administrativo o de la sucursal competente de la Institución, cualquiera que sea la naturaleza de la deuda, tiene carácter de título ejecutivo, una vez firme en sede administrativa. Las deudas en favor de la Caja tendrán privilegio de pago en relación con los acreedores comunes, sin perjuicio de los privilegios mayores conferidos por otras normas. Este privilegio es aplicable en los juicios universales y en todo proceso o procedimiento que se tramite contra el patrimonio del deudor. (*artículo 53 Así reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000*).

manifestando que con respecto a las primeras, tenemos que “La Contraloría General de la República no aprobará ningún presupuesto, ordinario o extraordinario, ni efectuará modificaciones presupuestarias de las instituciones del sector público, incluso de las municipalidades, si no presentan una certificación extendida por la Caja Costarricense de Seguro Social, en la cual conste que se encuentran al día en el pago de las cuotas patronales y obreras de esta Institución o que existe, en su caso, el correspondiente arreglo de pago debidamente aceptado”.

La anterior certificación la extenderá la Caja dentro de las veinticuatro horas hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, en papel común y libre de cargas fiscales, timbres e impuestos de cualquier clase. El Decreto Ejecutivo No 28770-MP-MTSS emitido conjuntamente por los Ministerios de la Presidencia y de Trabajo y de la Seguridad Social, con la finalidad de precisar aún más el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la C.C.S.S., describe los datos contenidos en los listados sobre adeudos en obligaciones de la seguridad social. Al respecto dispone que la entidad estatal de Seguridad Social deberá remitir la siguiente información, la cual no podrá ser utilizada para fines distintos a la admisibilidad del trámite administrativo respectivo:

1. Nombre o razón social del patrono o asegurado facultativo.
2. Número de identificación del patrono o asegurado facultativo.
3. Identificación sobre la existencia de adeudos y los períodos correspondientes. Bastará con que se indique “MOROSO” y la abreviatura del mes y año al cual corresponde la deuda registrada.
4. Fecha de cierre del listado¹.

¹. Decreto Ejecutivo No 28770-MP-MTSS del 6 de julio del 2000, publicado en La Gaceta No 134 del 12 de julio del 2000, artículo 4. Al respecto, tenemos que el siguiente artículo nos dice lo siguiente: “**Artículo 2.- Del suministro mensual de la información sobre adeudos en obligaciones de seguridad social.** La Caja Costarricense de Seguro Social, deberá suministrar mensualmente la información que describe el artículo 4 de este reglamento para que los restantes entes de la Administración Pública puedan verificar el cumplimiento en el pago de la obligaciones de seguridad social.

A más tardar el último día de cada mes, la Caja Costarricense de Seguro Social remitirá a todas las instituciones de la Administración Pública, la información correspondiente a los patronos y asegurados facultativos que no se encuentren al día en el pago de sus cuotas en relación a periodos anteriores, para lo cual podrá utilizar tanto medios escritos como electrónicos o telemáticos.

La información sobre adeudos en obligaciones de seguridad social, deberá ser impresa de forma clara y legible. Si se opta por un medio electrónico, debe estar estructurada en un lenguaje básico, de acuerdo con la tecnología disponible en el ente de la Administración Pública que la recibirá, y dispuesta en caracteres legibles. La inclusión o alteración de la información original enviada por la Caja Costarricense de Seguro Social, dará lugar a sanciones penales y administrativas”.

El mismo Decreto aduce que si se diere el caso de ausencia de suministro de información por parte de la misma Caja a los entes administrativos, sobre los patronos o asegurados facultativos con adeudos a las obligaciones de seguridad social; el ente deberá dar el trámite correspondiente a las solicitudes, permisos, licencias, autorizaciones, contrataciones, inscripciones y gestiones sujetas a verificación previa conforme a lo establecido en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social¹.

Volviendo a la ley constitutiva de la C.C.S.S., tenemos que será obligación del Ministro de Hacienda la de presupuestar, anualmente, las rentas suficientes que garanticen la universalización de los seguros sociales y ordenar, en todo caso, el pago efectivo y completo de las contribuciones adeudadas a la Caja por el Estado, como tal y como patrono. La misma ley dispone que el incumplimiento de cualquiera de estos deberes acarreará en su contra las responsabilidades de ley. Ahora bien, el asunto que no queda bien explicitado dentro de la misma ley y se constituye en un defecto técnico es que la norma reza lo siguiente: “Penalmente esta conducta será sancionada con la pena prevista en el artículo 330 del Código Penal”. Si nos vamos a esta disposición literalmente tenemos que se refiere al *abandono del lugar del accidente*, que a todas luces no resulta procedente para el supuesto que nos ocupa y además, el artículo 330 fue declarado inconstitucional y por consiguiente anulado por la Sala Constitucional, por resolución No 525 de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993. No sabemos si la ley se referiría más bien al tipo penal de *abuso de autoridad*, el cual encontramos más apropiado para el contexto y está normado en el artículo siguiente (331): “Será reprimido con prisión de dos meses a tres años, el funcionario público, que, abusando de su cargo, ordenare o cometiere cualquier acto arbitrario en perjuicio de los derechos de alguien”.

Por otra parte, tratándose de las personas físicas, tenemos que la misma legislación dispone que los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme a la ley. Para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar al día en el pago de

¹. Decreto Ejecutivo No 28770-MP-MTSS Op Cit, artículo 3.

las obligaciones de conformidad con el artículo 31 de esta ley, y dispone un procedimiento al efecto:

1. La admisibilidad de cualquier solicitud administrativa de autorizaciones que se presente a la Administración Pública y ésta deba acordar en el ejercicio de las funciones públicas de fiscalización y tutela o cuando se trate de solicitudes de permisos, exoneraciones, concesiones o licencias. Para efectos de este artículo, se entiende a la Administración Pública en los términos señalados en el artículo 1 tanto de la Ley General de la Administración Pública como de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
2. En relación con las personas jurídicas, la inscripción de todo documento en los registros públicos mercantil, de asociaciones, de asociaciones deportivas y el Registro de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, excepto los expedidos por autoridades judiciales.
3. Participar en cualquier proceso de contratación pública regulado por la Ley de Contratación Administrativa o por la Ley de Concesión de Obra Pública. En todo contrato administrativo, deberá incluirse una cláusula que establezca como incumplimiento contractual, el no pago de las obligaciones con la seguridad social.
4. El otorgamiento del beneficio dispuesto en el párrafo segundo del artículo 5 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.
5. El disfrute de cualquier régimen de exoneración e incentivos fiscales. Será causa de pérdida de las exoneraciones y los incentivos fiscales acordados, el incumplimiento de las obligaciones con la seguridad social, el cual será determinado dentro de un debido proceso seguido al efecto.

Se dispone finalmente, que “..la verificación del cumplimiento de la obligación fijada en este artículo, será competencia de cada una de las instancias administrativas en las que debe efectuarse el trámite respectivo; para ello, la Caja deberá suministrar mensualmente la información necesaria. El incumplimiento de esta obligación por parte de la Caja no impedirá ni entorpecerá el trámite respectivo”. También se admite que mediante convenios con cada una de esas instancias administrativas, la Caja Costarricense de Seguro Social podrá establecer bases de datos conjuntas y sistemas de control y verificación que faciliten el control del cumplimiento del pago de las obligaciones con la seguridad social¹.

¹ . Adicionado a la presente ley por el numeral 5 de la Ley N° 6914 del 28 de noviembre de 1983 y reformado por el artículo 85 de la Ley N° 7983 del 16 de febrero de 2000.

3.2 Reglamento del Seguro de Salud, (Enero 1997)

Queremos abordar seguidamente este reglamento, el cual se constituye en un medio para poder perseguir las evasiones y fraudes a la seguridad social. En ese sentido, tenemos disposiciones como la obligación de investigar salarios en caso de duda¹, sin que esto incida en la atención de los trabajadores si su patrono se encuentra moroso, solamente que el costo deberá ser asumido por el patrono de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36° de la Ley Constitutiva.

El reglamento establece como obligaciones de los patronos, las siguientes:

- a. Inscribirse como tales ante la Caja en los primeros ocho días hábiles posteriores al inicio de la actividad o la adquisición del negocio, aportando la siguiente información mínima:
(a.a.) Nombre y calidades; brindar nombre del negocio y la actividad a que se dedica; señalar la dirección y los números de teléfono, apartado y facsímil, si los hubiere.
(a.b.) Si se trata de personas jurídicas, además de los datos que le sean aplicables según el inciso anterior, deben aportarse fotocopias de la escritura de constitución y de la cédula jurídica.
(a.c.) Variaciones que se produzcan referentes a cambios en el nombre, representación legal, actividad o domicilio.

(...)

- b. Otorgar permiso a sus trabajadores, para que puedan recibir las prestaciones a que se refiere este reglamento.
- c. Entregar oportunamente a los trabajadores a su servicio la "Tarjeta de Comprobación de Derechos" (orden patronal), elaborada por la Caja y que recibirá al efectuar el pago de las cotizaciones. Este documento es necesario para que el trabajador pueda hacer uso de los servicios y para el cobro de prestaciones económicas.
- d. Presentar dentro de los plazos programados y en la forma que disponga la administración (diskette, cintas, facsímil etc), la

¹ . Reglamento del Seguro de Salud, "Si se dan indicios que permitan presumir algún intento de defraudación a la seguridad social, el funcionario encargado de autorizar el pago, deberá ordenar en forma previa una investigación para determinar la realidad salarial que deba tomarse en cuenta. El incumplimiento injustificado de esta obligación, constituye falta grave para los efectos disciplinarios laborales" Artículo 39.

planilla de sus trabajadores correspondiente al mes inmediato anterior con los datos requeridos.

- e. Deducir de los salarios la cuota de los trabajadores, todo de conformidad con el artículo 30° de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y el artículo 95° del Código de Trabajo.
- f. Pagar en los plazos establecidos y en la forma que disponga la administración (transferencia de fondos, tarjeta de crédito, teleproceso etc.), tanto las cuotas patronales como las de sus trabajadores. Pasada la fecha máxima de pago, el patrono deberá cancelar el correspondiente recargo por morosidad¹.

Se establece como motivo sancionatorio, los recargos por atraso en el pago de planillas a la Seguridad Social. Para lograr dicho cometido, tenemos disposiciones sancionatorias tales como éstas: Los patronos que no presenten o cancelen las planillas dentro de los plazos que establece este Reglamento, u omitan en la planilla datos de sus trabajadores, estarán obligados al pago de un recargo sobre el monto de las cuotas, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 36° de la Ley Constitutiva de la Caja. Dicho recargo se aplicará en la siguiente forma:

- a) Por presentación tardía: un 2% del monto total de las cuotas obrero-patronales;
- b) Por presentación de las planillas con omisión o falsedad de los datos identificativos de los trabajadores: un 1 % del salario en cada caso que se omita esa información;
- c) Por morosidad: un 2 % progresivo, sobre las cuotas, por cada mes o fracción, hasta un máximo de 24 % ².

Finalmente, nos interesa destacar que la normativa establece que si el patrono no cumple con la presentación oportuna de sus planillas, la Caja procederá a su levantamiento de oficio, sin perjuicio de las sanciones que determina la Ley

¹ . Reglamento del Seguro de Salud, art. 66. Además, la norma establece que “...cualquier dato falso u omisión que se consigne en la planillas o en las tarjetas provisionales de comprobación de derechos, que induzca a la Caja a otorgar prestaciones a personas que de conformidad con las prescripciones del presente Reglamento no tengan derecho ellas, hará incurrir a los patronos, aparte de la obligación de pagar esas prestaciones, en las sanciones establecidas en la sección VI de la Ley Constitutiva de la Caja”.

² . Reglamento del Seguro de Salud, art. 70. Los recargos indicados en los incisos anteriores se efectuarán sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas en los artículos 44° y siguientes de la Ley Constitutiva de la Caja.

Constitutiva y por consiguiente, cuando se suscitare esta facturación de oficio de las planillas, se presumirán ciertos los datos que correspondan a la última planilla presentada, salvo prueba en contrario¹.

3.3 Potestades de los Inspectores de la Caja Costarricense de Seguro Social

La Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, otorga la potestad para que los inspectores de esta entidad, puedan investigar la posible evasión de las cuotas obrero-patronales, que deben cotizarse al sistema de seguridad social. En este sentido, en razón de un amparo establecido en contra de la potestad de revisar documentación que incluso pueda tacharse de particular o no susceptible de ser conocida por terceros, nuestra Sala Constitucional adujo lo siguiente:

"III.- Del texto que se transcribió es preciso resaltar que una de las ideas esenciales, en cuanto a la interpretación del artículo 24 en estudio, es que, resulta de vital importancia impedir o evitar que las libertades y derechos fundamentales choquen con el sentido de convivencia humana. Por eso, si se examina este caso a la luz de esa idea y sobre la base del espíritu de lo expuesto en aquella sentencia, lo procedente es concluir también, que la facultad prevista por el artículo 20 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, que permite a ese ente consultar la documentación que indica la recurrente, es legítima y no resulta violatoria de lo dispuesto por el precitado numeral 24. Es decir, tratándose de los seguros sociales y de las obligaciones que de ellos derivan, es constitucionalmente legítimo que la Administración, en el debido, correcto y responsable ejercicio de sus competencias legales, tenga acceso a la documentación de los sujetos privados, con el fin de que verifique lo concerniente al cumplimiento -por parte de éstos- de dichas obligaciones" (SUBRAYADO NUESTRO)²

¹ . Reglamento del Seguro de Salud., art. 71.

² . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 1996-00033, San José, a las dieciséis horas con treinta minutos del tres de enero de mil novecientos noventa y seis.

No cabe la menor duda que la tesis de "interés público" que reviste la seguridad social, hace posible la intromisión de funcionarios públicos en la esfera privada o empresarial. Ahora bien, la misma jurisprudencia constitucional ha dicho también que tales inspectores pueden recurrir a otras fuentes de información para establecer las diferencias en el pago de las cuotas amortizadas al seguro social, y en este sentido, la empresa no puede argüir como desproporcionada e injustificada esta posibilidad, siempre y cuando se haga a través de medios legales¹.

Por otra parte, la sentencia No. 2000-0643 sostuvo en relación con la posibilidad de que varios artículos de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, la facultan a obtener datos de Tributación Directa y por ende, exista la posibilidad de ordenar el cierre de negocios; que estas "son medidas adoptadas para dar a la institución mayor posibilidad de obtener las cotizaciones que por ley deben ser depositadas en sus arcas para mantener los distintos regímenes de seguros sociales que administra por mandato constitucional, así que desde esa óptica, siendo amplia la disposición del artículo 73 de la Constitución Política, no puede existir inconstitucionalidad en el trabajo coordinado de suministro de información vital y la posibilidad de clausurar negocios, los que parecen estar incluidos en la facultad constitucional otorgada a la Caja Costarricense de Seguro Social para que pueda realizar su cometido" .

Para la Sala Constitucional el artículo 24 de la Constitución tiene un "límite en los derechos subjetivos de los trabajadores", reconocidos en el artículo 73 de la misma

¹ . "Sin embargo, en este caso concreto, según se desprende del libelo de interposición, los inspectores de la Caja Costarricense del Seguro Social no tuvieron acceso a los libros de la empresa, sino que buscaron otros medios -no ilegales-, como la revisión de las planillas de la sociedad, para establecer la diferencia de pago y por consiguiente lo que la sociedad recurrente adeuda a la Caja por concepto de cuotas obrero-patronales, lo que es obvio que no constituye una violación a lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política, pues la Caja puede recurrir a otras fuentes de información, como en este caso, para establecer la diferencia en el pago de las cuotas obrero-patronales de cualquier empresa, siempre que estas no sean ilegales. Ello por cuanto el fin de la investigación no es otro que el de determinar si el patrono ha observado o no su obligación de pagar las cuotas obrero patronales que sustentan -de conformidad con el artículo 73 de la Constitución Política-, el régimen de seguros sociales previstos en beneficio de los trabajadores a fin de protegerlos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que establezca la ley, y en consecuencia, adoptar las medidas del caso para garantizar que se haga efectivo el aporte indicado". SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 0200-96, San José, a las diecisiete horas quince minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y seis. Ver en este mismo sentido las resoluciones de la propia Sala Constitucional, número 3799-96 de las nueve horas cuarenta y ocho minutos del veintiséis de julio de mil novecientos noventa y seis; y la No.4720-96 de las quince horas treinta minutos del once de setiembre de mil novecientos noventa y seis.

Carta Política¹, y es un valor que atañe a la "solidaridad". Para este tribunal constitucional, basado en lo anteriormente expuesto "No es compatible con el espíritu de la Constitución que la empresa se parapete en el artículo 24 para negarse a suministrar a la Caja información pertinente, sin que ello infrinja el correspondiente derecho de los trabajadores"².

4. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la Seguridad Social suscritos por Costa Rica

Vamos a hacer mención a los tratados internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscritos por nuestro país y que por imperativo del artículo 7 de la Constitución Política tienen rango formal mayoritario a la misma ley. En este caso vamos a aludir, tres convenios específicamente: el Convenio No 102 – Normas mínimas de Seguridad-; el Convenio No 130 –Convenio sobre Asistencia Médica y Prestaciones Monetarias de 1969-; y el Convenio No 134 –Convenio sobre la Prevención de Accidentes (“Gente de Mar”)-.

4.1 El Convenio No 102 de la OIT (“Normas Mínimas sobre la Seguridad Social”)

Este tratado internacional se refiere a las normas mínimas de seguridad social y en nuestro medio se ha puesto en boga en lo que se refiere al tema de las pensiones. Sobre ese particular, el convenio aduce en su artículo 29, lo siguiente:

¹. **Artículo 73.-** Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.

(Así reformado por Ley No. 2737 del 12 de mayo de 1961)

². SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 6497-96, San José, a las once horas con cuarenta y dos minutos del día dos de diciembre de mil novecientos noventa y seis. Pueden verse también, en el mismo sentido, sentencias números 200-96 y 4720-96.

“1. La prestación mencionada en el artículo 28 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:

a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia;

b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual alcance una cifra prescrita.

2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o

b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo”.

Precisamente, la Sala Constitucional mediante Voto No 6842-99 de las 8:45 horas del 3 de septiembre de 1999, interpretó el término “*residencia*” inserto dentro del artículo 29 inciso b) del citado Convenio, como equivalente a “*derecho de pertenencia*” en el sentido de que cuando se ha estado cubierto por un determinado régimen –sea por tiempo laborado o cotizado-, por espacio de veinte años, se adquiere el derecho a jubilarse o pensionarse conforme a su normativa originaria, sin que pueda entonces una ley posterior, incluso hasta modificadora del régimen, exigir otros requisitos diferentes. Esta ha sido la tesis que ha privado para la aplicación del Convenio No 102, por parte de la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional y el mismo Tribunal Superior de Trabajo; más no de la misma Procuraduría, que aduce en el dictamen C-114, que el término *residencia* se refiere a una connotación de residencia geográfica (veinte años de residir en un determinado lugar) y no a un criterio de pertenencia a una determinada legislación.

La Procuraduría General de la República –que es la entidad que funge como abogado del Estado-, emitió un dictamen jurídico¹ en razón de una consulta realizada por el Director Nacional de Pensiones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Lic. Jeremías Vargas Chavarría, sobre la aplicación del inciso a) del artículo 29 del Convenio No 102 de la Organización Internacional del Trabajo denominado *Normas Mínimas de la Seguridad Social*. Esta disposición establece que una de las posibilidades para obtener el derecho a la jubilación sería la de cumplir de conformidad con las reglas prescritas, “*un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o empleo o en veinte años de residencia*”. Según la Procuraduría, hasta la misma Sala Constitucional ha cambiado de criterio y por lo tanto, es ilegal la aplicación del Convenio No 102 que se ha venido realizando hasta el momento por parte del Magisterio Nacional.

Una vez planteado a grosso modo el problema, nos permitimos realizar algunas apreciaciones: a) Revisada la jurisprudencia constitucional que invoca la Procuraduría General de la República, no encontramos que la Sala Constitucional haya variado de criterio y en este sentido, sigue vigente la interpretación sostenida por el Voto No 6842-99; b) Un dictamen de la Procuraduría no puede venir a cambiar ni a desconocer la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la cual es por demás vinculante o de acatamiento obligatorio de acuerdo al artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; c) Los Tribunales Superiores de Trabajo como instancias que resuelven apelaciones como órganos administrativos o de jerarquía impropia, siguen aplicando el Convenio No 102 en los términos de asimilar “residencia” por “pertenencia” y no han variado su criterio.

4.2 El Convenio No 130 de la OIT (“Convenio sobre Asistencia Médica y Prestaciones Monetarias)

Este es un Convenio de finales de los años sesenta, y en algunos tramos del mismo, se torna confuso. Extrayendo algunas disposiciones claves, tenemos que el artículo segundo párrafo tercero, pregoná el siguiente mandato:

¹ . Procuraduría General de la República, Dictamen C-114 del 28 de abril del 2003.

“Todo Miembro que haya formulado una declaración de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo deberá, según sea adecuado a los términos de su declaración y según lo permitan las circunstancias:

- a) aumentar el número de personas protegidas;
- b) ampliar los servicios de asistencia médica que se proporcionan;
- c) extender la duración de las prestaciones monetarias de enfermedad.

El artículo 5 nos da posibilidades de exclusión del presente instrumento internacional, y para ello habla de las siguientes posibilidades: a) las personas cuyo empleo sea de carácter ocasional; b) los miembros de la familia del empleador que vivan en su hogar, respecto del trabajo que realicen para él; c) otras categorías de asalariados cuyo número no exceda del 10 por ciento de todos los asalariados que no pertenezcan a las categorías excluidas de acuerdo con los apartados a) y b) de este artículo.

Sobre las contingencias cubiertas que podría comprender este convenio, tenemos las siguientes: la necesidad de asistencia médica curativa, y, en las condiciones prescritas, de asistencia médica preventiva; y la incapacidad para trabajar, tal como esté definida en la legislación nacional, que resulte de una enfermedad y que implique la suspensión de ganancias¹. El artículo 21 del mismo tratado, establece la prestación monetaria en que debe consistir el pago periódico calculado. En todo caso, se establece la prerrogativa de que “Todo solicitante deberá tener derecho a interponer un recurso en caso de que se le niegue una prestación o en caso de reclamación sobre su calidad o cantidad”².

4.3 El Convenio No 134 de la OIT (“Convenio sobre la Prevención de Accidentes/Gente de Mar”).

El artículo primero del Convenio No 134 nos precisa la terminología típica de este tratado:

¹ . Convenio No 130 OIT, art. 7.

² . *Ibíd.*, art. 29 párrafo primero.

1. A los efectos del presente Convenio, la expresión *gente de mar* se aplica a todas las personas empleadas con cualquier cargo a bordo de un buque, que no sea de guerra, matriculado en un territorio para el que se halle en vigor el presente Convenio y dedicado habitualmente a la navegación marítima.
2. En caso de que surgieran dudas sobre si alguna categoría de personas debe o no considerarse como gente de mar a los efectos del presente Convenio, la cuestión se resolverá por la autoridad competente de cada país, previa consulta a las organizaciones de armadores y de gente de mar interesadas.
3. A los efectos del presente Convenio, la expresión *accidentes del trabajo* se aplica a los accidentes sobrevenidos a la gente de mar a causa o con ocasión de su empleo.

Se delega a la autoridad competente de cada país marítimo, para adoptar las medidas necesarias para que los accidentes del trabajo se notifiquen y estudien en forma apropiada, así como para asegurar la compilación y análisis de estadísticas detalladas de tales accidentes. Existe una obligación de que todos los accidentes del trabajo se notifiquen y se formulen estadísticas, que no solo deberán limitarse a los accidentes mortales o a los accidentes que afectan al propio buque. Las estadísticas habrán de registrar el número, naturaleza, causas y efectos de los accidentes del trabajo, indicándose claramente en qué parte del buque -- por ejemplo: puente, máquinas o locales de servicios generales-- y en qué lugar -- por ejemplo, en el mar o en el puerto -- ocurre el accidente.

La autoridad competente habrá de proceder a una investigación de las causas y circunstancias de los accidentes del trabajo mortales o que hubieren producido lesiones graves a la gente de mar, así como de otros accidentes que determine la legislación nacional¹. Asimismo, deberán establecerse disposiciones relativas a la prevención de accidentes mediante legislación, repertorios de recomendaciones prácticas u otros medios apropiados².

Por último, se estipula que los programas de prevención de accidentes del trabajo deberán establecerse por las autoridades competentes en colaboración con las organizaciones de armadores y de la gente de mar. La aplicación de tales programas se

¹ . Convenio No 134, art. 2.

² . *Ibíd.*, art. 4 párrafo segundo y tercero.

deberá organizar de modo que las autoridades competentes, los armadores, la gente de mar o sus representantes y otros organismos interesados puedan participar activamente. Para lograr dicho fin, se crearán comisiones mixtas nacionales o locales encargadas de la prevención de accidentes, o grupos especiales de trabajo en que estén representadas las organizaciones de armadores y las de la gente de mar¹.

B) Tráfico Ilegal de Mano de Obra

Este segundo delito propuesto, tiene que ver el resguardo al derecho del trabajo en condiciones de licitud, dignidad personal y derechos de la población migrante a tener un trabajo estable. El tipo penal propuesto dice así:

“Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa;

1. Los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.
2. Los que recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas.
3. Los que empleen a inmigrantes sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

1. Análisis Descriptivo del Tipo

Haciendo un repaso al tipo reseñado, tenemos que siguiendo la tónica de toda esta reforma, es una copia del artículo 312 del Código penal español, con la única diferencia que la norma original tiene dos incisos, mientras la que se propone en Costa Rica posee tres. El cambio radica en que el segundo inciso español, se divide o descompone para el caso costarricense, en otro más. Además, en lugar de “inmigrantes”, el texto en España dice “súbdito”.

¹. Convenio No 134, art. 8.

Sobre este artículo, comenzamos analizando el verbo inserto dentro del primer inciso habla como tipo objetivo, de la figura de “traficar”, entendiéndose como tal “comerciar” o “negociar”, por lo que el autor deberá pretender lucrarse al ofertar mano de obra¹. El asunto de hablar de ilegalidad del tráfico, implica necesariamente que la acción delictiva no estará ajustada a los cauces legales establecidos para la correcta contratación de la prestación laboral. Asimismo, la conducta reprochable consiste en traficar ilegalmente con mano de obra, siendo el sujeto activo cualquiera. El tráfico de mano de obra puede consistir según la doctrina, en la colocación ilegal o la cesión ilegal de trabajadores².

El segundo inciso del articulado propuesto, presenta la característica de que debe darse la acción dolosa de engañar o actuar con falsedad, a pesar de que se ha dicho que estas conductas ya estaban previstas para el tipo penal anterior –que es el artículo 311 de acuerdo a la numeración española, pero que para nuestros efectos igualmente antecede al artículo que estamos estudiando-³. Conviene destacar que el tipo objetivo de este delito se consume a través de una conducta *a priori* al reclutar personas antes de iniciar su trabajo⁴, o *a posteriori*, conminarlas a abandonar el puesto de trabajo que ya tienen, en busca de otro⁵. El elemento común es ofrecer empleo y condiciones de trabajo bajo la modalidad dolosa del engaño o falsedad. Al respecto, MORILLAS CUEVA sintetiza las provisiones insertas dentro de la norma, y aduce lo siguiente: *“Dos son las modalidades comisivas: una la de reclutar personas, por **reclutar** hay que comprender el buscar trabajadores para la finalidad concreta; otra, la de **determinar el abandono de su puesto de trabajo**, es decir, llevar al trabajador la convicción de*

¹. SAINZ RUIZ, (José Antonio) Op Cit, pág 2020.

². CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Op Cit, pág 946. Cfr: Para MORILLAS CUEVA, *“El verbo base de la conducta es el de **traficar**, en el que hay que incluir la contratación realizada al margen de las oficinas de empleo, de las empresas de trabajo temporal y de las exigencias legales de la cesión de trabajadores. El propio concepto de traficar requiere que exista una especie de comercio, de actividad con ánimo de enriquecimiento mediante, como dicen CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, el aprovechamiento de los trabajadores”*, Op Cit págs 904-905.

³. COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) Op Cit, pág 153.

⁴. *“El sujeto activo en este supuesto puede ser cualquier persona, natural o colectiva, sin que se precise que sea empresario. Sujeto pasivo será cualquier persona física con capacidad legal para trabajar. La acción consiste en “reclutar”, entendiéndose por ello, “buscar adeptos para un propósito determinado”, con la finalidad de ofertar empleo o condiciones laborales falsas o engañosas”* SAINZ RUIZ, (José Antonio) Op Cit, pág 2021.

⁵. *“Este supuesto es el contrario del apartado anterior, ya que la conducta consiste en “hacer tomar una resolución” al sujeto pasivo del delito –que en este caso gozará de la condición de trabajador en activo-, que tenga como resultado el que éste abandone su puesto de trabajo. Se exige un dolo específico que consistirá en ofertar empleo no existente, o que las nuevas condiciones laborales ofrecidas, no fueron las que se acordaron”*, *Ibíd.*

*dejar la relación laboral que tiene. Ello hay que realizarlo con la intención de ofrecer empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas. El significado de ambos términos es muy semejante **falsea con engaño, engaña con falsedad**, por lo que parecen redundantes y reiterativos. Ofrecer empleo engañoso o falso es lo mismo que ofertar un trabajo que no existe en realidad. La otra hipótesis se concreta en condiciones de trabajo que no son ciertas, por ejemplo, horarios, categoría, salario, etc.”*¹

Por último, el tercer inciso habla del verbo típico **emplear** y en el contexto de la norma se aduce que se sanciona solamente a quienes “empleen” a inmigrantes sin permiso de trabajo. Es decir, que se podría decir en principio que la imposición de condiciones en el momento posterior al contrato, no encajaría en el tipo. Sin embargo, esta posibilidad es desechada por un autor en estudio, quien entiende “*que la expresión “emplear en condiciones...” es aplicable a toda la vida del empleo, por lo que aunque esas condiciones restrictivas de los derechos aparezcan con posterioridad al momento inicial, será aplicable al precepto*”².

No cabe duda que en este último inciso, el sujeto pasivo sería el extranjero indocumentado que pueda llegar a prestar sus servicios, independientemente de que tenga o no conocimiento de que sus condiciones de trabajo son ilegales, ya que el sujeto activo es sobre el que recae el tipo objetivo previsto. Precisamente por la trascendencia de este delito, vamos a avocarnos como sería su implementación en Costa Rica a la luz de la legislación de orden público existente.

*2. Disposiciones Legales Internas para Contratar Trabajadores Extranjeros*³

El pasaporte es el documento de identidad que se extiende a un ciudadano, para que pueda transitar de un país a otro, sin embargo este documento no le da una condición migratoria de permanencia en el país a las personas extranjeras. Al ingresar al territorio costarricense los extranjeros admitidos deberán disponer de una autorización o acreditación migratoria, conforme a la categoría que señala en la Ley

¹ . MORILLAS CUEVA, (Lorenzo) Op Cit, págs 905-906.

² . CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) Op Cit, pág 947.

³ . Este apartado lo tomamos del Documento del MTSS denominado “Requisitos para una Permanencia Legal en Costa Rica” 2003.

General de Migración, la que se anota al pasaporte. Todos los trabajadores extranjeros requieren de un permiso de trabajo, ya que en Costa Rica los derechos laborales están garantizados por la Constitución Política, el Código de Trabajo y otras leyes conexas. El patrono presenta una solicitud ante la Dirección General de Migración y Extranjería, la que a su vez la traslada para su dictamen al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS)¹.

Los extranjeros que poseen cédula de residencia permanente o un **carne de refugiado**², ambos vigentes, pueden laborar sin requerir permiso de trabajo. El ser residente permanente o temporal debidamente autorizado le permite laborar y ser sujeto de todos los derechos laborales que esta situación conlleva, como acceso a la seguridad social, pago de salarios conforme a la ley, así como el deber de aportar a los regímenes de protección social. Para solicitar un permiso temporal de trabajo en servicio doméstico corresponde al patrono (a) gestionar con base en los requisitos que suministra la Dirección General de Migración en su Departamento de Permisos Temporales. Con el permiso, el patrono o contratante tiene el deber de afiliar al trabajador (a) a la seguridad social, representada por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Los permisos de trabajo para extranjeros corresponden gestionarse por parte de los patronos con base en la normativa de Ley, sin distingo del tipo de puesto de trabajo y la actividad económica en que se requieran.

Los patronos y los trabajadores tienen derechos y deberes en su relación laboral. En el caso de que a un trabajador (a) extranjera, su patrono no le gestione los permisos

¹ . La Ley General de Migración y su Reglamento, 7033 en su artículo 7, indica que la Dirección General de Migración y Extranjería procede previo informe favorable del MTSS. Para esto, se debe llenar el formulario de solicitud de permiso temporal proporcionado gratuitamente por el Departamento de Información de la Dirección General de Migración. En el caso de profesionales, cuando corresponda, deberán estar incorporados necesariamente al colegio profesional respectivo.

² . En el caso de la población refugiada, regida por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, la que define refugiado como "una persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales condiciones, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.. La Ley General de Migración les otorga la subcategoría de residente temporal (art. 36), les asigna un estatus y lo acredita con un carne, **con autorización para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite.**

de Ley y no le cumpla sus derechos, **éste podrá con una identificación personal acudir al MTSS para obtener asesoría y apoyo correspondiente**¹.

Un asunto que conviene destacar es el relativo a que el actual Proyecto de Ley General de Migración y Extranjería, que se encuentra en la corriente legislativa², contiene un tipo penal denominado *Delito de Tráfico Ilícito de Personas* en su Título XIV. Para los efectos conducentes, la tipificación del delito es la siguiente:

ARTÍCULO 229.- Se le impondrá pena de prisión de cuatro a seis años a quien:

- a) Conduzca, transporte o trafique, ilícitamente, personas para su ingreso o egreso del país, por lugares no habilitados por la Dirección General evadiendo los controles migratorios establecidos o utilizando datos o documentos falsos.
- b) A quien aloje, oculte o encubra a extranjeros que ingresen o permanezcan ilegalmente en el país.

La pena establecida en este artículo se incrementará en un tercio cuando el autor sea funcionario público

Quizás los elementos típicos del delito difieran a la norma que nos ocupa analizar en este apartado –en el sentido de que en este caso la conducta típica está más encaminada a ingresar o egresar personas ilegalmente, y no a emplearlas-; más lo cierto del caso consiste en que el ordenamiento jurídico ha decidido reforzar la entrada ilegal de extranjeros, como tesis de política estatal. Sin embargo, la actual redacción del proyecto de ley, ha sido incluso cuestionada en círculos representativos universitarios, precisamente por no responder a una práctica orientada al respeto de los derechos humanos de los migrantes³.

¹ . Código de Trabajo, art. 12.

² . Asamblea Legislativa de Costa Rica, Comisión Permanente de Gobierno y Administración, “Ley General de Migración y Extranjería”, Expediente No 14269, Dictamen Afirmativo de Mayoría Dictamen 09 de marzo del 2004.

³ . Véase el campo pagado “**Pronunciamiento del Consejo Nacional de Rectores (CONARE) con respecto al Proyecto de Ley de Migración y Extranjería**” (Expediente No. 14269) en Periódico La Nación, Domingo 27 de febrero del 2005, pág 22A.

Además, conviene destacar la desprotección que refuerza el TLC-USA con relación a los(as) trabajadores(as) migrantes. El Capítulo 11 del convenio, dice en el acápite 11.1.5, lo siguiente: “Este Capítulo no impone a una Parte ninguna obligación respecto a un nacional de otra Parte que pretenda ingresar a su mercado de trabajo o que tenga empleo permanente en su territorio, ni de conferir ningún derecho a ese nacional, respecto a dicho acceso o empleo”. La situación migratoria de orden laboral, es una realidad en Centroamérica (de El Salvador a Honduras; de Nicaragua a Honduras; de Nicaragua a Costa Rica, de todo Centroamérica a Estados Unidos etc.), de modo que con esta provisión se apuesta a la política migratoria vigente, que favorece el flujo de personas (con amnistías migratorias cada cierto tiempo), pero de manera que siempre haya una importante cantidad de indocumentados (poniendo restricciones a la entrada). Con ello estos migrantes presionan hacia abajo los salarios y los estándares laborales¹.

No se puede obviar la anterior realidad, puesto que más bien de aprobarse este tratado, la dinámica misma hará que se necesite de mano de obra barata y desprovista de cualquier protección –en aras de ser más competitivo-, y por ende los migrantes ilegales siguen siendo el caldo de cultivo para conseguir dicho acometido. Ante esta realidad, no puede hacer caso omiso una legislación penal como la que se propone, puesto que si bien persigue teleológicamente un fin noble, la realidad impone otra lectura a futuro próximo.

C) Migraciones Fraudulentas

“Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa;

1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a Costa Rica.
2. El que simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”

¹ . AGUILAR SÁNCHEZ, (Carlos) Op Cit, pág 83.

1. Análisis Descriptivo del Tipo

Este tipo penal se compone de dos supuestos, tanto si concurre la **inmigración** de trabajadores, como si opera también la **emigración**. En este sentido basta precisar que la primera actividad significa el paso de un país a otro para establecerse en él, es decir; la migración de fuera hacia dentro, sea de otros países a Costa Rica. El otro fenómeno significa lo contrario, desde dentro hacia fuera, sea de nuestro país a otro país de destino¹.

En el primer supuesto o de “inmigración”, tenemos que el tipo penal nos habla de *entrada clandestina*, por lo que habrá de entenderse como ésta, la que se produce fuera de la normativa vigente. La entrada simulando una situación que en realidad no existe, por lo que podrá reputarse como clandestina².

Ahora bien, para COBOS GÓMEZ DE LINARES, el carácter de extranjero es inherente a los sujetos pasivos del apartado primero del tipo penal –que el proyecto de reforma costarricense igualmente lo incorpora-, y que aporta la otra cara del delito anteriormente analizado (“tráfico ilegal de mano de obra”). Sin embargo, desde la óptica del autor *“la verdad, no era necesario llevar a cabo previsiones distintas cuando la finalidad es la misma, pero fundamentalmente, este precepto, como aquél, no son sino previsiones demagógicas, pues sin preverse perjuicio alguno para el trabajador (...) resulta difícil mantener la existencia de un delito, máxime cuando aparecen en la prensa constantemente, noticias sobre personas reducidas a la prostitución o explotados en talleres clandestinos durante años, gracias a la inmigración ilegal, de manera que la persecución penal de quienes provocan dichas situaciones se debe basar en la comisión de delitos contra la libertad sexual de las víctimas, o contra sus derechos como trabajadores, pero no burlar las fronteras del país para conseguir un puesto de trabajo”*³. Desde nuestra perspectiva, no encontramos contraposición con el delito de tráfico ilegal, en los fundamentos que apunta el autor, pero si más bien estimamos que pueden darse regulaciones del tipo reiteradamente. Es así como el concepto de **traficar** expuesto en el tipo penal de tráfico ilegal de mano de obra, supone

¹. MORILLAS CUEVA, (Lorenzo) Op Cit, págs 906-907.

². CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Op Cit, pág 949. Por inmigración clandestina, MORILLAS CUEVA, la entiende como *“...oculta, al margen de los mecanismos legales establecidos”*, Op Cit, pág 902.

³. COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) Op Cit, pág 154.

una conducta amplia que subsume globalmente el aspecto de promoción y favorecimiento de inmigración clandestina. El hecho de que se aduzca que existe una ilegalidad en el tráfico, supone que se cumplen en igual sentido, el supuesto del inciso 1) del delito de migraciones fraudulentas, que es a la postre igualmente una conducta que atenta contra la misma legalidad.

Como último aspecto en este apartado, diremos que la acción penal para el primer inciso, puede ser cumplida de manera amplia e indeterminada puesto que los verbos de “promover” o “favorecer”, tienen estas connotaciones. Con relación al segundo inciso, nos circunscribe a la simulación de contrato o *engaño semejante*, lo cual supone al menos que el sujeto activo se valga de una argucia formal, inventando un supuesto trabajo en el exterior, amparado igualmente por un supuesto contrato inexistente o que no sería el que fuese a cumplir el sujeto pasivo.

2. Nociones de Migración Irregular

El fenómeno de las migraciones irregulares ha sido situado en los países sobre todo de Europa Central, como consecuencia de la caída del Muro de Berlín en 1989. Junto a los prejuicios e imágenes negativas de la migración en muchas sociedades, se añade la crisis de la gobernabilidad de las migraciones internacionales y en buena medida a la ineficacia de políticas migratorias de gran parte de los países centrales que tienen factores de expulsión y repulsión, fomentando la migración irregular¹.

Aunque todavía existen notables carencias en el conocimiento de la emigración en la actualidad, la OIT estimaba que a finales de 2002 el número de trabajadores inmigrantes en el ámbito mundial (considerando como tales a las personas económicamente activas, con o sin documentación legal, en un país del que no tienen nacionalidad), junto a las personas a su cargo y que viven con ellos, se situaba en torno a 120 millones; lo que supone un 3 por ciento de la fuerza de trabajo en el ámbito mundial. Una cifra que no puede calificarse de elevada si tenemos en cuenta que la

¹ . GERONIMI, (Eduardo) “Aspectos Jurídicos del Tráfico y la Trata de Trabajadores Migrantes”, Documento de Antecedentes preparado para la Conferencia Hemisférica sobre Migración Internacional: Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas (Santiago de Chile 20-22 de noviembre del 2002). Programa de Migraciones Internacionales, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, pág 3.

población mundial supera los 6.000 millones de personas, pero que cobra otra dimensión si se considera que en los países de la OCDE los residentes extranjeros aumentaron en 13 millones entre 1988 y 1998, alcanzando el 7 por ciento de su población total (Coopel, Dumont y Visco, 2001)¹.

Ahora bien, si hablamos de **migraciones irregulares** tenemos que éstas pueden definirse como todo momento internacional que tiene lugar fuera del marco regulatorio de los países de envío, de recepción, de ambos o de tránsito. Por definición, *la migración irregular es el resultado de la legislación promulgada para controlar los flujos migratorios y es una infracción –o delito, según el sistema penal de las legislaciones nacionales contra la soberanía del Estado*”².

En el contexto de nuestros países de la región centroamericana, tenemos que la migración ha sido un proceso de vieja gestación, recurrente en el desarrollo y consolidación histórica de nuestros países centroamericanos. Estas migraciones han estado relacionadas con dos situaciones: los desplazamientos forzados por razones políticas y resultante de la violencia armada; y las migraciones laborales. Dentro de esta última causa, podemos hacer una enumeración de sus manifestaciones concretas, tales como a) las migraciones internas de trabajadores y trabajadoras, b) los desplazamientos transfronterizos de braceros, de trabajadores permanentes y temporales y c) la emigración extraregional³.

2.1 El fenómeno de la Migración en Costa Rica

Costa Rica es junto con Guatemala y Belice, el tercer escenario de importancia para el emplazamiento de colectivos de inmigrantes que interactúan en el medio laboral local. La información más reciente obtenida a partir de los resultados del Censo

¹ . ARAGÓN, (Jorge) “**Las migraciones en la globalización. Un complejo puente entre el norte y el sur del desarrollo**”, pág 13 en Confederación Sindical de Comisiones Obreras (C.C.O.O), Gaceta Sindical/Reflexión y Debate “Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Migrantes” Madrid, junio 2003.

² . GERONIMI, Op Cit, pág 4. Al respecto WIDGNER (1994), señala cinco factores que inciden en la rápida expansión de los mercados de trabajo, pág 10.

³ . MORALES GAMBOA, (Abelardo) “Situación de los Trabajadores Migrantes en América Central”, Estudios sobre Migraciones Internacionales No 53, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, pág 4.

Nacional de Población, señalaban que en el año 2000 existían en nuestro país 296,461,00 personas nacidas en el extranjero. Tal cifra equivaldría a un 7,78% del total de la población del país, la cual fue estimada en 3,810.179,00 (INEC 2000)¹.

Mucho se asocia al hablar de “población migrante” con el fenómeno de la migración nicaragüense, por lo que al respecto habría que acotar que este segmento desde la dimensión laboral, se ha desplazado de los tradicionales oficios como la agricultura, hacia otras actividades donde interactúa con la fuerza de trabajo local. La mayoría de esta población nicaragüense se concentra en la región central, como manifestación de su importante inserción urbana, pero su importancia para el desarrollo de las actividades agrícolas y de exportación, lo evidencia en su presencia en tres provincias del país: Alajuela, Limón y Heredia².

2.2 El Protocolo de Palermo contra el Tráfico de Migrantes

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y los Protocolos para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como el de contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención, fueron abiertos en una reunión en Palermo, Italia, en diciembre del 2000. La reunión en esta ciudad italiana, tuvo el siguiente balance: la Convención había sido formada por 124 Estados, el Protocolo sobre la trata por 81 y el Protocolo sobre el tráfico por 78³.

Ahora bien, centrándonos en el Protocolo contra el Tráfico de Migrantes, tenemos que éste instrumento se aplica a las actividades ilícitas de carácter transnacional. De acuerdo a su artículo 3, se establece que se considera como “delito transnacional”, el cuál deberá contar con uno o más de los siguientes elementos: i) el delito debe

¹ . MORALES GAMBOA, Op Cit, pág 33.

² . “En el caso de los hombres nicaragüenses la participación laboral está concentrada en la agricultura, la industria, la construcción, el comercio y los servicios. En la construcción está ocupado el 12,1% de los nicaragüenses, lo cual duplica al 6,0% de los costarricenses. En la agricultura se ocupa casi una tercera parte de los nicaragüenses, estimada en 29,6%, cifra superior al 19,9% que corresponde a los trabajadores nacionales”, *Ibíd.*, pág 38. Véase al respecto dentro del mismo estudio el punto 3.3 denominado “Empleo de los Nicaragüenses en Costa Rica”, págs 38-94

³ . Para setiembre del 2002, los Estados signatarios eran 142,109 y 105, en tanto que las ratificaciones ascendían en 24,18 y 17 respectivamente, GERONIMI, (Eduardo) Op Cit, pág 16.

cometerse en más de un Estado; ii) si bien el delito se comete en un solo Estado, una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se ha realizado en otro Estado; iii) el delito se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; iv) el delito se comete en un solo Estado pero tiene aspectos sustanciales en otro Estado.

El artículo 3, a) estipula que, para los fines del Protocolo: “Por tráfico ilícito de migrantes se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. Asimismo, el artículo 3,b) define entrada ilegal como “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”. Para GERONIMI, *“Esta definición incluye no sólo el cruce de fronteras en las que se evitan los controles de la autoridad competente, sino aquellos cruces que, en apariencia, son legales, pero que en realidad comportan la utilización de documentación falsa, robado o adulterada”*¹.

Como hemos expuesto, estas provisiones tienen la intención de regular las prácticas ilegales o abusivas contra los migrantes. Al respecto, un grupo de expertos de la Organización Internacional del Trabajo, han definido a éste tipo de prácticas, como aquellas por las que no se les otorga a los trabajadores migrantes y a sus familiares un tratamiento acorde con la legislación nacional o con las normas internacionales ratificadas. En ese sentido, señala que existe explotación entre otros casos:

- a) Si el trato dado al migrante tiene graves consecuencias pecuniarias;
- b) Si se somete al trabajador migrante a condiciones de trabajo y de vida muy duras que pongan en peligro su seguridad o su vida;
- c) Si los candidatos a la emigración fueron engañados para que aceptaran un empleo con promesas falsas;
- d) Si se sufre un tratamiento indigno;
- e) Si los trabajadores migrantes sufren abusos o son obligados a prostituirse;

¹ . GERONIMI, (Eduardo) Op Cit, pág 16.

- f) Si se confiscan los pasaportes o documentos de identidad¹.

3. Las Migraciones Irregulares a la Luz de la Legislación Laboral Costarricense

Durante la época de la amnistía migratoria implementada en el año 1999, la Dirección General de Migración recibió 155.316 solicitudes de residencia permanente, y ya para mediados de abril del 2000, se habían concedido 122.919 y se había denegado 6.890 solicitudes de residencia. De las solicitudes aceptadas, el 97% de las solicitudes correspondían a nicaragüenses².

Ahora bien, volviendo con la iniciativa de propuesta de Ley General de Migración y Extranjería, nos encontramos con una serie de *categorías especiales*, de acuerdo al artículo 88, las cuales tienen relación con el trabajo. En primer lugar, nos habla de los **trabajadores transfronterizos**, que son “(...) aquellos extranjeros vecinos de las zonas aledañas a las fronteras de Costa Rica, que sean autorizados por la Dirección General para ingresar y egresar diariamente del territorio nacional, con el fin de realizar actividades asalariadas y autorizadas por la Dirección General con base en los estudios técnicos aplicados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”³.

Otra categoría que se dispone en este proyecto de ley, es la de **trabajadores temporales**, que corresponde a los extranjeros(as) a quienes la Dirección General les autorice su ingreso y permanencia en el país y permanezcan en él con el objeto de desarrollar aquellas actividades económicas de carácter temporal, según corresponda, en las que sean requeridos según los estudios que por actividades ocupacionales recomiende el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 92). Este trabajo se encuentra condicionado a una serie de requisitos, como el plazo —el cual determinará la Dirección General de Migración—; solo podrán desarrollar actividades laborales remuneradas, en los términos, condiciones, zonas y para los patronos que autorice la

¹ . Organización internacional del Trabajo (OIT) “Trabajadores Migrantes” Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 87va reunión, Ginebra, 1999, pág 40.

² . Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Informe de la auditoria ciudadana sobre la calidad de la democracia en Costa Rica, primera edición, San José, Costa Rica, Proyecto Estado de la Nación 2001, pág 232.

³ . Proyecto de Ley No 14269, art. 91.

Dirección General, con base en las recomendaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; quien definirá además, las actividades de carácter temporal en las que se requiera autorización de ingreso y permanencia de mano de obra extranjera, mediante la realización de estudios técnicos y de mercado que determinarán el contingente de trabajadores temporales necesarios¹.

Por último, se cuenta con la categoría de **trabajadores de ocupación específica**, los cuales “Son Trabajadores de Ocupación Específica aquellos extranjeros que, sin estar comprendidos en las demás categorías especiales, sean requeridos para ejercer actividades asalariadas según los estudios que por actividades ocupacionales recomiende el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Los Trabajadores de Ocupación Específica podrán permanecer en el país por el plazo, términos, condiciones y contratante o empleador que se determine en la autorización de la Dirección General” (arts. 84 y 95).

Ahora bien, solo nos resta analizar otras disposiciones que atañen a la figura del empleador y el control que éste debe ejercer, para repeler la migración ilegal. Al respecto, el artículo 195 de la iniciativa en estudio, nos dice que “Todo empleador, intermediario o contratista, al contratar o proporcionar trabajo u ocupación a un extranjero, deberá cumplir con toda obligación que le imponga la presente ley y la legislación laboral y conexas”. Esta disposición, tiene conexidad con la prohibición que presenta el mismo texto, para que ninguna persona física o jurídica, pública o privada, pueda contratar trabajadores extranjeros que estén en condición ilegal en el país, o que aun gozando de permanencia legal, no estén habilitados para ejercer dichas actividades².

La misma ley pretende sancionar a las personas físicas o representantes de las jurídicas, públicas o privadas, que proporcionen trabajo u ocupación a extranjeros no habilitados para ejercer actividades laborales en el país o que realicen actividades diferentes a las autorizadas, con una multa que oscilará entre cinco y hasta veinte veces

¹ . Proyecto de Ley No 14269, art. 93.

² . Ibíd., art. 157. “Todo empleador, intermediario o contratista, al contratar o proporcionar trabajo u ocupación a un extranjero deberá verificar la permanencia legal en el país del extranjero y que se encuentre autorizado para ello, así como exigirle el documento que acredite su condición migratoria para tales efectos”. **ARTÍCULO 158.**

el monto de un salario base definidos en el artículo 2 de la Ley N°7337 del 5 de mayo de 1993. La multa será aplicada por la Dirección General de Migración y se agregará al Fondo Específico establecido por la presente Ley y su monto será determinado según la gravedad de los hechos y el número de extranjeros a los que se les otorgue trabajo en condición irregular¹.

D) Discriminación Laboral

“Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa, los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores o *por el parentesco* con otros trabajadores de la empresa, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimientos o sanción administrativa reparando los daños económicos que se hayan derivado”.

1. Análisis Descriptivo del Tipo

Como tesis de principio, este delito descansa en el precepto de igualdad inserto en el artículo 33 de nuestra Carta Magna. Un aspecto importante a destacar es el relativo a que *“la igualdad ante la ley implica, en ocasiones, el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones semejantes, pero de acuerdo con presupuestos normativos que excluyan la arbitrariedad o la discriminación. El postulado de la diferenciación evita que el principio de la igualdad ante la ley se traduzca en un uniformismo, que supondría tratar todo de la misma manera, cuando “los supuestos de hecho que se producen en la vida, son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo por el mismo rasero”*².

¹ . Proyecto de Ley No 14269, art. 159.

² . PEREZ LUÑO, (Antonio) Op Cit, pág 268.

En este delito se necesita que la acción discriminatoria que se tenga como reprochable, deba revestir de gravedad, por lo que no es cualquier conducta la que se puede tener como lesiva. Asimismo, el tipo penal opta por una técnica de tipo cerrado, por cuanto enumera las conductas que se tendrían como discriminatorias, llamando la atención que al igual que en el caso español, no se toma la edad como elemento discriminatorio, susceptible de sancionar¹.

Otro elemento a destacar es que en el Código Penal de España, se toma como elemento discriminatorio, el *uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado Español*, a consecuencia de la multiculturalidad y el régimen de Comunidades Autónomas, imperantes en ese país. Ahora bien, la norma nos habla de recibir discriminación en el empleo, sea éste de orden público o privado, por lo que la doctrina ha interpretado el concepto de empleo, en el sentido de “acción y efecto de emplear, por lo que *“en el tipo se comprenden, tanto las acciones discriminatorias en la fase de concertación y contratación, así como en las que se produjesen durante la vida laboral del trabajador”*”².

El tipo penal en estudio presenta los siguientes elementos para su realización: a) la producción de una grave discriminación, por lo que la gravedad como ya dijimos debe ser valorativa, susceptible de ser apreciada en un caso concreto por parte de la autoridad judicial, lo que introduce un elemento discrecional sumamente importante; b) la posibilidad de discriminación ha de ser no importa, tanto en una relación de empleo público como en una privada; c) la discriminación puede estar fundada tanto por leyes internas como por instrumentos de derechos humanos que conminen a que se evite este efecto y finalmente; d) Se necesita como situación objetiva, que no se haya restablecido la igualdad ante la ley, tras requerimiento o sanción administrativa previa³.

¹ . Ver en este sentido a COBOS GÓMEZ DE LINARES, pág 155 y a CONDE-PUMPIDO FERRERIRO, pág 951.

² . SAINZ RUIZ, (José Antonio), Op Cit pág 2026. Para este autor “La conducta del empleador ha de producir **una grave discriminación en el empleo**, que tenga por finalidad, beneficiar a una persona en detrimento o perjuicio de otra, por razones de ideología, religión o pertenencia a etnia o raza etc...”. Cfr: Así igualmente lo entiende la Organización Internacional del Trabajo, cuando en su Convenio No 111 “**Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación**”, en el artículo 1, párrafo 3, se aduce que “A los efectos de este Convenio, los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo”. Sobre este Convenio, véase Infra pág 153 y sgtes.

³ . Este factor es así considerado por MORILLAS CUEVAS, Op Cit pág 909.

Como una nota al margen se hace oportuno destacar que este delito contempla como una causal en la que se puede incurrir en discriminación hacia una persona, la de “ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores”. Nos parece que existe un tipo penal específico en el proyecto, que sanciona “Los Delitos contra la Libertad Sindical y de Huelga”, en el que se establece una tipicidad que congloba actos discriminatorios, como serían los de “estorbar o entorpecer”, a quienes tienen la citada representación; los cuales en alguna medida se encuentran regulados¹.

Por lo demás, este delito supone que si bien es cierto que el legislador, plantea ámbitos en los que se lesionan diferentes bienes jurídicos tutelados como discriminatorios, se hace menester precisar todavía más los parámetros de violación posibles. Para ello vamos a avocarnos seguidamente a vislumbrar con la ayuda de la legislación conexas en derechos humanos y derecho del trabajo, posibles escenarios que permitan delimitar las conductas reprochables en este tipo de situaciones.

2. Alcances Jurídicos de la Discriminación en el Ámbito de Legislación Nacional

Antes de entrar a detallar los alcances que nos ocupan, se hace necesario establecer una serie de criterios aportados por nuestra jurisprudencia patria, con relación al fenómeno de la discriminación laboral. En primer lugar, tenemos que la jurisprudencia constitucional ha dicho que “El derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental del hombre, cuyo ejercicio le permite lograr una existencia digna y cuyo cumplimiento debe el Estado vigilar, fomentar, proteger e implementar por los medios correspondientes, cerciorándose de que en todos los organismos oficiales o privados, no se apliquen políticas de empleo discriminatorias a la hora de contratar, formar, ascender o conservar a una persona en el empleo, pues todo trabajador tiene el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, si cumple con los requisitos razonables impuestos por ley”².

¹ . Véase *Infra* pág 174 y sgtes.

² . SALA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Voto No 022-95 de las diez horas con veinte minutos del 5 de enero de mil novecientos noventa y cinco.

Igualmente, la Sala Segunda ha externado que “...la discriminación implica que se efectúan diferenciaciones, por razones que no son admitidas como legítimas por el ordenamiento jurídico”¹. En ese sentido es claro que para hablar de discriminación en el ámbito laboral, debe haberse violado una obligación de acatamiento, prevista dentro de la misma legislación. Procedemos entonces a analizar esta legislación en contra de la discriminación, tanto en sus vertientes endógena como la contenida en los instrumentos internacionales suscritos por Costa Rica.

2.1 Ley sobre Prohibición en la Discriminación del Trabajo (Ley No 2694 del 22 de noviembre de 1960)

Esta normativa promulgada por nuestra Asamblea Legislativa, data de hace cuarenta años y es un antecedente valiosísimo para empezar a hablar de lo que se ha entendido por discriminación en el trabajo en nuestro país. La ley No 2694 empieza en su apartado de “Considerandos”, dimensionando los alcances del artículo 56 de la Constitución Política; la cual eleva el trabajo al rango de derecho del individuo y obligación para con la sociedad.

Asimismo aduce que el mismo artículo constitucional, “...pone en manos del Estado el deber de procurar que todos los habitantes de la República tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, y de impedir que por causa de esa ocupación se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad del hombre o degraden su trabajo o condición de simple mercancía” (2º), “4º.- Que, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, todo individuo tiene derecho a la vida, toda persona tiene derecho al trabajo de su libre elección y a la protección contra el desempleo y a igual salario por trabajo igual, todo ello sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, como podrían ser la filiación, el estado civil o la edad”; “5º.- Que el Convenio III y la Recomendación III adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, de la cual Costa Rica es miembro, relativos a

¹ . SALA SEGUNDA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Voto No 24-2001 de las catorce horas con cuarenta minutos del diez de enero del dos mil uno.

la discriminación en materia de empleo y ocupación, abundan en los mismos propósitos que la Declaración Universal de Derechos Humanos, mencionados en el Considerando anterior, los que amplían y desarrollan”.

El artículo primero de la citada ley, reza lo siguiente: “Prohíbase 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”. Nótese como a simple vista el elenco de consideraciones discriminatorias es bastante amplia e incluso contempla la posibilidad de ser discriminado por el “estado civil”, así como por la “situación económica” u “origen social”; lo que supone nuevos factores discriminatorios que no los contempla el proyecto de ley en estudio. Ahora bien, el asunto a dilucidar consistiría en que si amparados a la nueva norma que se propone en materia penal, se podrían tomar igualmente los motivos discriminatorios no contemplados en la misma, pero que si lo están debidamente expuestos en la Ley No 2964. La respuesta a nuestro entender es negativa, todo ello que estaríamos hablando de que nuestro Código Penal excluye expresamente, la posibilidad de aplicación de la analogía según reza el artículo 2. Así las cosas, deberían contemplarse en el proyecto de reforma al Código Penal, en este tipo de discriminación laboral, los supuestos que por demás, si especifica la Ley sobre Prohibición de Discriminación en el Trabajo.

La normativa en estudio determina que en cuanto al Estado, sus instituciones y corporaciones, todo nombramiento, despido, suspensión, traslado, permuta, ascenso o reconocimiento que se efectúe en contra de lo dispuesto por la presente ley, será anulable a solicitud de parte interesada; y los procedimientos seguidos en cuanto a reclutamiento o selección de personal carecerán de eficacia en lo que resulte violatorio de esta ley¹.

¹ . Ley No 2964, art. 3. El artículo 4º, de la cita ley enuncia las sanciones que se harían acreedores(as) los(as) funcionarios(as) que incurran en esta discriminación laboral: “Todo servidor del Estado, de sus instituciones o corporaciones, sujeto al régimen de Servicio Civil o cubierto por las disposiciones del Código de Trabajo que, en el ejercicio de sus funciones públicas relativas a reclutamiento, selección, nombramiento, remoción o movimientos, de personal, o, en cualquier otra forma, incurra en discriminación, será sancionado con suspensión del cargo durante ocho días, y con despido en caso de reincidencia”.

2.2 El Carácter Genérico del Título Undécimo del Código de Trabajo

Nuestro actual Código de Trabajo incorporó mediante Ley No 8107 del 18 de julio del 2001, la *prohibición de Discriminar* como garantía genérica, bajo el Título XI.

Al respecto, la reforma al citado código, incorporó seis artículos nuevos (del artículo 618 al 624) y al respecto el artículo 618 enuncia que se prohíbe toda discriminación en el trabajo “por razones de edad, etnia, género, religión, raza, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, situación económica”¹.

Asimismo, es oportuno hacer notar que la norma laboral si contempla la posibilidad discriminatoria por *razones de edad*, mientras la propuesta de delito penal no la contiene². Incluso se refuerza con especial énfasis por parte del legislador, el hecho de que queda prohibido a los empleadores discriminar por razón de la edad, a quienes solicitan un servicio o trabajo, o se tengan como susceptibles de ser seleccionados en un determinado puesto³. Sin embargo, nos encontramos que esta provisión puede ser hasta obviada por el empleador, con tan solo establecer de antemano en la publicación o concurso de servicios, una política que es muy común en nuestros días; delimitar el rango de edad de los oferentes. En un marco de una libertad de contratación laboral existente en nuestro país, se hace posible que se ponga de antemano los límites mínimo y máximo de edad, así como el sexo que se busca en la relación a contratar.

¹ . Al respecto, la propuesta de Reforma Procesal Laboral en nuestro país, realizada fundamentalmente con el aporte de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, incorpora al artículo 395 –nueva numeración propuesta de este artículo-, el siguiente agregado: “*o cualquier otra forma análoga de discriminación*” Corte Suprema de Justicia “Proyecto de Reforma Procesal Laboral”, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Canadá, Organización Internacional del Trabajo, Gt Arte Editorial, San José, Costa Rica, octubre 2004, pág 7. Nótese que su sentido es mucho más amplio, por lo que dista de lo establecido en la propuesta de artículo para el Código Penal, que se decanta por establecer los parámetros discriminatorios a priori, Véase Supra págs 144-146. igualmente es oportuno hacer notar que la norma laboral si contempla la posibilidad discriminatoria por *razones de edad*, mientras que tal como se expuso anteriormente, la propuesta de delito penal no la contiene (Supra pág 146).

² . Entre la normativa prevista para los Adultos Mayores, tenemos que se les consigna para su disfrute el ejercicio de los derechos laborales: “Las personas adultas mayores disfrutarán de los siguientes derechos laborales:

- a) Ser seleccionadas para ocupar cualquier puesto, siempre que sus calidades y capacidades las califiquen para desempeñarlo. No podrán ser discriminadas por razón de su edad.
- b) Contar con los horarios laborales y los planes vacacionales adecuados a sus necesidades, siempre que tal adecuación no perjudique la buena marcha de la entidad empleadora.
- c) Disfrutar de los mismos derechos que los otros trabajadores. No serán explotados física, mental ni económicamente” Ley No 7935, “Ley Integral para la Persona Adulta Mayor”, artículo 4.

³ . Código de Trabajo de la República de Costa Rica, artículo 621.

Igualmente, tenemos que a través de un Convenio de la OIT, se dispone que “Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”¹. Con esta posibilidad, se reafirma lo que exponíamos líneas adelante, y es la facultad que ostentaría el patrono u empleador, de poder fijar determinadas preferencias incluso muchas de ellas subjetivas y exclusivas de determinadas personas, sectores o grupos, según su criterio.

Lo cierto del caso es que la reforma operada e introducida a la legislación de trabajo, prohíbe el despido de los trabajadores(as) por razones que obedezcan a su edad, etnia, género o religión², a la vez que dispone que “Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por el patrono o la parte contratante”³.

Prosigue la legislación de repetida cita, diciéndonos que toda discriminación que perjudique a un trabajador por motivos de edad, etnia, género o religión podrá ser denunciada ante los tribunales de trabajo, a la vez que a los patronos a quienes se les compruebe haber cesado a trabajadores por estos motivos, “...deberán reinstalarlos en su trabajo original e indemnizarlos con el importe de doce (12) veces el salario mínimo legal correspondiente al puesto de los trabajadores en el momento del fallo”⁴.

Por último, nos interesa destacar en torno al parámetro para visualizar una posible discriminación, que relata la legislación, y al respecto tenemos que nos enuncia que “Todos los trabajadores que desempeñen un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, igual jornada laboral y remuneración igual, sin discriminación alguna por edad, etnia, género o religión”⁵.

¹ . OIT, Convenio No 111 artículo 1, párrafo 2.

² . Ley No 8107, artículo 620

³ . Ibíd, artículo 622

⁴ . Ibíd, artículos 623 y 624.

⁵ . Ibíd., artículo 619.

2. Alcances Jurídicos de la Discriminación en el Ámbito de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por Costa Rica

Vamos a destacar algunos antecedentes importantes que en materia de discriminación –la cual comprende obviamente la laboral-, se han tejido en el seno del sistema internacional, y los cuales han sido suscritos por nuestro país. Estos tratados internacionales de acuerdo al artículo séptimo de la Constitución Política, se incorporan con rango superior a la ley, dentro del ordenamiento jurídico.

2.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social”. Nótese como la norma es tan amplia, que pocas veces se ha reparado en profundizar en torno a los alcances e implicaciones de la discriminación con respecto al ejercicio de los derechos estatuidos.

2.2 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Ante la preocupación internacional cada vez mayor por la discriminación racial, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, en 1963, aprobar oficialmente la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en la cual se insiste en cuatro aspectos principales:

“Toda doctrina de diferenciación o superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y nada permite justificarla ni en la teoría ni en la práctica;

La discriminación racial -y más aún las políticas gubernamentales basadas en la superioridad o el odio racial- violan los derechos humanos fundamentales, ponen en peligro las relaciones amistosas entre los pueblos, la cooperación entre las naciones y la paz y la seguridad internacionales;

La discriminación racial daña no sólo a quienes son objeto de ella, sino también a quienes la practican;

Una sociedad universal libre de todas las formas de segregación y discriminación raciales, que son factores de odio y división, es uno de los objetivos fundamentales de las Naciones Unidas”.

En 1965, la Asamblea General proporcionó a la comunidad mundial un instrumento jurídico al aprobar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en la cual se estipulan las medidas que los Estados convienen en adoptar -una vez que son partes, mediante su ratificación o adhesión- para eliminar la discriminación racial. La Convención entró en vigor en 1969 tras la ratificación o adhesión de 27 Estados. A fines de 1990, habían ratificado la Convención o se habían adherido a ella 128 Estados, es decir, más de las tres cuartas partes de los Miembros de las Naciones Unidas. Entre las convenciones de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos ésta es la más antigua y la que ha sido ratificada por mayor número de Estados¹.

2.3 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

En 1979 la Asamblea General aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. La Convención enuncia, en una forma jurídicamente vinculante, los principios aceptados internacionalmente sobre los derechos de la mujer que se aplican a todas las mujeres en todos los ámbitos. La norma

¹ . Organización de las Naciones Unidas(ONU) “El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial”, Ginebra, Naciones Unidas, 1992, p 4.

jurídica básica de la Convención es la "prohibición de todas las formas de discriminación contra la mujer". Esta norma no puede cumplirse meramente promulgando leyes en que no se trate con imparcialidad al hombre y a la mujer. Además de exigir que se reconozcan a la mujer derechos iguales a los de los hombres, la Convención va más allá, pues prescribe las medidas que han de adoptarse para asegurar que en todas partes las mujeres puedan gozar de los derechos que les asisten. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer fue creado en virtud del artículo 17 de la Convención. La función que se le ha confiado consiste en vigilar la aplicación de la Convención por los Estados Partes¹.

2.4. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo en la Materia

2.4.1 CONVENIO No 111 “Convenio relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación”

Este Convenio data del 4 de junio de 1958 y es quizás el instrumento genérico para poder encausar una mejor interpretación de lo que a su vez enuncia el delito penal propuesto de *discriminación laboral*. El mismo tratado establece que para los efectos del mismo, el término «discriminación» comprende lo siguiente:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por

¹ . Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Discriminación contra la Mujer : Convención y Comité”-Folleto 22, pág 2. Al respecto también se ha establecido que “La Convención fue aprobada por la Asamblea General en 1979 para reforzar las disposiciones de los instrumentos internacionales existentes destinadas a combatir la persistencia de la discriminación contra la mujer. Enumera muchos ámbitos concretos en que ha habido una discriminación notoria contra la mujer, por ejemplo, en los derechos políticos, el matrimonio y la familia, y en el empleo. En éstos y otros ámbitos, la Convención indica metas específicas y medidas que deben adoptarse para facilitar la creación de una sociedad mundial en que las mujeres gocen de la plena igualdad con los hombres y, así, puedan realizar plenamente sus derechos humanos garantizados. Para combatir la discriminación por motivos de sexo, la Convención requiere a los Estados Partes que reconozcan la importante contribución económica y social de la mujer a la familia y la sociedad en su conjunto. Hace hincapié en que la discriminación obstaculiza el crecimiento económico y la prosperidad. También reconoce expresamente la necesidad de un cambio de actitudes, por medio de la educación, tanto en los hombres como en las mujeres, para que se acepte la igualdad de derechos y obligaciones y se superen los prejuicios y prácticas basados en funciones estereotipadas. Otra característica importante de la Convención es el reconocimiento explícito de la meta de una igualdad real, además de jurídica, y de la necesidad de medidas especiales de carácter temporal para alcanzarla”, pág 5.

efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados¹.

El Convenio impone a los Estados Partes, la obligación de formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (artículo 2). Para lograr este cometido, tenemos que todos los miembros adoptantes, se comprometen a tratar de obtener la cooperación de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados en la tarea de fomentar la aceptación y cumplimiento de esa política; promulgar leyes y promover programas educativos que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política; derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política entre otras situaciones a realizar (artículo 3).

Por otra parte, conviene destacar que el mismo Convenio dispone que “Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias”². Con ello se quiere decir que la necesidad de adoptar medidas especiales, corresponde a la necesidad de tutelar a diferentes grupos de trabajadores(as) que necesitan de esta tutela reforzada, por lo que de acuerdo al mismo Convenio, todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la

¹ . OIT, Convenio No 111 artículo 1.

² . *Ibíd.*, artículo 5, párrafo primero.

invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.

2.4.2 CONVENIO 45 “Convenio Relativo al Empleo de las Mujeres en los Trabajos Subterráneos de toda clase de Minas”

Este convenio regula la imposibilidad de que en los trabajos subterráneos de las minas, se pueda emplear a ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad¹. Sin embargo, establece que la legislación nacional puede exceptuar de esta prohibición: a) a las mujeres que ocupen un cargo de dirección y no realicen un trabajo manual; b) a las mujeres empleadas en servicios de sanidad y en servicios sociales; c) a las mujeres que, durante sus estudios, realicen prácticas en la parte subterránea de una mina, a los efectos de la formación profesional ; d) a cualquier otra mujer que ocasionalmente tenga que bajar a la parte subterránea de una mina, en el ejercicio de una profesión que no sea de carácter manual.

2.4.3 CONVENIO 89 “Convenio relativo al Trabajo Nocturno de las Mujeres empleadas en la Industria (revisado en 1948)”

Este Convenio establece que para los efectos del tratado, se consideran «empresas industriales», principalmente: a) las minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase; b) las empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen, preparen para la venta, destruyan o demuelan productos, o en las cuales las materias sufran una transformación, comprendidas las empresas dedicadas a la construcción de buques, o a la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz; c) las empresas de edificación e ingeniería civil, comprendidas las obras de construcción, reparación, conservación, modificación y demolición.

¹ .OIT, Convenio No 45 artículo 2. “A los efectos del presente Convenio, el término «mina» comprende cualquier empresa, pública o privada, dedicada a la extracción de substancias situadas bajo la superficie de la tierra”. (artículo 1).

Al respecto el artículo 3 enuncia que “Las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia”. Sin embargo, se establece la posibilidad de la no aplicación del anterior artículo en dos supuestos: en caso de fuerza mayor, cuando en una empresa sobrevenga una interrupción de trabajo imposible de prever que no tenga carácter periódico o; en caso de que el trabajo se relacione con materias primas o con materias en elaboración que puedan alterarse rápidamente, cuando ello sea necesario para salvar dichas materias de una pérdida inevitable¹.

2.4.4 CONVENIO 100 “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”

Para propugnar una mayor “*equitatividad salarial*”, habría que remitirse al Convenio No 100 denominado “Convenio sobre Igualdad de Remuneración”, suscrito en 1951. Dicha equitatividad, tiene un asidero en cuestión de género pues “la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo².

El límite a la discriminación femenina, parece tener un parámetro en razón de la “evaluación objetiva” de su trabajo :

¹ . OIT, Convenio No 89, artículo 4. Asimismo, el artículo 8 del citado instrumento establece que el Convenio no se aplica: a) a las mujeres que ocupen. puestos directivos o de carácter técnico que entrañen responsabilidad; b) a las mujeres empleadas en los servicios de sanidad y bienestar que normalmente no efectúen un trabajo manual.

² . OIT, “Convenio No 100, 1951, art 1. Ver en este sentido el artículo 11 de la “**Convención sobre La Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación contra La Mujer**” : “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular : (...)

b) *El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. (...)* d) *El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo.*(CURSIVAS NUESTRAS).

“La diferencia entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajadores que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”¹

El Convenio en estudio, reza en su artículo 1 inciso párrafo primero inciso b), que la expresión «igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor» designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo; por lo que “Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”². Este principio deberá aplicarse ya sea a través de la legislación nacional; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o la acción conjunta de estos diversos medios.

3. Factores de Discriminación dentro del Proyecto de Ley

3.1 Discriminación por Motivos de Ideología, Religión o Creencias

En los Estados contemporáneos, el respeto y garantía de la libertad de expresión es de vital importancia, ya que esta es el pilar fundamental y principio esencial de cualquier Estado democrático. Al respecto, en su Informe Anual del año 2000 del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, se adujo que “*Democracia y libertad de expresión son conceptos que se implican recíprocamente y que dependen uno del*

¹. OIT, Convenio No 100, art. 3, párrafo tercero. Al respecto BARAJAS MONTES DE OCA, ha expuesto sobre la *remuneración*, que “Postulado universalmente aceptado ha sido el pago de igual salario por trabajo de igual valor. Contemplado en su dimensión socioeconómica el concepto de trabajo de igual valor se le define como la contribución del asalariado a la producción, la cual forma parte del valor del producto en el mercado según el grado de competitividad de la mano de obra. Cuatro elementos integran esta definición: 1) el valor del contenido de trabajo; 2) el valor del mercado; 3) la contribución del asalariado a la producción; y 4) la complejidad actual de los sistemas de remuneración” Op Cit, pág 419.

². OIT, Convenio No 100, artículo 2 párrafo segundo.

otro. No hay democracia sin libertad de expresión, ni libertad de expresión sin democracia. La libertad de expresión exige que los ciudadanos puedan difundir sus ideas y pensamientos, así como buscar y recibir la información que deseen, sin ningún tipo de restricción ni amenaza estatal”¹.

El artículo 13 de la Convención Americana dispone en lo que interesa sobre la libertad de pensamiento, la siguiente provisión que pasamos a reseñar:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...).”

En la sentencia dictada en ocasión de la Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica en torno a la colegiatura obligatoria de los periodistas, la Corte Interamericana caracterizó de la siguiente manera al anterior artículo:

“El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión " comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole..." Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a " recibir " informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”².

El fallo señala dos dimensiones de la libertad de expresión y/o pensamiento, distinguiendo tanto la dimensión individual como la social de este fenómeno. Sobre la

¹ . Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) Informe Anual 2000, Washington, enero 2001, pág 54.

² Corte I.D.H., “**La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Series A No 5, párrafo 30.

primera dimensión, tenemos que se ha definido de la siguiente manera: “En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas " por cualquier... procedimiento ", está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”¹.

Cuando se habla de la dimensión social de esta libertad pública, tenemos que se entiende como “32. (...) un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”².

El otro artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos, referente a la libertad de conciencia y de religión, nos dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

¹ . Ibíd., párrafo 31.

² . Corte .I.D.H., Opinión Consultiva OC-5/85 (...) Op Cit, párrafo 32. Concluye finalmente la sentencia en este apartado, diciendo que “33. Las dos dimensiones mencionadas (supra 30) de la libertad de expresión deben ser garantizadas simultáneamente. No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista”. En otra sentencia, la Corte adujo sobre esta simbiosis, lo siguiente: “67. La Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”. Corte .I.D.H., “**La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs Chile)**” Sentencia del 5 de febrero del 2001. Series C No 73, párrafo 30.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”¹

Sobre la libertad de culto, tenemos que el actual Código de Trabajo cuando habla de los días que se considerarán feriados, hace una referencia a la libertad de culto. Es así, como la norma reza lo siguiente: “Los practicantes de religiones distintas de la católica podrán solicitar a su patrono el otorgamiento de los días de celebración religiosa propios de su creencia como días libres y el patrono estará obligado a concederlo. Cuando ello ocurra, el patrono y el trabajador acordarán el día de la reposición, el cual podrá rebajarse de las vacaciones.

Los días de cada religión, que podrán ser objeto de este derecho, serán los que se registren en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, siempre y cuando el número no exceda al de los días de precepto obligatorio, observados por la Iglesia Católica en Costa Rica. El Poder Ejecutivo reglamentará los alcances de esta disposición en los primeros sesenta días después de la vigencia de esta Ley”².

3.2 Discriminación por Motivos Étnicos y Raciales

Vamos a abordar el primer parámetro discriminatorio previsto en la norma penal propuesta, indicando que más que antecedentes legales, lo que hemos encontrado son algunos parámetros jurisprudenciales que creemos conveniente destacar. Empezamos aludiendo a los motivos de **discriminación étnica** y es sí como tenemos una consulta judicial, en la que se le solicita a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,

¹ . Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 12. Cfr: Para un autor como SCHULTE-HERBRÜGGEN, “*La organización de la comunicación en una sociedad democrática se deriva esencialmente de una decisión política, que traduce los valores del sistema social existente. Por consiguiente, la solución al problema político de la comunicación debe buscarse en el sentido de un equilibrio entre la parte legítima que corresponde al poder en la utilización de los medios de comunicación social y la posibilidad de acceso a los mismos que se ofrezca a las diversas tendencias y a las fuerzas vivas de la comunidad*”, SCHULTE-HERBRÜGGEN, (Heinz) “**El lenguaje: un medio para apropiarse mentalmente del mundo**”, pág 22 en “Lenguaje, Literatura y Sociedad”, Antología de la Sección de Comunicación y Lenguaje. Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica, Editorial Nueva Década, San José, Costa Rica, 1985.

² . Código de Trabajo de Costa Rica, artículo 148, reformado por el artículo 1 de la Ley No 7619 del 24 de julio de 1996.

pronunciarse sobre una iniciativa de la Asamblea Legislativa, que se remonta al año 1985.

En ese entonces una comisión de reforma constitucional creada al efecto pretendía adicionar al artículo 76 que reza “*El español es el único idioma oficial de la Nación*”, el derecho a que se reconociera la lengua aborigen como idioma igualmente reconocido. Al respecto el Considerando V de la sentencia estableció que “En cuanto al fondo del proyecto consultado. A juicio de este Tribunal la reforma del artículo 76 objeto de la consulta se inscribe en la tendencia universal por el reconocimiento de la singularidad de los pueblos indígenas, de su cultura, sus tradiciones, sus instituciones, sus autoridades e incluso de su régimen jurídico consuetudinario propio”. En razón de lo anterior, este tribunal constitucional no advierte vicios de procedimiento o inconstitucionalidad en el contenido del proyecto de reforma al artículo 76 de la Constitución Política¹. De ser aprobada una iniciativa como ésta, el hecho de que el trabajador fuese aborigen y hablase su lengua; no podría generarse una discriminación por este motivo étnico.

Otro parámetro de motivación singular, es el de la imposibilidad de no discriminar en razón de la nacionalidad o diversidad cultural/nacional diferente. En ese sentido tenemos la sentencia igualmente de la Sala Constitucional, en donde en el marco de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por un accionante que solicita que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 6 y 7 del Decreto Ejecutivo No. 21989-MEP-MTSS, publicado en La Gaceta número 53 de 17 de marzo de 1993, por cuanto esa normativa es contraria a los principios y derechos de los niños, contenidos en los instrumentos de derechos humanos e internacionales de protección del niño, especialmente en lo que atañe al derecho a la educación.

Los artículos impugnados violan las disposiciones de los artículos 19, 33 y 34 de la Constitución Política, porque discrimina entre nacionales y extranjeros, de manera que la exclusión abstracta, general y absoluta de los niños extranjeros como posibles

¹. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Exp: 98-003975-007-CO-P. Voto No 04427-99. San José, a las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y ocho. Consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, sobre el proyecto de reforma del artículo 76 de la Constitución Política, que se tramita en el expediente legislativo número 10.077.

beneficiarios del bono para la educación básica, constituye una discriminación irrazonable y desproporcionada. En una interesante resolución que examina los alcances de los instrumentos internacionales que tutelan los derechos de los niños, así como de la propia Constitución Política, la Sala Constitucional concluye que las normas cuestionadas resultan inconstitucionales, por violación directa del artículo 2 de la Convención del Niño, lo que implica, también, infracción de los artículos 7, 50, 51, 78 y 82 de la Constitución Política¹. Lo que pretendemos destacar en esta sentencia es la imposibilidad de discriminar a los extranjeros, en materias de derechos fundamentales, tal como es el derecho al trabajo, el cual puede ser cercenado debido a una pertenencia cultural diversa según sea el origen étnico.

Ahora, si hablamos de **discriminación por motivos de raza**, tenemos que las razas son construcciones sociales, es decir son clasificaciones diferenciaciones que la sociedad hace entre distintos grupos humanos relacionando algunos aspectos distintivos². Por tanto, tenemos que el *Racismo* es el trato discriminatorio, o segregacionista, o insultante o dañino en cualquier aspecto ,que se otorga a alguien perteneciente a un grupo humano racializado; trato que se apoya precisamente sobre la interiorización. Una acción solo puede ser calificada de racista si se ejerce contra alguien perteneciente a un grupo que ha sido previamente racializado, o se ejerce contra el propio grupo con el objetivo de racializarlo³.

En ese sentido, en el caso de los indígenas no existe ninguna normativa que de manera específica tutele sus derechos humanos, culturales, sociales y menos aún, sus derechos laborales. El Proyecto de Ley No 14352, que es la “Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas”, busca apoyar procesos de desarrollo en estas comunidades que respeten y promuevan sus propias concepciones y dentro de la parte

¹ . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Exp: 98-007361-007-CO-E. Voto No : 08857-98. San José, a las dieciséis horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

² . PAJARES, (Miguel) “**La Acción Sindical contra la Discriminación Racial**” pág 154 en Gaceta Sindical, Op Cit.

³ . “*Posteriormente se ha desarrollado un racismo que ya no es biológico, porque se fija, casi exclusivamente, en las diferencias culturales. Es el racismo culturalista, o diferencialista. Este racismo ya no se refiere al color de la piel, ni dice explícitamente que un grupo humano sea inferior a otro (aunque implícitamente este clara la acusación de inferioridad), sino que lo que hace es vincular a cada persona, de forma irreductible, con su cultura de origen y establecer la incompatibilidad de las culturas para compartir un mismo territorio*”, PAJARES, (Miguel) , Op Cit, pág 155.

laboral, que se ajusten sus relaciones a lo que establece al respecto el numeral 20 del Convenio No 169 de la OIT¹.

3.3 Discriminación por Motivos de Género u Orientación Sexual

En este segundo tipo de discriminación, vamos a atender una serie de legislación concebida en nuestro ordenamiento jurídico, así como los Convenios Internacionales de la OIT, suscritos por nuestro país y que son de acuerdo al artículo 7 de nuestra Constitución Política, parte de nuestro ordenamiento jurídico.

3.3.1 Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia (Ley No.7476)

Esta importante herramienta para vencer la discriminación, de acuerdo al artículo primero de la ley, enuncia que sus principios regentes se basan en "...los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer, según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer".

La misma ley confiere la responsabilidad a todo patrono o jefarca, de mantener en el lugar de trabajo, condiciones de respeto para quienes laboran ahí, por medio de una política interna que prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual. Para tal efecto, les conmina a adoptar medidas expresas en los reglamentos internos, convenios colectivos, arreglos directos o de otro tipo, con la finalidad de procedimentar las denuncias que en este sentido se reciban².

¹ . Asociación Servicios de Promoción Laboral (ASEPROLA) "Flexibilidad, la estrategia laboral del libre comercio: Un vistazo por 6 derechos laborales básicos en Costa Rica", Número 5 colección anti-flexibilidad, primera edición, San José Costa Rica, 2004 pág 36. Sobre este mismo sector étnico puede verse una breve cronología de casos de incumplimiento en esta misma obra, págs 38-39.

² . Ley No 7476, artículo 5.

Asimismo, persiste al amparo de esta ley, igualmente la obligación, que tienen los patronos de informar sobre las denuncias de hostigamiento sexual que se reciban en su lugar de trabajo, así como el resultado del procedimiento que se realice, a la Defensoría de los Habitantes, si se trata de instituciones públicas, o a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, si se trata de patronos privados¹.

3.3.2 Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer (Ley No 7142)

Mediante esta legislación, se pretende cerrar la brecha existente entre la igualdad de derechos para las mujeres con respecto a los hombres. En primer lugar tenemos que esta ley propugna que la búsqueda de la igualdad de género, es de interés público y por ello enuncia que “Los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social y cultural, conforme con la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", de las Naciones Unidas, ratificada por Costa Rica en la ley N° 6968 del 2 de octubre de 1984”².

La iniciativa legal, dispone un capítulo específico para promover la igualdad de los derechos políticos entre hombres y mujeres (Capítulo II), así como un capítulo dedicado a los Derechos Sociales (Capítulo III) y a la protección sexual y contra la violencia en las mujeres (Capítulo IV). La ley hace alusión al componente educativo, el cual puede ser visto como un mecanismo reproductor que permita en un futuro, concebir nuevos parámetros de conducta y tolerancia ante las actitudes que hoy son discriminatorias. Es así como la citada normativa enuncia que “Están prohibidos en cualquier institución educativa nacional todos los contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles en la sociedad a hombres y mujeres contrarios a la igualdad social y a la complementariedad de los géneros, o que mantengan una condición subalterna para la mujer.

¹ . Ley No 7476, artículo 7.

² . Ley No 7142, artículo 2.

El Estado fomentará la educación mixta, el concepto de responsabilidad compartida de derechos y obligaciones familiares y de solidaridad nacional, y otros tipos de educación que contribuyan a lograr ese objetivo.

Los libros de texto, los programas educativos y los métodos de enseñanza deberán contener los valores expuestos en la presente Ley, y contribuir a la eliminación de prácticas discriminatorias en razón del género, así como promover el estudio de la participación de la mujer a través de la historia”¹.

Se crea además, la Defensoría General de los Derechos Humanos, como un ente adscrito al Ministerio de Justicia y Gracia², y se le otorga entre otras funciones, las de “Proponer reformas a la normativa destinada a asegurar la defensa de los derechos de la mujer”; “Intervenir en juicios cuando considere que puede haber discriminación contra la mujer”; “Actuar en defensa de los derechos de la mujer ante la administración pública”; “ Promover el estudio permanente de las causas que generan la desigualdad de la mujer, con el fin de proponer las medidas preventivas”³.

Quizás, el punto culminante de esta legislación, es la reforma que se opera al Código de Trabajo, en una serie de artículos que tienen relación con asuntos tales como la contratación de mujeres, el despido en el embarazo; derecho de lactancia entre otros. Consideramos que este articulado viene a establecer barreras infranqueables de derechos a favor de las mujeres, y en contrapartida nos dicen cuando se opera una *discriminación legal en contra de las mismas*. Al respecto transcribimos literalmente, las reformas a la legislación de trabajo operadas:

Artículo 32.- Refórmense los artículos 87 y 94, adiciónase uno nuevo, que llevará el número 94 bis, y adiciónasele el expresado texto al párrafo primero del artículo 95, todos del Código de Trabajo, para que en lo sucesivo digan así:

"Artículo 87.- Queda absolutamente prohibido contratar el trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años para desempeñar labores insalubres, pesadas o peligrosas, en los aspectos físico o moral, según la determinación que de éstos se hará en el Reglamento. Al efecto, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

¹ . Ley No 7142., artículo 17.

² . DEROGADO TACITAMENTE por Ley No. 7319, del 17 de noviembre de 1992, artículo 32 (“Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República”), la cual incorpora esta Defensoría a la constituida Defensoría de la Mujer.

³ . Ley No 7142, artículo 22.

tomará en cuenta las disposiciones del artículo 199. También deberá consultar, con las organizaciones de trabajadores y de empleados interesados y con las asociaciones representativas de mujeres, la forma y condiciones del desempeño del trabajo de las mujeres, en aquellas actividades que pudieran serles perjudiciales debido a su particular peligrosidad, insalubridad o dureza.

Sin perjuicio de otras sanciones e indemnizaciones legales, cuando les ocurriere un accidente o enfermedad a las personas de que habla el párrafo anterior, y se comprobare que tiene su causa en la ejecución de las mencionadas labores prohibidas, el patrono culpable deberá satisfacerle al accidentado o enfermo una cantidad equivalente al importe de tres meses de salario."

"Artículo 94.- Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido.

Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social."

"Artículo 94 bis. La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de Trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos.

Presentada la solicitud, el juez le dará audiencia al empleador en los siguientes tres días. Vencido este término, dentro de los cinco días siguientes, ordenará la reinstalación, si fuere procedente, y, además, le impondrá al empleador el pago de los salarios dejados de percibir, bajo pena de apremio corporal en caso de incumplimiento de cualquiera o de ambas obligaciones.

El apremio corporal procederá contra el empleador infractor, o su representante, si se tratara de personas jurídicas, durante el tiempo que dure el incumplimiento, a requerimiento de la trabajadora o de la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo. En caso de que la trabajadora no optara por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo.

Si se tratare de una trabajadora en período de lactancia, tendrá derecho, además de la cesantía, y en concepto de daños y perjuicios, a diez días de salario."

"Artículo 95.- ... Al mismo descanso de tres meses tendrá derecho la trabajadora que adopte un menor de edad para que ambos tengan un período de adaptación. En tal caso, el descanso se iniciará a partir del día inmediato siguiente a aquél en que se le haga entrega del menor. Para esto, la trabajadora interesada deberá presentar certificación del Patronato Nacional de la Infancia o del Juzgado de Familia correspondiente, en que se hagan constar los trámites de adopción."

3.3.3 Decreto No. 26898-MTSS (“Reglamentación Trabajo Nocturno de las Mujeres”)

Este Decreto busca regular el trabajo nocturno de las trabajadoras, y tiene su antecedente originario, en el Decreto N° 5944-TSS del 26 de abril de 1976, publicado en "La Gaceta" del 13 de mayo de 1976, mediante el cual se establecieron los requisitos para la autorización del trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 88, inciso b) del Código de Trabajo y el Convenio N° 89 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria.

A través de La Gaceta 96 del 20 de mayo de 1998, a la sazón el Ministro de Trabajo, Dr. Farid Ayales Esna y el Presidente de la República, Ing. José María Figueres Olsen de ese entonces, establecen el presente Decreto, que entre sus justificaciones, establecía “Que la limitación del trabajo nocturno de las mujeres implica una discriminación por razón de género contraria al principio de igualdad constitucional y al principio de libertad de acceso al trabajo”. A la vez, que amparados en las prerrogativas de la Ley de Igualdad Real de la Mujer, era suficiente base para decretar lo siguiente:

“Artículo 1º- Por razones de interés nacional, se autoriza el trabajo nocturno de las mujeres en actividades industriales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88, inciso b) del Código de Trabajo y 5º del Convenio 89 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por ley No 2561 del 11 de mayo de 1960, relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria.

Artículo 2º- En todo caso, para el empleo de mujeres en trabajo nocturno, los empleadores deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que la naturaleza de sus actividades exijan operación a base de más de un turno de trabajo diario.
- b) Que se ajusten en un todo a las normas de seguridad social.
- c) Que el trabajo no sea pesado, insalubre o peligroso y que se adopten las medidas de higiene y seguridad que establece la legislación.
- d) Que existan a disposición de las trabajadoras medios de transporte adecuados a sus necesidades.

Artículo 3º- La Dirección nacional de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social será la encargada de fiscalizar el cumplimiento de los requisitos anteriormente indicados”

De acuerdo a nuestro Código de Trabajo, se establecen las jornadas de trabajo, las cuales corresponden al número máximo de horas ordinarias, permitido por ley, que el(la) patrono(a) le puede exigir laborar al (a la) trabajador(a) por día o por semana. Es el número máximo de horas ordinarias que el(la) trabajador(a) está a las órdenes de su patrono(a), incluyéndose como parte de ella el tiempo en que el(la) trabajador(a) no pueda salir del lugar de trabajo durante los períodos de descanso y comidas.

Existen varios tipos de jornadas ordinarias de trabajo, según el número de horas que se labore por día, unas pueden llamarse **jornada ordinaria diurna** que es aquella en la cual se trabaja en el período comprendido entre las cinco de la mañana y las siete de la noche. Está compuesta por ocho (8) horas por día y cuarenta y ocho (48) por semana¹. Asimismo, existe la **jornada ordinaria nocturna** que es la prestación que se brinda entre las siete de la noche y las cinco de la mañana del día siguiente. Es de seis (6) horas por día y treinta y seis (36) horas semanales. Por último, tenemos la **jornada ordinaria mixta** en la que se labora una parte en el período comprendido entre las cinco de la mañana y las siete de la noche y otra parte entre las siete de la noche y las cinco de la mañana (ej: si se ingresa a las dos de la tarde y se sale a las nueve de la noche). Esta jornada es de siete horas por día y cuarenta y dos (42) semanales.

Ahora bien, dentro de este contexto es necesario hacer alusión a la función de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, a quien le correspondería velar por medio de su cuerpo de Inspectores, para que se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social². En razón de esta circunstancia, los Inspectores de Trabajo tendrán derecho a visitar los lugares de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza, en distintas horas del día y aún de la noche, si el trabajo se desarrollare durante ésta³, por lo que es claro que perfectamente y en concordancia con el transcrito artículo tercero del Decreto aludido, esta instancia contralora administrativa

¹ . En trabajos que no sean pesados ni insalubres puede ser hasta de diez horas (10) diarias, pero no más de cuarenta y ocho (48) horas semanales, dándose así lo que se conoce como Jornada Diurna Acumulativa; la cual, por la circunstancia de que se pueden laborar hasta diez horas por día, es una Jornada Especial o de Excepción. **Artículo 136 del Código de Trabajo.**

² . Ley No 1860 “Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social”, Publicada en La Gaceta el 04 de junio de 1955 y sus reformas, art. 88.

³ . *Ibíd.*, art. 89.

constituye una garantía de resguardo a los derechos de las mujeres trabajadoras, tutelados en la normativa en estudio.

3.4 Discriminación por Situación Familiar

Uno de los aspectos que presenta este artículo y que puede ser si se quiere polémico, es el hecho de la discriminación que podría darse para contratar familiares. Esta es una práctica muy ligada al régimen de contratación pública, sea en menor o mayor medida.

Para ejemplificar lo anterior, tenemos el caso de la prohibición que contiene el Régimen de Servicio Civil. Es así, como tenemos la disposición inserta dentro del artículo 9 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, este establece lo siguiente:

"Artículo 9.- Son requisitos para ingresar al Servicio Civil, aparte de lo establecido en el artículo 20 del Estatuto, los siguientes:

a) (...)

b) No estar ligado en parentesco de consanguinidad o de afinidad en línea directa o colateral hasta tercer grado inclusive, con el jefe inmediato ni con los superiores inmediatos de éste en el respectivo Departamento, Oficina o Ministerio."

Similares disposiciones contiene a manera de seguir ejemplificando, instituciones públicas como serían la Universidad de Costa Rica y el Poder Judicial, en donde en ambos casos si se pueden contratar familiares, siempre y cuando no trabajen en la misma unidad o despacho judicial¹. Puede entenderse estas prohibiciones a la luz de buscar una mayor transparencia y honestidad dentro del servicio público asignado, con la finalidad de que no se preste para malos entendidos la situación de nexos familiares entre los(as) servidores(as) públicos.

¹ . Véanse las disposiciones del artículo 12 del Reglamento Interno de Trabajo de la Universidad de Costa Rica y el artículo 18 y 18 bis del Estatuto de Servicio Judicial.

3.5 Discriminación por Enfermedad o Minusvalía

Este tipo de discriminación, tiene su origen en situaciones de Enfermedad o Minusvalía, y procedemos a realizar la exposición de la legislación interna e internacional sobre estos tópicos.

3.5.1 Ley No 7600 “Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”

Los objetivos de la ley con respecto a la población con minusvalía, son entre otros, los siguientes:

- a) Servir como instrumento a las personas con discapacidad para que alcancen su máximo desarrollo, su plena participación social, así como el ejercicio de los derechos y deberes establecidos en nuestro sistema jurídico.
- b) Garantizar la igualdad de oportunidades para la población costarricense en ámbitos como: salud, educación, trabajo, vida familiar, recreación, deportes, cultura y todos los demás ámbitos establecidos.
- c) Eliminar cualquier tipo de discriminación hacia las personas con discapacidad.
- d) Establecer las bases jurídicas y materiales que le permitan a la sociedad costarricense adoptar medidas necesarias para la equiparación de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad.

Para cumplir tales cometidos, la citada legislación impone una serie de obligaciones al Estado. Es clara la situación en torno al compromiso prevaleciente por parte de los Estados, para no discriminar u omitir crear condiciones plenas para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Lo anterior conlleva una obligación de garantía, que supone una no discriminación por factores tanto sociales como económicos.

La valoración de la discriminación como tal, sirve como portillo para pretender encausarse hacia la justiciabilidad de los DESC. Al ser normas de carácter programáticas en su gran mayoría, la argumentación discriminativa, -ya sea por omisión

o supresión- podría argüirse como violación a un derecho sustantivo, y encontrar así, un nivel de justiciabilidad para el derecho lesionado¹.

La normativa en cuestión señala una serie de obligaciones a cargo del Estado, y en ese sentido tenemos entre éstas, obligaciones tales como las siguientes:

“(...) b) Garantizar que el entorno, los bienes, los servicios y las instalaciones de atención al público sean accesibles para que las personas los usen y disfruten; c) Eliminar las acciones y disposiciones que, directa o indirectamente, promueven la discriminación o impiden a las personas con discapacidad tener acceso a los programas y servicios; d) Apoyar a los sectores de la sociedad y a las organizaciones de personas con discapacidad, con el fin de alcanzar la igualdad de oportunidades. (...)”².

Ahora bien, si hablamos del acceso al trabajo y los correlativos derechos que esta situación impone, nos encontramos con que el artículo 23 del citado cuerpo normativo, dispone que “El Estado garantizará a las personas con discapacidad, tanto en zonas rurales como urbanas, el derecho de un empleo adecuado a sus condiciones y necesidades personales”. De igual manera, aborda taxativamente una provisión que establece que debe entenderse por *actos de discriminación* y al respecto nos dice lo siguiente:

“Se considerarán actos de discriminación el emplear en la selección de personal mecanismos que no estén adaptados a las condiciones de los aspirantes, el exigir requisitos adicionales a los establecidos para cualquier solicitante y el no emplear, por razón de su discapacidad, a un trabajador idóneo.

También se considerará acto discriminatorio que, en razón de la discapacidad, a una persona se le niegue el acceso y la utilización de los recursos productivos”³

La normativa en estudio, establece una serie de prerrogativas necesarias para capacitar a las personas con discapacidad, que sean mayores de dieciocho años y que,

¹ . A favor de esta posición tenemos a VICTOR ABRAMOVICH COSARIN, para quien “*Esta obligación de los Estados de prohibir la discriminación y de proteger contra ella a las personas en forma igual y efectiva, no se refiere al ejercicio de ningún derecho en particular y por lo tanto es aplicable en relación a cualquier derecho, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales*” Op Cit, pág 157. En igual sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos de la ONU en los casos *Zwaan de Vries vs Países Bajos*, y *Broeks vs Países Bajos* (Comunicaciones Nos 182/1984 y 172/1984 respectivamente);

² . Ley No 7600, artículo 4.

³ . Ibíd, artículo 24.

como consecuencia de su discapacidad, no hayan tenido acceso a la educación y carezcan de formación laboral¹. Asimismo, propugna el asesoramiento por parte del Estado a los empleadores con carácter técnico, "...para que estos puedan adaptar el empleo y el entorno a las condiciones y necesidades de la persona con discapacidad que lo requiera. Estas adaptaciones pueden incluir cambios en el espacio físico y provisión de ayudas técnicas o servicios de apoyo"².

Por último, se dispone que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social mantendrá un servicio con profesionales calificados para brindar el asesoramiento en readaptación, colocación y reubicación en el empleo de las personas con discapacidad. Para facilitar sus acciones, este servicio deberá mantener contacto con las organizaciones de personas con discapacidad³.

3.6 Discriminación por Representación Legal o Sindical de los Trabajadores

No vamos a ahondar mucho sobre este tipo de discriminación, en razón de que el delito que sigue por analizar, es el de los delitos por la libertad sindical y derecho de huelga, en donde tendremos más oportunidad para abordar estas temáticas. Sin embargo, conviene destacar que los obstáculos principales al derecho a la libre sindicalización están dados por una "ideología antisindical" que ha sido profundizada al grado de concebir al sindicalismo como un factor negativo de las relaciones de trabajo, y luego por una desidia estatal de promoverlo como un verdadero derecho fundamental⁴.

En todo caso, no se aprecia en el sistema una disposición política de los entes estatales a promocionar el sindicalismo, pese a lo que dispone el artículo 361 del Código de Trabajo que refiere que "El Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social se encargará de fomentar el desarrollo del movimiento sindical en forma armónica y

¹ . Ley No 7600, artículo 25

² . *Ibíd.*, artículo 26. Cfr: El artículo 27 denominado como "**Obligación del patrono**", dispone que "El patrono deberá proporcionar facilidades para que todas las personas, sin discriminación alguna, se capaciten y se superen en el empleo".

³ . *Ibíd.*, artículo 30.

⁴ . En un reciente estudio elaborado en nuestro país se aborda, con más profundidad esta realidad, Véase a CHACÓN, (Rubén) "Leyes Laborales en Costa Rica: Obstáculos legales, políticos y prácticos para su cumplimiento", Asociación de Servicios de Promoción Laboral (ASEPROLA), octubre 2003, pág 92.

ordenada, por todos los medios legales que juzgue convenientes”. Esta opinión es compartida por un estudio realizado recientemente, que determina como un serio obstáculo para el cumplimiento del derecho de sindicación, la inexistencia de políticas que vengán a eliminar la discriminación o prácticas discriminatorias que se generan en el campo sindical¹.

Existen sectores que no tienen o ejercen restrictivamente el derecho de asociación, derecho de dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos. En todo caso, un reciente estudio establece como dato interesante, que el número de denuncias por persecución sindical presentadas ante la Dirección de la Inspección de Trabajo en el término de 7 años (1993/2000) fue de 186. De éstas fueron archivadas –es decir no llegaron a la sede judicial- la mayoría (46.2%) y si a este dato se le suma las denuncias declaradas sin lugar, significa que un 62.9% de las denuncias por persecución sindical no obtuvieron respuesta en sede judicial. Con el agravante de que las restantes 34.9% denuncias declaradas con lugar en la vía administrativa, no necesariamente serán aceptadas en la sede judicial².

Para terminar este breve esbozo, hay que hacer notar que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha permitido el despido de dirigentes sindicales sin que exista causal, en casos de reorganización de servicio público; irrespetándose el fuero sindical de los dirigentes afectados (Voto No 571-96). Estos precedentes, junto con otros, han ido vertebrando una jurisprudencia muy dócil hacia los derechos de los líderes y adherentes a figuras organizativas, como sería el sindicato. Más sin embargo, no vamos a ahondar más sobre esta temática, todo ello que en el tipo penal siguiente, escudriñaremos mejor, los alcances violatorios a los delitos de libertad sindical y de huelga, en el que pueden incurrir los patronos hacia sus trabajadores(as).

¹ . ASEPROLA, “Un vistazo por 6 derechos laborales (.....)”, Op Cit, pág 39.

² . *Ibíd.*, pág 20.

E) Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga

“Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa;

1. Los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.
2. Si las conductas indicadas en el inciso anterior se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación las penas se aumentarán hasta en un tercio.
3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga”.

A continuación detallaremos lo relativo al movimiento obrero, y a la naturaleza de los mencionados derechos de sindicación y de huelga, los cuales sin lugar a dudas presentan una innegable veta de análisis laboral, en la que vamos a ahondar seguidamente .

1. Análisis Descriptivo del Tipo

Este tipo penal, por si mismo merece un análisis detallado y podría ser objeto de un estudio más profundo, puesto que encierra el núcleo de la defensa a la libertad sindical como medio idóneo para la defensa de los trabajadores. Para CONDE PUMPIDO FERREIRO, en este artículo se tipifican dos conductas distintas: de un lado impedir o limitar la libertad sindical y el derecho de huelga, agravándose las penas en los casos en que se emplee fuerza, violencia o intimidación; y de otro lado, lo que se ha llamado coacción a la huelga¹.

En cuanto al primer supuesto, la conducta consiste en como bien se ha dicho, **limitar o impedir** el ejercicio de los derechos de libertad sindical o de huelga. Más en este caso concreto, la doctrina ha señalado que el hecho de ejercer tales acciones restrictivas como elementos modales del tipo; supone un concurso aparente de normas con las disposiciones previstas para el tipo penal de condiciones laborales ilegales². Sin embargo, esta antinomia debería ser resuelta con la aplicación del tipo penal que

¹ . CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Op Cit, pág 952.

² . Véase sobre este tipo penal lo expuesto en supra págs 99 y sgtes.

estamos analizando, por ser más específico que el de condiciones laborales ilegales, que obedece más que todo a una connotación de alcance general¹.

El sujeto activo en este caso podrían ser prioritariamente los empleadores o quienes ejerzan el poder de dirección sobre la fuerza laboral, pero también puede pensarse en la responsabilidad penal de los funcionarios públicos que atenten contra los derechos señalados y en general, de todos(as) los(as) trabajadores(as)².

Debemos señalar que para el caso del sistema normativo en Costa Rica, los derechos de libertad sindical y huelga, tienen un rango constitucional. Así, tenemos que los artículos 60 y 61 de la Carta Magna disponen lo siguiente:

“Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales.

Queda prohibido a los extranjeros ejercer dirección o autoridad en los sindicatos”.

“Se reconoce el derecho de los patronos al paro y el de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos haga la ley y conforme a las regulaciones que la misma establezca, las cuales deberán desautorizar todo acto de coacción o de violencia”.

Volviendo al análisis del tipo, tenemos que el segundo inciso presenta una modalidad agravada, la cual consiste en utilizar los mecanismos de fuerza, intimidación o violencia, para que los(as) trabajadores(as) no se sumen a la defensa de sus libertades sindicales como a su derecho de huelga. Esta situación podría interpretarse en el sentido de desvirtuar el movimiento de huelga, por lo que estimamos más oportuno la distinción que realiza la jurisprudencia comparada, siendo que en el caso español se ha fijado una distinción basada en la siguiente forma: “...el bien jurídicamente protegido es el derecho a no hacer la huelga o a no estar en huelga; con lo que la naturaleza de esta figura

¹ . MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 910.

² . Así como se ha tejido a nivel legal la posibilidad de responsabilidad del funcionario por “Reconocimiento Ilegal de Beneficios Laborales” (art. 56) en la recién promulgada “*Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito*”, también debe señalarse en contrapartida como un suceso a reprochar, el hecho que los funcionarios constriñan los derechos laborales estatuidos para los trabajadores para su beneficio, como son los derechos que nos ocupan.

delictiva se aproxima, como advierte la más reciente doctrina científica a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo; tipo delictivo a cuya existencia no obsta en forma alguna el carácter de fundamental del derecho de huelga” (STS del 22 de junio de 1986).

Por último, el tercer inciso presenta la segunda modalidad agravada; la **coacción**. Esta posibilidad de coaccionar a otras personas a iniciar o continuar una huelga, queda claro que lo que se protege es el derecho a no hacer huelga o permanecer en ella. Esta situación desde nuestra perspectiva, presenta un contrasentido en el ámbito laboral con los convenios internacionales de protección a los derechos laborales, vigentes en el marco de la OIT. Podemos ejemplificar lo anteriormente esbozado, con lo previsto en el artículo 2 del Convenio No 87 de esta organización internacional, que en su inciso segundo dice lo siguiente: “Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”. Perfectamente, se puede intervenir y constreñir administrativamente el derecho a la manifestación huelguística por parte del empleador tanto público como privado, so pretexto de decir que los trabajadores fueron coaccionados o incitados para proceder así; constituyéndose en una falsa premisa susceptible a extenderse como práctica o tendencia violatoria hacia los derechos laborales.

Además, nos sumamos a lo externado por DURÁN LÓPEZ, para quien este inciso plantea una amplia problemática tanto legal como doctrinal. El autor lo ha considerado como un obstáculo más que habría que superar en aras de conseguir un auténtico reconocimiento en el caso de la huelga como derecho y justifica su peligrosidad por dos motivos: a) porque no es la libertad de trabajo la que está en juego; b) porque incriminar directamente la formación y actuación de “piquetes” en vez de acudir en su caso, a las normas penales que pudieran ser reclamadas caso de existir conductas que integren violencias o amenazas contra las personas, significa abrir la puerta a una intervención represiva por vía penal sobre los movimientos huelguísticos¹.

Otro aspecto que es conveniente destacar y que está ligado a lo anteriormente expuesto, es el concerniente a la necesidad de no regresar a episodios históricos, que han sido superados por las luchas de los(as) trabajadores(as) unidos(as) en la defensa de

¹ . Citado por MORILLAS CUEVA, (Lorenzo) Op Cit, pág 911. Cfr: Sobre este tema de la represión de movimientos de los trabajadores, véase infra pp 205-211.

sus derechos. Traemos a colación la coyuntura del año 1993, en la que organizaciones laborales denunciaron al país internacionalmente por violación a una serie de garantías laborales. A raíz de esta denuncia, la OIT hace que el caso sea examinado por la Comisión de Normas de la Conferencia, quien decide recomendar el envío de una Misión de Contactos Directos (aprobada finalmente por la Conferencia), para que constate en situ, las violaciones que se vienen consignando. Esta gestión consigue que el Estado reaccione, para evitar efectos adversos de esta visita, concurriendo a los tres poderes de la república y gestándose diferentes iniciativas con sus diversos resultados en el entorno laboral¹. Ahora bien, para los efectos pertinentes, nos interesa destacar como uno de los resultados visibles que se gestó en este marco de presión, la derogación de los artículos 335 y 336 del Código Penal. Tales disposiciones fueron derogadas mediante Ley No 7348 del 22 de junio de 1993, publicada en el Alcance 27 a La Gaceta No 130 del 9 de julio de 1993 y consistían en las siguientes conductas típicas:

“Será reprimido con veinte a sesenta días multa el funcionario o empleado público, que, con daño al servicio abandonare su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño de éste” artículo 335 C.P.

“Será reprimido con prisión de seis meses a dos años y con sesenta a ciento veinticinco días multa, el que incitare al abandono colectivo del trabajo a funcionarios o empleados en los servicios públicos” artículo 336 C.P.

Estos artículos se venían usando indistintamente para acallar y reprimir a los trabajadores en este caso del sector público, pero con uso similar de los elementos modales del tipo al que pretende el inciso tercero del artículo en estudio –“coaccionar a otros” “incitar”-. En ese momento hubo un acuerdo concertado, y tales artículos fueron derogados, por lo que revivir esta posibilidad no parece conveniente debido a que perfectamente puede prestarse tal como se hizo en el pasado; para reprimir el movimiento organizado de los(as) trabajadores(as). Asimismo, hay que hacer notar que la redacción del tipo penal propuesto es mucho más amplia y no congloba

¹ . Véase al efecto el cuadro sinóptico que refleja esta situación, elaborado por REGIDOR UMAÑA, (Jorge Emilio) “El Caso Costa Rica” cuadro No 15 pág 66, en SEPÚLVEDA MALBRÁN, (Juan Manuel) editor. “Las organizaciones sindicales centroamericanas como actores del sistema de relaciones laborales”, San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

solamente al personal sometido al servicio público, sino que también a la fuerza laboral inmersa dentro del sector privado. Así que en conclusión, se están volviendo a viejos rudimentos que se tenían como prácticamente superados.

Por otra parte, nos interesa reflexionar sobre el siguiente aspecto: el título que se pretende incorporar mediante esta reforma al Proyecto de Código Penal concerniente a *delitos contra los trabajadores*, supone al menos –o eso creemos interpretar– que sus regulaciones van encaminadas a defender, fortalecer y expandir una serie de beneficios a favor de la población trabajadora; por lo que cualquier iniciativa que se separe de tales postulados, necesariamente contradice el espíritu de la normativa. Así las cosas, este controversial inciso tercero vendría precisamente a menoscabar la posibilidad de defensa del trabajador como **sujeto pasivo** en los tipos penales descritos, y más bien lo revierte al rol de **sujeto activo** de la norma. Es decir, se estaría gestando una *reforma en su perjuicio* en el marco de un elenco legal propuesto, con acciones típicas que tienen la intencionalidad precisamente de defender y realzar los derechos laborales, y no constituir portillos o prerrogativas a favor del empleador precisamente para gestar el efecto contrario de lo que se pretende; la efectiva tutela de sus derechos.

2. *Contenido de la Libertad Sindical*

La libertad sindical, está configurada a partir de tres principios esenciales: i) El libre ingreso y retiro del sindicato; ii) La pluralidad de agrupaciones sindicales y iii) La autonomía necesaria de las asociaciones sindicales para actuar libremente frente al Estado, frente a otras asociaciones y frente al empleador, todo con el fin de que las agrupaciones colectivas puedan desarrollarse y cumplir con sus objetivos sin injerencias negativas externas a sus fines específicos. Tiene su cimiento en la libertad de asociación, la cual se señala como uno de los derechos constitucionales de la ciudadanía y se expresa a su vez, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹.

¹ . Al respecto el artículo del citado texto internacional, dispone en su artículo 20 que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”.

Una de las características más elocuentes que presenta la libertad sindical, radica en su complejidad como ámbito de comprensión, puesto que ha sido concebida no solo como un derecho colectivo sino también como individual. En el primer caso, supone una defensa del gremio en su conjunto y en la segunda acepción, consiste en la defensa para participar en la organización y en los intereses propios que necesitan ser protegidos¹.

Existe un asunto que debemos externar sobre el contenido de la libertad sindical, y es el relativo a que de acuerdo a lo anteriormente expuesto, estamos hablando de un derecho genérico que ostentan los(as) trabajadores(as) que incluye no solamente la facultad de conformar sindicatos y afiliarse o retirarse de ellos, sino que además, contempla el uso de los mecanismos inherentes a dicha prerrogativa. La norma en análisis referencia o nombra la “libertad sindical o el derecho de huelga” en su primer inciso, por lo que podría entenderse diferentes acepciones:

- a) Que la libertad sindical es distinta del derecho de huelga, siendo que estamos hablando de dos órdenes o estancos diferenciados entre sí.
- b) Que la libertad sindical solamente incluye al derecho de huelga como derecho tangible
- c) Que la libertad sindical es una libertad pública, compuesta por diferentes derechos y que en este espectro, el derecho de huelga es solamente uno de ellos.

En aras de precisar tales disyuntivas, estimamos que la más correcta acepción es la última, sea que la libertad sindical es un todo incluyente y que comprende una gama de derechos y beneficios que se dimanen de la misma. Es oportuno establecer su verdadero significado, en razón de que la norma adolece de una correcta descripción de lo que debe entenderse por la libertad en mención y ello puede acarrear a equívocos innecesarios, puesto que hay que hacer notar que quien debe integrar la norma es un juez penal, quien no necesariamente tiene amplios conocimientos laborales debido a que ésta no es su materia. Siendo así, sería correcto entender que se incumple el inciso primero, cuando igualmente se realice la acción típica, antijurídica y reprochable para el

¹. En este sentido véase a PEREIRA MORALES, (Felipe Leonidas), Op Cit, pág. 399.

caso de “limitar o entorpecer” el derecho a la negociación colectiva de trabajo. Precisamente, sobre este punto vamos a referirnos seguidamente, en el apartado correspondiente.

2.1 Las Convenciones Colectivas como componente de la Libertad Sindical

En el seno de la OIT, se han producido valiosos aportes en referencia a la ineludible consideración de las convenciones colectivas como componentes de la libertad sindical como un todo. Comenzamos diciendo que, para un grupo de expertos de esta organización, la negociación colectiva es un aspecto fundamental de los principios de libertad sindical¹, pues por su carácter voluntario, genera que las partes entren a un nivel de negociación, en el que las autoridades y la legislación deben abstenerse de entorpecer dicho acometido.

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la citada organización, ha establecido lo siguiente:

“El derecho de negociación libremente con los *empleadores* las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los *sindicatos* deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa”²

En el orden de la jurisprudencia comparada, encontramos resoluciones encaminadas a entrelazar los tópicos esbozados (sea libertad sindical y negociación colectiva), como componentes de un mismo pilar. Así tenemos la Sentencia 37/1983

¹ . OIT, Organización Internacional del Trabajo, “Las Normas Internacionales de Trabajo: Un Enfoque Global”, Ginebra, 75 aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, pág. 54.

² . OIT, Organización Internacional de Trabajo, “La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical”, Ginebra, cuarta edición revisada, 1989, pág. 171.

del 11 de mayo de 1983, dictada por el Tribunal Constitucional español, en ocasión de una resolución por un recurso de amparo promovido por la Asociación de mandos Intermedios del Banco de Vizcaya S.A. contra una sentencia que denegó la legitimación de esta asociación, para interponer conflicto colectivo.

Para los efectos conducentes, este tribunal consignó la ineludible relación entre libertad sindical y el derecho a las negociaciones colectivas, de la siguiente manera:

“La libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los Tratados internacionales ratificados por España y, muy especialmente, los Convenios núms. 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y las resoluciones interpretativas de los mismos dictados por su Comités de Libertad Sindical (...), incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la vocación de conflictos colectivos, pues sería paradójico que quien puede defender los intereses de los trabajadores mediante la negociación o la huelga no pudieran hacerlo mediante la utilización de los procedimientos legalmente previstos para el planteamiento y solución pacífica de los conflictos colectivos”

Nótese como este proveído es claro y tajante en destacar como el derecho a la negociación de las condiciones de trabajo, es una herramienta operativa del derecho de sindicación, como un todo. Prosigue la misma sentencia que nos ocupa, manifestando que “...el Sindicato está reconocido en la Constitución y de ella recibe sus funciones, formando parte de la libertad sindical, como dijo la Sentencia de 29 de noviembre de 1982, el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer y entre las que se encuentra la posibilidad de ejercer en nombre de los trabajadores el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo...”.

La jurisprudencia constitucional española es conteste en indicar que parte del contenido esencial de los sindicatos, lo constituye la posibilidad de suscribir convenciones colectivas (así lo expresa igualmente el Fundamento Jurídico 4 de la

Sentencia 73/1984 del Tribunal citado), y le otorga a los sindicatos, una connotación participativa de primer orden en el marco de un “Estado democrático”¹.

2.2 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre Libertad Sindical ratificados por Costa Rica.

La OIT ha emitido una serie de convenios relacionados con el tema que nos ocupa, y de los cuales nuestro país ha suscrito y ratificado una gran parte de ellos². Principalmente vamos a referirnos a los Convenios 87, 98 y 135, los cuales tienen provisiones sumamente interesantes para los líderes de las organizaciones laborales.

Se ha destacado entre todos con muy especial énfasis, el Convenio No 87 y sobre este instrumento se ha dicho por parte de un autor, lo siguiente:

“El Convenio número 87 aprobado por unanimidad recogió desde entonces la admisión y la reglamentación del derecho de libertad sindical, cuyo extraordinario y extenso contenido no sólo fortaleció el derecho de asociación en general tanto para trabajadores como empleadores sino que le otorgó categoría correlativa al derecho de libertad de expresión. Los trabajadores -expresa el documento- sin distinción alguna y sin ninguna autorización previa tienen la facultad de constituir las organizaciones que estimen convenientes, al igual que la de afiliarse a ellas con la única obligación de observar los estatutos de las mismas. Todo trabajador -se agrega- tiene en lo individual el

¹. El artículo 60 de nuestra Constitución Política dispone que “Tanto los patronos como los trabajadores podrán sindicalizarse libremente, con el fin exclusivo de obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales”. El artículo 332 del Código de Trabajo vigente, dispone lo siguiente: “Declárese de interés público la constitución legal de las organizaciones sociales, sean sindicatos, como uno de los medios más eficaces de contribuir al sostenimiento y desarrollo de la cultura popular y de la democracia costarricense”.

². Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relacionados con el tema de análisis son: El Convenio 11 de la OIT, que es el “Convenio sobre el derecho de asociación (agricultura)”, emitido en 1921. El instrumento internacional denominado 87 que es el “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, que data de 1948, aprobado por ley N° 2561 de 11 de mayo de 1960; Otro, es el número 98 de la OIT que es el “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva” de 1949, incorporado por Ley N° 2561 de 11 de mayo de 1960; el Convenio número 135 que es “Convenio sobre los representantes de los trabajadores” del año 1971 que fue aprobado por ley N° 5968 de 9 de noviembre de 1976; El Convenio 141 de la OIT que se denomina “Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales” que es del año 1975.

derecho de afiliarse a un sindicato cuando así convenga a sus intereses o a dejar de formar parte de él en el momento en que lo decida a su conveniencia”.¹

El artículo 2 del Convenio No 87, reza que “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Por su parte, el convenio igualmente estipula el derecho que ostentan tanto las representaciones de trabajadores como de empleadores, de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción².

Igualmente, las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal, a la vez que las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa³. Otra prerrogativa inserta dentro de este instrumento, es el hecho de que según lo dispone el artículo octavo: “1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad. 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio”.

En referencia a este convenio, conviene destacar que el término *organización* significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores⁴.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha dicho sobre el citado tratado de la OIT, que atendiendo a la letra y al espíritu de sus disposiciones –transcribe los

¹ . BARAJAS MONTES DE OCA, (Santiago), Op Cit, pág 420.

² . Convenio No 87, art. 3.

³ . Ibíd., párrafo segundo y art. 4.

⁴ . Ibíd., art. 10.

numerales reseñados anteriormente-, resulta evidente que lo que se pretende “es definir los derechos básicos que integran y constituyen el contenido de la libertad sindical, si bien el ejercicio de esos derechos debe encuadrarse en el orden de la legalidad. Las normas de carácter internacional transcritas garantizan además a los afiliados a las organizaciones de carácter sindical, un área de libertad frente a los poderes públicos de los Estados miembros, pues así como les llama a los trabajadores y empleadores a promover y ejercer el derecho de sindicación, obliga a los Estados miembros del Convenio a no obstaculizar la actividad sindical y a no interferir indebidamente en las actividades de esa naturaleza. Ello permite concluir que la normativa citada repudia la intromisión estatal aun de orden legal que pueda menoscabar, esto es, menguar irrazonable, desproporcionada o innecesariamente la actividad sindical”¹

Con respecto al Convenio No 98, tenemos que éste se refiere al derecho de sindicación y negociación colectiva, diciéndonos al respecto que “1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”².

Asimismo, se establece el derecho a una adecuada protección que deben tener tanto las organizaciones de trabajadores como empleadores, contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. El mismo tratado dispone que “Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de

¹ . SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1998-01317, San José, a las diez horas con doce minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

² . Convenio No 98, art. 1.

organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”¹.

En lo que interesa, el instrumento consigna el deber de crear organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes. Asimismo, se consigna la adopción de medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo².

Por su parte, el artículo 135 de la misma organización, se refiere a los representantes de los trabajadores; consignando que tales delegados deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

El artículo 2 del citado convenio, dispone que “1. Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para

¹ . Convenio No 98, art. 2. La misma Sala Constitucional adujo la posibilidad de aplicarse para un caso de despido de dirigentes sindicales, el Convenio de la OIT N° 98, denominado Convenio Relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva”, aprobado mediante Ley N. 2.561 del 11 de mayo de 1960, que en su artículo 1 indica: “1.-Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2.-Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar ***de ser miembro de un sindicato***; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma o causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 5000-93, San José, a las diez horas con nueve minutos del día ocho de octubre de mil novecientos noventa y tres.

² . Convenio No 98, artículos 3 y 4.

permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones. 2. A este respecto deberán tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada. 3. La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada. Ahora bien, para los efectos del Convenio, la expresión *representantes de los trabajadores* comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate:

- a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o
- b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos¹.

Le deja la potestad a la legislación nacional, los contratos colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales, de determinar qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en el presente Convenio². El último asunto que deseamos abordar de este tratado, es el concerniente a que sucede si en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos; y en ese sentido se dispone que habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes.

Conviene ilustrar, que en el seno de la OIT, para salvaguardar las provisiones insertas dentro de estos tratados y todos los demás que componen el espectro legal de la organización, se ha establecido el “Comité de Libertad Sindical (CLS)”, en 1951, como

¹ . Convenio No 135, art. 3.

² . *Ibíd*, art. 4.

una instancia especializada del Consejo de Administración de la OIT. Al igual que este último, se trata de un órgano tripartito; compuesto por nueve miembros, presidido por una personalidad independiente. El Comité examina las quejas que alegan una violación de los principios de libertad sindical, que emanan de organizaciones profesionales, en su mayoría, de organizaciones de trabajadores; en menos oportunidades, de empleadores.

La queja está dirigida contra el gobierno de un Estado Miembro de la OIT; su admisión no está subordinada a la ratificación por el Estado de los convenios de la OIT sobre la libertad sindical. El procedimiento ante el Comité es contradictorio, confidencial y generalmente, escrito. Al concluir el procedimiento, el Comité presenta sus conclusiones donde se expone el caso a la luz de las normas jurídicas aplicables, y formula las recomendaciones sobre las medidas que se deberían adoptar para solucionar el conflicto.

Los informes del Comité se presentan, para su adopción, al Consejo de Administración¹. En el plano del quehacer costarricense, según desprendemos de un estudio realizado, se presentan 15 denuncias en los años comprendidos entre 1988 y 2001², las cuales tienen diferentes resultados o alcances. Estas denuncias son asumidas como casos y son presentadas a través de Confederaciones Internacionales que son contrapartes de las instancias sindicales locales, o hasta por los mismos sindicatos nacionales en forma independiente³.

¹ . [Http://: www.oit.org/public/spanish/goirec/index.htm](http://www.oit.org/public/spanish/goirec/index.htm)

² . REGIDOR UMAÑA, (Jorge Emilio) “**El Caso de Costa Rica**” págs 78-88, en SEPÚLVEDA MALBRÁN, (Juan Manuel), editor “Las Organizaciones Sindicales Centroamericanas como Actores del Sistema de Relaciones Laborales”, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV), Equipo Técnico Multidisciplinario para Centroamérica, Cuba, Haití, México, Panamá y República Dominicana, San José, Costa Rica, 2004.

³ . Para ejemplificar lo anteriormente descrito, tenemos las siguientes ilustraciones: *Caso No 1483*, presentado por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), a solicitud de las centrales sindicales nacionales: CATD, CCTD y CNT en 1988 -ver igualmente los *Casos 1678,1695 y 1781* presentados por la misma CIOSL en los años 1992,1993 y 1994-. Cfr: Otra instancia internacional que también ha presentado casos ante el Comité, es la Central Latinoamericana de Trabajadores (CLAT), en el *Caso No 1875*, presentado en el año de 1996.

El primer caso que tenemos registrado, como presentado de manera autónoma por una organización sindical costarricense, es el *Caso No 1770* presentado por el Sindicato de la Universidad de Costa Rica (SINDEU) en el año de 1993.

3. Derecho de Sindicación y Huelga.

Para GURADZE, el último derecho preceptuado dentro de los derechos económicos, se encuentra en los derechos de huelga y sindicación. En sus letras a), b) y c) del artículo 8 del PIDESC, se desarrolla el concepto de libertad sindical, al establecer que toda persona tendrá, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse, al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales¹.

Siguiendo a MAYORGA LORCA, para el autor la huelga es definida como *“instrumento o mecanismo de presión, dirigido a la obtención de ciertos objetivos, es en sí un hecho social. El Pacto, significativamente, la reconoce como un derecho otorgándole categoría jurídica. Ello presupone que los Estados que suscriben y ratifican el Pacto se comprometen a garantizar dentro de sus territorios la huelga en dicha calidad, como un derecho del trabajador, y no como un simple hecho”*².

3.1 Derecho a Sindicalización

Podemos decir que desde un punto de vista sociológico general, el sindicato puede ser definido como un tipo de asociación organizada para la defensa de los intereses de grupos de trabajadores, Su propósito fundamental es el logro de beneficios reales para sus miembros : salarios más altos, mejores condiciones de trabajo, y en general, de vida para los trabajadores³.

Tiene su asidero existencial, según PERRY ANDERSON, como reflejo de la sociedad capitalista, *“...porque sintetizan la diferencia entre capital y trabajo que define esta sociedad”*⁴. Para GARCIA OVIEDO, el sindicato puede ser definido de la siguiente manera : *“Una asociación en tránsito hacia el derecho público y en vías de su definitiva institucionalización, que además de encauzar los intereses profesionales*

¹ . GURADZE citado por MAYORGA LORCA, (Roberto), Op Cit, pág 46.

² . Ibíd, pág 48.

³ . ROJAS B., (Manuel), **“Consejo Nacional de Salarios :Desafío al Movimiento Sindical”**, en Centro de Estudios para la Acción Social (CEPAS), Op Cit, pág 21.

⁴ . Ibíd., pág 22.

*que representa, constituye elemento esencial de la estructura socio-económica de la comunidad”*¹.

En este sentido, CHAZAL PALOMO, ha definido esta instancia social como *“la asociación de trabajadores, de carácter gremial, profesional, constituida con fines de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, basada en reidinvicaciones laborales con fines destinados a la consecución de mejoras en las condiciones de trabajo”*².

El fundamento que colige el deseo o interés por conformar un sindicato, tiene en la libertad de asociación, a la piedra angular. Esta libertad asociativa, ha sido invocada como un derecho/garantía de naturaleza civil y política en forma predominante. A verbigracia el artículo 22 del PIDCP, dispone en su artículo 22, párrafo primero, lo siguiente :

“Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”

Queremos reparar en torno a destacar como a la potestad amplia de asociación, se le especifica que la asociación sindical, puede verse como una modalidad necesaria, para proteger los intereses sindicales. Es decir, la asociación sindical no es excluida ni relegada a otro orden diferente, pero claro está ; su *animus* o intencionalidad surge del deseo gregario que tengan sus miembros para agremiarse.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 16 es más amplia al respecto, y establece que la “libertad de asociación”, se basará en que :

¹. GARCIA OVIEDO, (Carlos), *“Tratado Elemental de Derecho Social”*, Madrid, Editorial Elsa, 1954, pág 342.

². CHAZAL PALOMO, (José Antonio), *Op Cit*, pág 195.

“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales (SUBRAYADO NUESTRO), sociales, culturales o de cualquiera otra índole”

La anterior potestad o el ejercicio de tal derecho, se puede restringir solamente por las restricciones “previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”¹.

3.1.1 El Derecho de Sindicación como expresión del Derecho de Asociación

Comenzaremos este punto con lo expuesto por PEREIRA MORALES, para quien el derecho de asociarse “significa para el hombre el reconocimiento de su libertad para realizarse en conjunción con otros hombres; para proyectarse y trascender en objetivaciones como es su destino espiritual. Podemos decir sin temor a equivocarnos que se trata verdaderamente de un “derecho humano”, o si se prefiere de un “derecho natural” o “necesario”² Desde la Conferencia de la OIT en la ciudad de San Francisco en el año de 1948, los representantes gubernamentales y patronales se plantearon la inquietud en torno hasta qué grado puede considerarse la libertad sindical como un derecho humano, y al respecto nos ilustra BARAJAS MONTES DE OCA, lo siguiente:

“El derecho a la sindicación dijeron entonces las representaciones obreras no es un derecho de grupo o de clase social sino un derecho individual y como tal debe aceptársele. Amplio fue el debate pero al final se impuso la cordura de que se trataba de un derecho autónomo

¹ . Convención Americana de Derechos Humanos, art 16.2

² . PEREIRA MORALES, Op Cit, pág. 397. Continúa el autor estableciendo una íntima relación entre el derecho a la asociación y una manifestación concreta de éste, el derecho de sindicación: “*Una de las manifestaciones de este derecho general de asociación es el derecho de hombre de asociarse para la defensa de los intereses profesionales (derecho de sindicación). En realidad, no existe, estimativamente, un derecho general de asociación. Este, es, pues, una pura abstracción. Sólo cuentan, concretamente y en cada caso, los derechos de asociación para la realización de determinados fines*” *Ibíd.*

del trabajador que adquiriría la categoría de un derecho humano ya admitido por la organización de las Naciones Unidas”¹

3.1.2 El Derecho a la Sindicalización en Costa Rica

Entre los alcances se puede citar el Voto No 233-95 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que si bien se suscita como respuesta a una acusación de un dirigente sindical por habersele suprimido el lugar de parqueo, tiene importantes connotaciones. Es así como podemos citar, el Considerando III que reza lo siguiente:

“ El derecho de sindicación, consagrado en la Constitución Política y ampliamente protegido por diversos convenios internacionales así como por la legislación laboral, permite tanto a los trabajadores como a los patronos organizarse en sindicatos para obtener y conservar beneficios económicos, sociales y profesionales. Mediante las diversas disposiciones normativas existentes en torno a este tema, se trata de evitar la utilización de diversos mecanismos por parte de los patronos para disfrazar medidas discriminatorias en contra de los miembros de un sindicato, en especial de los dirigentes sindicales. Sin embargo, esta protección no puede ser malinterpretada en el sentido de pretender que el dirigente sindical goza de un ámbito de impunidad que impide que se le sancione aún en aquellos casos en que incumpla con sus obligaciones de carácter laboral. Como ya esta Sala ha señalado en ocasiones anteriores, el fuero sindical protege al trabajador que forma parte de un sindicato para no ser despedido por esa simple razón o por llevar a cabo actividades en pro de los trabajadores, miembros o no miembros del sindicato, sin que esto implique que no puede ser objeto de sanción alguna aún cuando incumpla sus obligaciones laborales. En este sentido, la Sala, en la resolución No.6629-93 de las 16:09 horas del 15 de diciembre de 1993, dispuso lo siguiente:

"(...) Si bien el accionante contaba con Licencia Sindical, y los representantes de los Sindicatos se encuentran protegidos por la ley (...) esa circunstancia no le da derecho al recurrente de ausentarse cuantas veces quiera, ni lo exime de responsabilidad alguna respecto de sus obligaciones como empleado, toda vez que lo que protege el fuero sindical es que un trabajador no sea despedido por ser representante de un Sindicato o por desarrollar actividad en pro de las condiciones de los trabajadores (...)."

Sin embargo, no fue sino hasta que se promulgaron los alcances del Voto No 5000-93, que se vino a establecer una estabilidad laboral para los dirigentes sindicales y los trabajadores sindicalizados, estableciendo que la protección a los dirigentes sindicales opera desde los actos de organización del sindicato. La resolución se da en

¹ . BARAJA MONTES DE OCA, (Santiago), Op Cit, pág. 420.

el marco de un despido de dirigentes sindicales, por parte de una compañía bananera, y para los efectos conducentes, tenemos las siguientes apreciaciones vertidas por el tribunal constitucional:

“Entre los derechos fundamentales de la persona humana debe contarse el derecho de los obreros a fundar libremente asociaciones que representen auténticamente al trabajador y puedan colaborar en la recta ordenación de la vida económica, así como también el derecho de participar libremente en las actividades de las asociaciones sin riesgo de represalias. Por medio de esta ordenada participación, que está unida al progreso en la formación económica y social, crecerá más y más entre todo el sentido de la responsabilidad propia, el cual les llevará a sentirse colaboradores, según sus medios y aptitudes propias, en la tarea total del desarrollo económico y social y del logro del bien común universal”.

La resolución de marras, le da una interpretación bastante esperanzadora al artículo 70 del Código de Trabajo¹, a la vez que manifiesta que con el despido practicado, lo que se pretende es evitar que los trabajadores se sindicalicen: “En atención a este extremo del recurso es necesario analizar la llamada libertad sindical, que tiene su cimiento en la libertad de asociación como quedó claramente establecido al inicio de esta resolución. La teoría de la libertad sindical (llamada también teoría triangular de la libertad sindical), lo conforman tres aspectos esenciales:

1.-El libre ingreso y retiro del sindicato; 2.-La pluralidad de agrupaciones sindicales; y 3.-La autonomía necesaria de las asociaciones sindicales para actuar libremente frente al Estado, frente a otras organizaciones o frente al empleador, todo con el fin de que las agrupaciones colectivas puedan desarrollarse y cumplir con sus objetivos sin injerencias negativas extrañas a sus fines específicos”.

¹. “ARTICULO 70- Queda absolutamente prohibido a los patronos: c) obligar a los trabajadores, cualquiera que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan, o influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas;”. La Sala Constitucional, aduce sobre este articulado lo siguiente: “En virtud de este artículo, la utilización de cualquier medio tendiente a menoscabar la labor de la representación laboral, y en especial el despido, debe considerarse contraria a derecho, pues el retiro de un representante de los trabajadores implica indefensión de los representados y la obstaculización de toda negociación colectiva que éstos pudieran realizar, máxime en aquellos casos en que los patronos procedan al retiro porque consideren que un representante determinado es peligroso para sus intereses particulares. La Sala reconoce el derecho de los patronos de reorganizar su empresa y de reducir gastos, tendientes a estabilizar su economía, pues no aceptarlo sería violentar el derecho constitucional a la libertad de comercio, pero en un Estado Social de derecho como el vigente en Costa Rica, no pueden vulnerarse impunemente las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos”.

Para la doctrina nacional, el gran aporte del citado Voto No 5000-93, “...fue considerar que contrariamente a lo establecido en la jurisprudencia laboral anterior, si existía en Costa Rica u ordenamiento jurídico capaz de sustentar un fuero de protección sindical, el que a su vez garantizara la estabilidad del trabajador sindicalizado, del dirigente sindical o del representante de los trabajadores en general”¹. Ahora bien, el dilema que presentan los sindicatos en la actualidad en cuanto a su adhesión de trabajadores, tiene su punto de competencia con las asociaciones solidaristas, instancias de naturaleza paritaria (empleadores/empleados), que en nuestro país han tomado un verdadero auge. A la fecha, si hacemos un balance comparativo entre cantidad de sindicatos y asociaciones solidaristas, tenemos los siguientes resultados:

**Cuadro Comparativo No 1:
Cantidad de Sindicatos y Asociaciones Solidaristas (1996-2003)**

AÑOS								
	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Sindicatos	319	283	279	212	205	253	219	260
Asoc.Solid.	1481	1389	1398	1043	1058	1067	1074	1157

Fuente: Proyecto Estado de la Nación 2003, “IX Informe del Estado de la Nación” 2003

**Cuadro Comparativo No 2:
Cantidad de Sindicatos y Asociaciones Solidaristas (1996-2003)**

	Gobierno Central	Instituc. Autónomas	Instituc. Semi-Autónomas	No Definido	Sector Privado
Sindicatos	73	114	14	41	564
Asoc.Solid.	17	32	11	221	2034

Fuente: ASEPROLA, con base en estudio realizado en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Elaborado por: Fuster, Diana, 2003/2004.

¹ . BOLAÑOS CÉSPEDES, (Fernando) “Alcances de la Libertad Sindical en Costa Rica”, San José, Costa Rica, Editorial Guayacán, primera edición, 2002, págs 122-123.

Si nos atenemos a un sector específico, como puede ser el caso de las fincas bananeras, tenemos que de las 129 denuncias que se presentaron por persecución sindical durante el período que va de 1993 al año 2000; un 52% provienen de las plantaciones de este tipo de cultivo. Para diciembre del 2001, en la zona atlántica el 60% de la forma de organización que tenía los(as) trabajadores(as) eran las asociaciones solidaristas (se registraban 199) mientras que solo había un 5% de sindicatos (17 sindicatos), siendo interesante destacar que un 45% de las fincas no mostraban ningún tipo de organización laboral¹.

Por último, remitiéndonos al interesante estudio de ASEPROLA², nos encontramos con el siguiente cuadrinomio sobre las normas laborales relacionadas con el derecho de sindicalización y los obstáculos que presenta este derecho en la práctica:

<u>NORMAS DEL CÓDIGO DE TRABAJO</u>			
RELACIONADAS CON EL DERECHO A LA ASOCIACIÓN SINDICAL.			
Art.	Tema.	Obstáculo que se prevé para su aplicación.	Alcances de la norma.
332	La Constitución de Sindicatos se declara de interés público. Los sindicatos se definen como uno de los medios más eficaces de contribuir al sostenimiento y desarrollo de la cultura popular y de la democracia costarricense.	Las autoridades no fomentan esta imagen de los sindicatos.	<i>Se trata de darle al sindicato una función activa como elemento central de la negociación y con ello lograr relaciones laborales coherentes a través de la negociación colectiva.</i>
333	Queda absolutamente prohibido a toda organización social realizar cualquier actividad que no se concrete al fomento de sus intereses económico-sociales.	El sistema no les posibilita a los sindicatos una mejor injerencia en la institución financiera de los trabajadores del país: El Banco Popular.	Se conciben las reivindicaciones económicas como factor fundamental de la actividad sindical.
337	Corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social llevar a cabo, por medio de la Oficina de Sindicatos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la más estricta vigilancia sobre las organizaciones sociales, con el exclusivo propósito de que éstas funcionen ajustadas a las prescripciones de ley.	La Dirección Nacional de la Inspección del Trabajo no fomenta la organización sindical y no desarrolla mecanismos contundentes para evitar la represión sindical.	<i>El nombre de la institución fue cambiado por el artículo 1, de la Ley No.3372 del 6 de agosto de 1964.</i>

¹ . ASEPROLA, “Un vistazo por 6 derechos básicos (...)”, Op Cit, pág 24.

² . Por su importancia vamos a traer a colación todo el resumen, CHACÓN, (Rubén) Op Cit, pp 95-98

338	Las únicas penas que se impondrán a las organizaciones sociales son la de multa, y la de disolución, en los casos expresamente señalados en el artículo 359 CT. Los directores de las organizaciones sociales serán responsables de todas las infracciones o abusos que cometan en el desempeño de sus cargos.		
339	Definición de Sindicato: Toda asociación permanente de trabajadores o de patronos o de personas de profesión u oficio independiente, constituida exclusivamente para el estudio, mejoramiento y protección de sus respectivos intereses económicos y sociales, comunes.		
343	Se reconoce a los patronos y a los trabajadores el derecho de formar sindicatos sin autorización previa (pero deberán iniciar los trámites de constitución dentro de los treinta días siguientes a la misma). No es posible constituir sindicatos con menos de doce miembros si se trata de un sindicato, ni con menos de cinco patronos de la misma actividad, cuando se trate de sindicatos patronales.	No es posible constituir sindicatos en microempresas en razón del número de trabajadores reducidos que estas tienen.	<i>La finalidad es lograr que también pequeñas empresas pueda constituir sindicatos,</i>
344.	Se establece el procedimiento para constituir legalmente un sindicato.	No se contempla un procedimiento donde se visualice un papel promotor de parte del Ministerio.	
350	A instancia del respectivo Ministerio los Tribunales de Trabajo ordenarán la disolución de los sindicatos, por causales como: -Intervención en asuntos político-electorales, - Actividades contrarias al régimen democrático, - Realizar actividades que no se concrete al fomento de sus intereses económico-sociales (Art. 333 CT). - Ejercer el comercio con ánimo de lucro. -Usar violencia manifiesta sobre los trabajadores. - Fomentar actos delictivos. - Suministrar datos falsos a las autoridades.		
355	Procedimiento de liquidación del sindicato.		
360	La Junta Directiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos de trabajadores, tiene personería para representar judicial y extrajudicialmente a cada uno de sus afiliados en la defensa de sus intereses individuales de carácter económico-social, siempre que ellos expresamente lo soliciten.	La necesidad que se impone de que los trabajadores deben de manera expresa otorgar esta legitimidad a los sindicatos es un serio limitante.	
361	El Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social se encargará de fomentar el desarrollo del	El Ministerio no fomenta de manera decidida el	<i>Se abre con esta disposición la</i>

	movimiento sindical en forma armónica y ordenada, por todos los medios legales que juzgue convenientes. Al efecto, dictará por medio de decretos ejecutivos todas las disposiciones que sean necesarias, en los casos ocurrientes, para garantizar la efectividad del derecho de sindicalización.	movimiento sindical. A esta fecha no existen decretos ejecutivos que regulen lo relacionado con esa promoción, o que enfrenten la persecución sindical.	<i>posibilidad de fomentar la actividad sindical, la que sin embargo como se dice en el anterior cuadro, no se lleva a cabo.</i>
362	Imposición de multa a sindicatos en caso de incumplimiento de obligaciones.		
363	Quedan prohibidas acciones u omisiones que tiendan a evitar, o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores. Un acto que limite a estas entidades es absolutamente nulo e ineficaz y se sancionará, en la forma y en las condiciones señaladas en el Código de Trabajo, sus leyes supletorias o conexas para la infracción de disposiciones prohibitivas.	Esta norma no se refleja en las acciones cotidianas del Ministerio de Trabajo siendo una evidencia de ello la inexistencia de sindicatos en las propias empresas en ciertos sectores privados (como el textil y el comercial) (entrevista Lic. Luis Serrano).	<i>Se reconoce que la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo tiene potencialidades para cumplir una labor de promoción del sindicalismo, pero sus recursos se lo impiden.</i>
364	Posibilidad de un sindicato de acudir a oficina administrativa a presentar denuncias (Ministerio de Trabajo).		
366	Posibilidad de que el Despacho administrativo (Ministerio de Trabajo) una vez comprobada las faltas, interponga la denuncia en los Tribunales de Justicia.	Se ha evidenciado (DEFENSORÍA. 2000-2001/2001-2002) la deficiencia de los tribunales de justicia laboral. Con lo que la gestión administrativa se vuelve sin sentido muchas veces.	
367	Lista de personas que gozarán de estabilidad laboral, para garantizar la defensa del interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales: a) Los trabajadores miembros de un sindicato en formación, hasta un número de veinte que se sumen al proceso de constitución (protección de dos meses). b) Un dirigente por los primeros veinte trabajadores sindicalizados en la respectiva empresa y uno por cada a veinticinco trabajadores sindicalizados adicionales, hasta un máximo de cuatro. (Protección mientras ejerzan sus cargos y hasta seis meses después de su vencimiento). c) Los afiliados que presenten su candidatura para ser miembros de su	Se evidencian constantes prácticas del sector empleador que atentan contra este fuero sindical (Entrevista Lic. Luis Serrano, Gilberth Bermúdez, J.G. Araya).	<i>Esta disposición se instrumentaliza con el voto 5000-93 con el fin de delimitar los términos en que se debe concebir este fuero sindical.</i>

	<p>junta directiva (protección de tres meses).</p> <p>ch) Caso de no existencia de sindicato, los representantes libremente elegidos por sus trabajadores, gozarán de la misma protección acordada, en la proporción y por igual plazo a lo establecido en el inciso b) de este artículo.</p>		
368	<p>En caso de despido injustificado de trabajador amparado a las protecciones referidas el juez laboral lo declarará nulo e ineficaz y ordenará la reinstalación del trabajador y el pago de los salarios caídos, además de las sanciones que corresponda imponer al empleador. Se prevé que en caso de que el trabajador no acepte la reinstalación se le deberá indemnizar.</p>	<p>La jurisprudencia constitucional ha posibilitado el despido en casos de reorganización de servicios (Voto N°571-96). El sistema costarricense se rige por la "libertad de despido"</p>	<p><i>Se trata de la incorporación de un régimen de "estabilidad laboral relativa" para ciertos trabajadores.</i></p>
369	<p>Causas justas para el despido de trabajadores amparados a la protección.</p>	<p>Como se refirió en el comentario del artículo anterior la Sala ha posibilitado otros casos.</p>	
370	<p>Cuando en una empresa exista un sindicato al que estén afiliados, al menos la mitad más uno de sus trabajadores, al empleador le estará prohibida la negociación colectiva, cualquiera que sea su denominación, cuando esa negociación no sea con el sindicato</p>		

3.2 Derecho a La Huelga

La huelga y los variados tipos que de ella suelen darse en la práctica sindical y obrera, son temas del derecho colectivo del trabajo que por su importancia, revisten de gran interés conocerlos. Este derecho de los trabajadores a la huelga, ha sido definido como un acto lícito de perfección de un conflicto colectivo de trabajo, acordado por una de las partes de la relación colectiva (los empleados/trabajadores) y que implica la suspensión temporal de determinadas relaciones laborales¹.

Para MARIO BLANCO VADO, el problema de la titularidad del derecho a la huelga, es visto de la siguiente manera: *"Si al encontrarnos ante un conflicto, admitimos que se trata de la defensa del interés colectivo, titular de la huelga serán los miembros de la categoría profesional involucrada, dada la coincidencia de intereses,*

¹ . BAYÓN CHACON, (Gaspar), *"Actos de perfección de los conflictos de trabajo"*, Mimeografiado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985, p 193.

(...) *En consecuencia, la determinación de la abstención de prestar el servicio, puede ser acordada tanto por las agrupaciones formales establecidas, como el sindicato, como por las agrupaciones creadas únicamente para el caso, sea por la denominada coalición temporal de trabajadores, pues ambos podrían representar válidamente el interés colectivo. Tal consideración nos lleva a concluir, que no puede excluirse ni a la coalición temporal, ni al sindicato como trabajadores, como entidades del derecho de huelga*”¹.

Desde la perspectiva de CARLOS CARRO ZÚÑIGA, la huelga por definición, es de naturaleza laboral; *“Es la que aflora en una disputa de intereses entre la empresa y sus trabajadores. Es la provocada por quienes prestan sus servicios a la empresa en virtud de contratos de trabajo*”². El mismo autor nos enfatiza que la huelga puede ser legal o ilegal³; política o general revolucionaria⁴, entre otras modalidades que puede adoptar un instrumento de presión laboral ejercido por los trabajadores organizados.

¹ . BLANCO VADO, (Mario), **“El Sindicato como Titular del Derecho de Huelga”** en *Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados*, No 69 mayo-agosto 1991, pág 75. Continúa el autor esgrimiendo que *“Pese a todos los intentos formulados en doctrina para tratar ascépticamente este tema, es lo cierto que no puede ocultarse que la huelga es -sin lugar a dudas- una manifestación específica de la lucha de clases, que por demás, subyace en todo conflicto colectivo de trabajo (...)*

Que el interés de clase, sólo sea válido como motivación de la huelga parcialmente y en consecuencia no en todos los casos, no afecta en nada su presencia aquí señalada, pues ello responde a las limitaciones que cada ordenamiento jurídico le establezca al derecho de huelga. En tal sentido, cabe señalar que en la mayoría de los casos sólo se reputan y protegen como pretensiones válidas para generar el conflicto, y la huelga legal misma, aquellas referidas a cuestiones de carácter económico social e íntimamente relacionadas con la prestación del trabajo”, pág 76.

² . CARRO ZÚÑIGA, (Carlos) y CARRO HERNANDEZ, (Adriana), **“Derecho Laboral Costarricense: Cincuenta ensayos sobre temas usuales”**, Op Cit, pág 173.

³ .Ibíd. La huelga legal *“Puede ser definida como la suspensión colectiva y pacífica del trabajo concertada por una coalición mayoritaria de trabajadores provista de un interés profesional y autorizada por la autoridad judicial competente”,* pág 171; por su parte la huelga ilegal es la que contraviene el ordenamiento jurídico, y en Costa Rica es ilegal *“...cuando los trabajadores la decretan de hecho, es decir sin someterse al procedimiento de conciliación (ante los Tribunales de Justicia), que establecen los artículos 500 y siguientes del Código de Trabajo. También es ilegal cuando a pesar de haberse observado el procedimiento conciliatorio, el plebiscito arroja un resultado adverso a la huelga, vale decir, porque la huelga no resulta apoyada al menos por el 60% de la totalidad de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa afectada por el conflicto. Y finalmente., como en los servicios públicos está prohibida la huelga, también es ilegal cuando se decreta en ellos”,* pág 173. Ahora bien, al establecerse incluso constitucionalmente en Costa Rica, que habría servicios públicos en los cuales no sería posible a los trabajadores ejercer el derecho de huelga, se estaba afirmando que en tales casos los trabajadores deberían acudir al arbitraje laboral, específicamente al arbitraje que señalara el Código de Trabajo, ver en este sentido al mismo autor BLANCO VADO, (Mario), **“Comentario a la sentencia No 1696-92 sobre laudos de la Sala Constitucional”**, en *Revista Iustitia*, 1992, pp 12-18.

⁴ . La huelga genéricamente denominada “política” es aquella en la que los huelguistas son guiados por móviles puramente políticos; rebasa los objetivos sindicales y laborales. Mientras que *“la huelga general revolucionaria es una modalidad de huelga política, pero de más graves alcances, toda vez que es concertada como un medio de ataque al orden constitucional del Estado. Por ello se la sitúa fuera del Derecho y contraria al Derecho”,* pp 174-175.

ZAMORA CASTILLO nos definen la huelga así: “...*abstención colectiva y concertada del trabajo por los trabajadores, sea por un grupo de ellos, por una asociación general, por la mayoría de quienes trabajan en una o varias empresas o grupos de empresas, con abandono de los lugares de trabajo, con el objeto de ejercer presión sobre el patrono, a fin de preservar, modificar o crear nuevas condiciones laborales*”.¹

El PIDESC establece este derecho de huelga, al enunciar que el mismo será “...ejercido de conformidad con las leyes de cada país”².

3.2.1 El Derecho de Huelga en la Legislación Costarricense.

El Código de Trabajo en el título sexto nos habla “De los conflictos colectivos de carácter económico social” y en este nos habla de las huelgas legales o ilegales (capítulo primero); de los paros legales e ilegales (capítulo segundo) y de disposiciones comunes. La definición de huelga legal se encuentra contenida en el artículo 364 del Código de Trabajo (“*huelga legal es el abandono temporal del trabajo en una empresa, establecimiento o negocio, acordado y ejecutado pacíficamente por un grupo de tres o más trabajadores con el exclusivo propósito de mejorar o defender sus intereses económicos y sociales comunes*”). Este concepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 366, parte primera que indica los requisitos: a) ajustarse estrictamente a lo establecido en el 364, b) agotar los procedimientos de conciliación previstos en el título

¹ . ZAMORA CASTILLO, (Luis Alcalá), et. al. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Editorial Depalma, cuarta edición, Vol II, 1981, pág 151. Para DEVEALI, “*La huelga en el campo laboral, consiste en el abandono, temporario y concertado, del trabajo, por parte de la generalidad de los trabajadores de un establecimiento o de un determinado sector de trabajadores de todo el país, con el propósito de ejercitar una coacción sobre el empleador o un sector de empleadores, o de manifestar un sentimiento colectivo*”, DEVEALI, (Mario), “El derecho del trabajo”, Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo II, 1983, pp 505-506.

² . Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art 8, párrafo primero, letra d. Un interesante trabajo es el realizado por HUBERT MAY CANTILLANO, para optar por el título de licenciado en Derecho; denominado “**El Derecho de Huelga como Derecho Humano**”(1991) y entre las cosas que afirma tenemos que para el caso concreto de Costa Rica: “*La huelga tiene un régimen restrictivo. Por un lado la Constitución Política establece dos límites perjudiciales: se trata de los conceptos indeterminados de servicios públicos y de coacción o violencia.. Por otra parte la ley establece como requisitos para poder ejercer legalmente este derecho el cumplimiento del proceso de conciliación judicial, el apoyo del 60% de los trabajadores y que el movimiento tenga un carácter económico-social*”, pág 315.

sétimo, capítulo tercero del Código y c) constituir por lo menos el sesenta por ciento de los trabajadores que laboran.

En Costa Rica, la titularidad de este derecho de huelga se debe determinar con fundamento en los artículos 61 constitucional y 364 y 366 del Código de Trabajo. De esta normativa se infiere que dicha titularidad del derecho de huelga debe estar compuesta por una colación de tres personas que representen al sesenta por ciento de los trabajadores. Para esquematizar el procedimiento, es necesario establecer que si existe una controversia que no es de recibo por los trabajadores en sus condiciones sociales y laborales dentro de la empresa, debe acordarse la declaratoria de huelga por parte del sesenta por ciento de los trabajadores y nombrar un grupo de tres representantes, quienes suscribirán un pliego de peticiones, del cual se le entregará copia al patrono y copia al Ministerio de Trabajo, y al Juez de Trabajo. En el pliego de condiciones deben ponerse una serie de requisitos fijados por ley¹.

Ahora bien, en torno a la modalidad del derecho de huelga, tenemos que el artículo 61 de nuestra Carta Magna dispone que toda huelga debe ser de carácter pacífico (concord. art. 364 CT). Segundo, el citado artículo 364 dispone que la caracterización de la huelga es un abandono temporal del trabajo y por último, la finalidad de una huelga es mejorar las condiciones económico/sociales.

Por la forma de realización, el Magistrado Dr. Bernardo Van der Laet clasifica las huelgas en aquellas que la realizan i) ocupando el lugar de trabajo o establecimiento donde presten materialmente sus funciones como trabajadores; ii) otra forma es la no colaboración, en formas tales como no acatar instrucciones técnicas ni dar el rendimiento etc.; iii) Las formas articuladas entre las que sobresalen las interrupciones simultáneas pero de corta duración o la no realización de actividades en forma escalonada².

¹ . Ver artículos 497 al 535; 500,501 y 504 del Código de Trabajo.

² . VAN DER LAAT, (Bernardo) “La Huelga y el Paro en Costa Rica”, Editorial Juricentro S.A., San José Costa Rica, 1979.

3.2.2 Los Alcances del Voto No 1317-98 de la Sala Constitucional

Es importante destacar para todos los efectos, la resolución que dicta la Sala Constitucional en referencia a una acción de inconstitucionalidad planteada contra de los artículos 366, 368, 369, 382 párrafo 2 y 517 del Código de Trabajo, actuales 373, 375, 376, 389 párrafo 2 y 524 del Código de Trabajo. Esta sentencia se torna bastante interesante, debido a que se cuestionan diferentes aspectos del derecho de huelga, que merecen un cobijo constitucional. Al respecto, diremos inicialmente que la acción de inconstitucionalidad interpuesta plantea cinco diversos órdenes de consideraciones constitucionales, todas relacionadas con el derecho de sindicación, contenido de la acción sindical y despliegue de la actividad sindical. Sin embargo, para los efectos conducentes solamente vamos a reseñar tres de ellas, que estimamos como las principales para la materia que nos interesa:

- a. En un primer sentido los accionantes alegan violación al artículo 61 de la Constitución Política en el tanto la normativa cuestionada promulgada en el año 1943, niega al sector agrícola el derecho de huelga, lo que riñe con el concepto de huelga del Constituyente de 1949; así como además restringe de manera irrazonable y desproporcionada el derecho de huelga, al dar una cobertura muy amplia de los servicios públicos, que hace que no existan actividades económicas que en algún momento no puedan llegar a considerarse servicio público; lo que conduce a restringir al derecho de huelga más allá de la intención del Constituyente; y provoca un exceso de los límites constitucionales, específicamente al régimen social que garantiza la Constitución en relación con el ejercicio del derecho de huelga, vaciándolo de contenido.

Al respecto, los accionantes acusan que el artículo 375 (antes, 368) del Código de Trabajo establece la prohibición del derecho de huelga para toda actividad que sea servicio público, lo que excede el texto constitucional que consagra el derecho de la libre sindicación para los trabajadores y los empleadores, sin condicionamiento alguno. Sin embargo, para la Sala Constitucional, "...el artículo 61 de la Constitución Política establece que la regulación del citado derecho de acción colectiva es materia de reserva de ley, siendo que toda restricción del citado derecho debe darse por vía ley y de ningún

modo puede favorecer los actos de coacción o violencia. Es además resultado de la atribución conferida mediante el numeral 61 constitucional citado, que compete al legislador definir en qué casos de la actividad pública se restringe o excluye el ejercicio del derecho de huelga; mandato que se satisface mediante el artículo 375 (antes, 368) del Código de Trabajo, que debe ajustarse a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad para que sea congruente con el principio democrático sobre el que descansa el ordenamiento jurídico patrio, plasmado en el artículo 1° de la Constitución Política y que es valor supremo del Estado Constitucional de Derecho” (**Considerando VI**).

Asimismo, para este Tribunal Constitucional, “...si bien la huelga es un derecho de todos, ejercitable en cualquier actividad, es viable que el legislador determine en qué casos el derecho de huelga no puede ejercitarse, específicamente cuando se trate de actividades que constituyen “servicios públicos” y que por su naturaleza o por el impacto social que tienen, no sea posible suspenderlos, discontinuarlos o paralizarlos sin causar daño significativo, grave e inmediato a ciertos bienes. Además, se entiende que en aquellas actividades públicas dentro de las que sí está permitida la huelga, no pueden sobrepasarse los límites legales fijados, pues el ejercicio de la huelga debe enmarcarse dentro de la legalidad. Con base en lo expuesto, no encuentra esta Sala que el artículo cuestionado 375 (antes, 368), al disponer: “No será permitida la huelga en los servicios públicos...”, exceda por sí solo los límites que establece la Constitución o los convenios internacionales” (**Considerando VII**). Sin embargo, es conveniente realizar la siguiente digresión, a la luz de esta misma resolución, que si bien la ley debe discernir en qué casos ese ejercicio no es legítimo, tomando en cuenta la naturaleza de la prestación y los efectos que produciría la huelga en el ámbito de los derechos e intereses de los destinatarios o usuarios de dichos servicios; éste derecho debe hacerse “con aplicación de criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad”. En ese sentido, la Sala Constitucional acoge la tesis de los accionantes que manifiestan que el artículo 376 cuando en su inciso a) detalla los servicios públicos en que se excluye el ejercicio de la huelga, utiliza términos imprecisos que no facilitan distinguir a qué servicios públicos mínimos se refiere, al indicar: “Todos los que desempeñen los trabajadores del Estado o de sus instituciones...”. Para el tribunal, “Es claro para este Tribunal que este enunciado no permite reconocer qué actividades públicas quedan excluidas del ejercicio del derecho de huelga; imprecisión que riñe con lo ordenado en

el precepto 61 constitucional ya comentado, por lo que procede declararlo inconstitucional”.

- b.** En un segundo sentido, se alega la violación al artículo 74 de la Constitución Política por condicionar irrazonablemente el derecho a la huelga, al exigir la calificación de la legalidad del movimiento para su iniciación (artículos 366 inciso b) y 382) y el porcentaje del 60% de apoyo en su inicio (artículo 366 inciso c), porque tales requisitos procuran la intervención de las autoridades públicas en la actividad de los sindicatos y fijan un porcentaje de participación a la huelga difícil de alcanzar, lo que trae aparejado la renuncia al derecho de huelga por ser prácticamente imposible su ejercicio, en franca contradicción con la naturaleza del derecho social que implica la irrenunciabilidad de tal derecho.

Ahora bien, sobre el requisito de la necesidad de contar con la declaratoria de la huelga por parte de la autoridad judicial para su iniciación, -que establece el artículo 373 (366) del Código de Trabajo que reza: “Para declarar una huelga legal los trabajadores deben: a)... b)... c)...”, el Tribunal Constitucional, estima que dicha disposición constituye una condición razonable, que de modo alguno restringe el derecho de huelga y más bien opina por el contrario, que “...es un mecanismo eficaz establecido legalmente, que permite valorar si la protesta extrema de inactividad laboral es o no huelga. Consecuentemente, procede declarar sin lugar la acción en cuanto a tal extremo”. Sobre el otro asunto cuestionado, la Sala Constitucional no estima que el porcentaje del sesenta por ciento requerido para declarar la huelga legal, sea excesivo ni inconstitucional¹.

¹. “El porcentaje del sesenta por ciento (60%) resulta además de necesario, razonable, por tratarse de la voluntad de un número relativamente superior a la mitad de los trabajadores; representa una mayoría clara que opta por ese medio de presión para procurar alcanzar sus objetivos legítimos. Este límite porcentual constituye una restricción adecuada, pues es claro para la Sala, que al establecer el legislador un porcentaje importante de empleados que apoyen el movimiento de huelga, se tiende a que dicho mecanismo sea realmente una medida extrema y no se utilice como primer recurso de presión; lo que responde al ánimo de preservar la continuidad de la actividad económica en beneficio de la comunidad. La intención del legislador, al establecer como requisito para la huelga que el movimiento cuente con el apoyo de al menos el sesenta por ciento de los trabajadores, concilia el medio empleado (restricción del sesenta por ciento de apoyo para la huelga) y su finalidad (que es la continuidad del servicio en beneficio de la sociedad). Se concluye que el porcentaje establecido sirve entonces para asegurar de manera efectiva la continuidad del servicio, que es lo que se pretende y no resulta un limitación excesiva del derecho de huelga que impida su ejercicio”.

- c. En un tercer sentido los accionantes manifiestan que al restringir la normativa cuestionada ilegítimamente el derecho de huelga, se conculca además la libertad de trabajo con ocasión de las relaciones obrero patronales, consagrado en el artículo 56 de la Constitución Política. Los accionantes acusan que el párrafo segundo de este artículo 389 (antes, 382) es inconstitucional porque favorece la intromisión o injerencia ilegítima del poder público en el ejercicio de derecho de huelga.

Los accionantes manifiestan que *“Igualmente los Tribunales de Trabajo podrán prohibir el ejercicio de estos derecho por un tiempo no mayor de seis meses, siempre que al resolver un conflicto colectivo lo consideren indispensable para obtener mayor equilibrio en las relaciones de patronos y trabajadores.”* Ahora bien, específicamente en cuanto a la potestad que se atribuye al órgano jurisdiccional mediante el párrafo segundo del artículo 389 del Código de Trabajo, que consiste en prohibir la huelga por un plazo determinado, la Sala comparte el criterio esbozado por los accionantes debido a que la considera como una condición irrazonable, arbitraria e ilegítima, *“...que autoriza al tribunal a restringir el ejercicio del derecho de la huelga si a bien lo tiene y sin ofrecer ninguna salida a las partes en el conflicto, con el débil argumento de lograr un mayor equilibrio en las relaciones de patronos y trabajadores. El mecanismo cuestionado, de impedir la huelga para alcanzar el citado propósito de lograr el balance entre las partes, deja la decisión de suspensión de la huelga al órgano jurisdiccional sin mayor razonamiento, condición que resulta en sí torpe e inadecuada, pues es claro que si una mayoría importante de empleados, al menos un sesenta por ciento de la totalidad, está de acuerdo en asumir las consecuencias de tal medida de presión es porque ya descartó otras medidas no extremas para alcanzar sus objetivos y que no implican las más serias consecuencias”*¹.

¹ . “A lo anterior se agrega que dicha disposición excede el fin que busca el constituyente en su artículo 61, pues si bien permite restringir o limitar el derecho de huelga, ello es cuando estén de por medio los servicios públicos esenciales, así entendidos por el Legislador. Tal intervención del juzgador resulta ser entonces una restricción ilegítima, que no atiende el mandato de procurar la efectiva prestación de las actividades que puedan considerarse vitales o esenciales para la comunidad, que es el bien a proteger y por el cual cede el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante la huelga; sea, cuando con ello se ocasiona o se puede ocasionar un mal mayor que el que sufren los huelguistas”.

3.2.3 Los Tipos Penales que atentan contra el Derecho de Huelga

En la actualidad se está gestando una reforma legal al Código de Trabajo, introduciéndose toda una novedosa propuesta de derecho procesal laboral. Nos interesa hacer un breve comentario al artículo 385 al Código de Trabajo propuesto (CTP) -387 del actual-, en el sentido de que el terminar un conflicto como podrían ser el paro y la huelga, a través ya sea de arreglo directo o decisión judicial dictada por los tribunales competentes; no exime de la responsabilidad para aquellas personas que hubiesen cometido delitos o faltas dentro de esta coyuntura.

El artículo 387 CTP nos habla de la irrenunciabilidad que se podrían hacer de los derechos del paro (por parte de los empleadores) y de la huelga (por parte de los trabajadores), pero sin embargo se tiene como válida la denominada cláusula de paz, mediante la cual ambas partes, “...se comprometa a no ejercerlos temporalmente, mientras una de las partes no incumpla los términos de la convención, o contrato colectivo, suscrito este último entre el empleador o empleadores de que se trate y el 60% de sus trabajadores”. A su vez, del nuevo artículo se suprime el párrafo segundo, el cual fue declarado constitucional mediante el Voto No 1317-98 de repetida cita¹, que pertenece al actual artículo 389.

El artículo 388 CTP nos dice que “Toda persona que incite públicamente a que una huelga o un paro se efectúe contra las disposiciones de este Título, será sancionada con una multa de cinco a diez salarios mensuales²”. Es importante hacer notar que, en el marco de la legislación penal vigente, no existe ningún delito que pueda atribuírsele como sujeto activo, a los(as) incitadores de huelga o paro. Quizás la única posibilidad de que ello pueda ocurrir, sería con la reforma que se quiere introducir al proyecto de Código Penal General que se encuentra en la Asamblea Legislativa³. En el marco de este proyecto de reforma, recientemente se ha introducido el capítulo de “Delitos contra los Trabajadores”, que contempla como uno de los tipos penales posibles el de Delitos

¹ . Véase Supra págs 201-204.

² . El CTV establece una multa de cien a doscientos colones, la cual data del tiempo de promulgación de la ley, por lo que se torna risoria y hasta inútil, la aplicación de una posible sanción al respecto.

³ . ASAMBLEA LEGISLATIVA, Departamento de Comisiones Legislativas-Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos “Ley de Reforma al Código Penal” Expediente n° 11.871 *Dictamen Afirmativo de Mayoría* 22 de abril 2003.

contra la libertad sindical y el derecho de huelga, que contempla como acciones típicas las siguientes:

- “Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa;
4. Los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.
 5. Si las conductas indicadas en el inciso anterior se llevaran a cabo con fuerza, violencia o intimidación las penas se aumentarán hasta en un tercio.
 6. *Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga*”. (ÉNFASIS NUESTRO)

Ahora bien, el artículo 389 de la nueva propuesta, señala que “Los individuos que con ocasión de un conflicto colectivo participen en este para promover en forma notoria el desorden o quitarle su carácter pacífico, serán repelidos y expulsados del entorno donde se desarrolla el movimiento, por cualquier autoridad, y sancionados con una multa de cinco a diez salarios mensuales”. Su redacción es mucho más feliz que la vigente, prevista en el artículo 391, la cual establece la posibilidad de detención y arresto por promocionar el desorden y la violencia en el marco de un conflicto colectivo, si la participación es notoria en el sentido de promover el desorden y restarle el carácter pacífico. La norma dispone que estas personas serían detenidas y arrestadas, “...por cualquier autoridad hasta que termine la huelga o paro o hasta que rindiesen fianza de no ejecutar lo proyectado, a satisfacción de los Tribunales de Trabajo”. La redacción de esta norma, tiene una serie de ambivalencias, tales como que por un lado habla de que la persona debe tener una participación activa promoviendo el desorden –es decir, sería un hecho consumado-, más a lo último la norma aduce que para no ser detenido o estar en libertad, debe conminársele al infractor a *no ejecutar lo proyectado*, por lo que se produciría un contrasentido absoluto debido a que se supone que la conducta reprochable se consumó. Además, la otra situación a comentar, radica en que es el juez de trabajo el que establece la fianza para que la persona no se le detenga mientras termina el conflicto colectivo. Estamos ante una privación de libertad, y esta es materia de la jurisdicción penal debido a que se

puede suscitar una *privación ilegítima de libertad* y tiene incluso raigambre constitucional, de acuerdo a los artículos 44 y 48 de la Constitución Política.

Mediante Ley No 8250 publicada en el Alcance No 37 a la Gaceta No 89 el viernes 10 de mayo del 2002, el Presidente de la República de ese entonces remite una legislación de corte represivo, que reforma y crea los artículos 256 bis, 386 inciso 1), 387 inciso 7 adicionados al código penal de la República de Costa Rica. Nuestra preocupación en torno a esta reforma, se debe a las siguientes motivaciones que procedemos a exponer. Empezamos aduciendo que el artículo 256 bis, manifiesta literalmente lo siguiente:

“Obstrucción de la Vía Pública

Artículo 256 BIS.- Se impondrá pena de diez a treinta días de prisión a quien, sin autorización de las autoridades competentes, impidiere, obstruyere o dificultare, en alguna forma, el tránsito vehicular o el movimiento de transeúntes”

Este artículo se refiere a la *libertad de tránsito*, la cual si bien puede ser precisada por la misma ley, no puede ser limitada. Estimamos que el artículo 22 constitucional dispone el **Principio Pro Libertatis** y habla de la irrestricta libertad de tránsito que tienen los particulares, por lo que no es dable a través de la disposición del 256 bis, solicitar “autorización de las autoridades competentes” para transitar o estar en un determinado lugar.

La antinomia entre libertad y autoridad, que es motivo de hondas controversias doctrinales y teóricas, es resuelta por la Sala Constitucional apostando por la preeminencia de la libertad individual/social, siempre y cuando no menoscabe los tres límites expuestos anteriormente. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior la misma Sala Constitucional, en el Voto No 2507-96 ha dimensionado *la libertad de tránsito o circulación* de la siguiente manera:

“II.- El segundo aspecto reclamado por el petente se refiere a la restricción de la libertad de circulación de que ha sido objeto su vehículo, lo cual estima contrario al artículo 22 Constitucional. Sobre esto, debe señalarse la disposición

impugnada no restringe la circulación de personas sino solamente la de una determinada clase de vehículos, de forma que al accionante le está dispuesta amplia libertad de movimiento, por la zona que le interesa, siempre que se ajuste a la regulación que de esta se ha hecho por parte de las autoridades competentes. Lo dicho significa que, si bien la libertad de circulación fijada en la norma constitucional citada, debe interpretarse de forma ampliativa en favor de los ciudadanos, ello no implica que no puedan establecerse regulaciones para el adecuado ejercicio de tal derecho, máxime si, como en este caso, tales estipulaciones resultan necesarias para poder garantizarle a otros ciudadanos, su propia libertad de circulación. (SUBRAYADO NUESTRO)

En ese sentido, nótese que si bien es cierto que se pueden establecer limitaciones a la referida libertad, la norma del artículo 256 bis al disponer de un permiso a priori para poder tener actos de manifestación o de presencia en las calles, se aparta de lo estipulado en el artículo 22 constitucional. Asimismo, al hablar de autoridades competentes en sentido amplio, puede incurrir en una indeterminación para cada caso en particular.

En segundo lugar, tenemos el tipo penal del Artículo 386, inciso 1), denominado como “Alboroto” y que para los efectos conducentes, dispone lo siguiente:

"(...) Se impondrá de cinco a treinta días multa:

Alborotos

- 1) Al que en cualquier forma, causare alboroto que perturbe la tranquilidad de las personas "

Ahora bien, tenemos que los tipos penales en su ámbito de *tipicidad* o de descripción de la conducta típica puede ser "abierto" o "cerrado". Serán tipos cerrados aquellos en los que la conducta prohibida aparece legalmente determinada en todas sus características mediante una descripción completa de todos sus aspectos fácticos-reales y en este tipo de casos, el juez para determinar la tipicidad, solamente debe comprobar la presencia o ausencia de ciertos datos fácticos. En contrapartida, los tipos abiertos son aquellos en los que la ley describe solamente parte de las características de la conducta prohibida, reenviando al juez el cometido de completar las restantes. En este último caso, el peligro que atañe a la naturaleza del mismo tipo es que como bien lo

expone RODRIGUEZ MOURILLO *"Todo tipo abierto supone una sensible limitación al principio de legalidad"*¹.

En consecuencia, el tipo penal que nos ocupa es claramente violatorio a los consabidos principios de legalidad y tipicidad, puesto que no nos especifica cuales son la(s) conducta(s) típica(s), incluso como si lo contenía el anterior delito de Alboroto bajo artículo 394 inciso 1). En este sentido, el articulado mencionado decía que la acción típica se producía con "...gritos, rondas, cencerradas y otros medios semejantes, (...)". Nótese que el cambio con la reforma operada fue trascendental, al pasarse de una serie de conductas descritas a la indeterminación de decir que comete el hecho típico y por consiguiente el delito "Al que, en cualquier forma, (...)" causare un alboroto.

Es claro entonces que este tipo penal es violatorio a las normas de la Constitución Política, que han sido invocadas como violentados con la adopción de este artículo 386 inciso 1) del Código Penal reformado mediante Ley No 8250.

Por último, el artículo 387, inciso 7), denominado como *"Dificultar Acción de Autoridad"*, tenemos que este delito pertenece a la Sección II -denominada "Desobediencia, desacato o irrespeto a la autoridad"- del Título V reformado del Código Penal. El tipo penal que detallamos como inconstitucional, pertenece al artículo 387 que en lo que interesa establece una sanción de 5 a 30 días multa:

"7) Al que, sin agredir a un funcionario público ni a la persona que le prestare auxilio a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal, lo estorbare o le dificultare, en alguna forma, el cumplimiento de un acto propio de sus funciones, le presentare resistencia o incurriere en otro desacato que no constituya delito" (SUBRAYADO NUESTRO)

Se violenta el Principio de Legalidad al establecerse que se incumple este tipo penal si el sujeto activo incurre en **otro desacato que no constituye delito**. En este

¹. RODRÍGUEZ MOURILLO, (Rafael) *"Derecho Penal General"*, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág 286.

sentido, el delito de *Desacato* se encuentra tipificado en el artículo 309 del Código Penal y tiene elementos descriptivos sumamente amplios ya que puede consistir en ofender el honor o el decoro de un funcionario público o la amenaza a éste, a consecuencia de sus funciones como conducta típica. El sujeto activo puede incurrir en esta conducta tanto si se dirige al funcionario personalmente o públicamente mediante comunicación escrita, telegráfica, telefónica o por la vía jerárquica, sea a través de los jefes respectivos. Entonces la remisión de la "norma en blanco" del delito en estudio, que necesita ser cumplimentada con el desacato, supone que la acción del posible infractor pueda ser considerada como desacato, aún y cuando no se encuentre dentro de los elementos descriptivos del artículo 309 supracitado.

Es decir, se presenta un contrasentido jurídico al establecer como acción punible incurrir en desacato, aún si éste no está establecido como un delito punible. Nótese la vulneración del principio de *nulle pena sine legge previa*, en toda su dimensión al pretender sancionar conductas que no están establecidas como delitos de antemano.

Hemos querido hacer esta reseña en virtud de la posibilidad que conllevan estos tipos penales, de hacer nugatorio el derecho a la huelga. Nos preocupa que se quiera menoscabar, entorpecer y limitar este derecho, invocando infracción a tales tipos penales, los cuales presentan vicios de inconstitucionalidad en los términos antes reseñados. Ante una eventual manifestación de los trabajadores organizados, el aparato represivo del Estado puede invocar la transgresión de estas normas, y por consiguiente; se truncaría el ejercicio de la libertad sindical en una de sus manifestaciones concretas como es la del derecho de huelga. Invocando la modalidad de alborotos, obstrucciones a la vía pública y dificultar el accionar de las autoridades – perfectamente aplicable cuando se suscite la concurrencia de la fuerza policial-, se estaría limitando y obstaculizando el derecho de manifestación de los colectivos de trabajadores y de protesta de otros sectores en general. Es así, como estimamos que si bien se pretende establecer en el tipo penal que hemos venido estudiando, una serie de garantías en beneficio de las libertades sindicales y el derecho de huelga en específico; existen disposiciones como las que reseñamos en este apartado, que vendrían a constituirse en un claro contrasentido.

F) Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo

“Serán sancionados con pena de prisión de seis meses a tres años o con cincuenta a doscientos días multa, los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física”

Artículo ... Forma agravada

Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será sancionado con la misma pena reducida hasta en un tercio.

1. Análisis Descriptivo del Tipo

Sobre este tipo penal propuesto, tenemos que decir que tomando como matriz la legislación española, la conducta esbozada se encontraba regulada en el antiguo artículo 348 bis inciso a) del Código Penal de ese país –en la actualidad se encuentra en el artículo 316, el cual sirvió de base al que adopta el proyecto de Costa Rica¹-. Este delito tiene dos modalidades comisivas diferenciadas por el elemento subjetivo: un tipo doloso y un tipo imprudente. Sobre la primera modalidad comisiva, tenemos que el **tipo doloso** castiga a quines no faciliten los medios necesarios para que el trabajador realice su tarea en concordancia con las regulaciones de seguridad e higiene, y estando legalmente obligado a hacerlo. La conducta típica gira alrededor del verbo en negativo “facilitar” y que gramaticalmente significa hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin/ proporcionar o entregar².

La presentación de la conducta requiere una actuación omisiva del sujeto activo o infractor, que en este caso podría centrarse comúnmente en la persona del jefe o patrono

¹ . Sobre los antecedentes de este delito, véase a SAINZ RUIZ, Op Cit, pág 2031.

² . MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 912.

directo del trabajador(a) afectado(a)¹. Al respecto, MORILLAS CUEVAS, ha especificado los presupuestos que se requieren para el desarrollo de esta conducta²:

a) Infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. Para el autor esta interpretación debe verse en sentido amplio y no puede contextualizarse solamente a la norma de rango legal, sino incluso a las de carácter reglamentario o convenios colectivos que ocupan esta materia.

b) Que el sujeto esté legalmente obligado. Se refiere a las personas a las que las normas citadas, les atribuye la responsabilidad de facilitar los medios necesarios para la optimización de la seguridad e higiene en el trabajo.

c) Puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores. Estamos ante un delito de peligro concreto. Exige que la conducta típica con la infracción de las normas correspondientes provoque un peligro grave a los bienes jurídicos citados³.

Sobre este último aspecto de poner en peligro determinados bienes jurídicos, nos atenemos seguidamente a lo que expone COBOS GÓMEZ DE LINARES: *“La conducta consiste en poner en peligro, pero no de forma directa sino indirecta, a través del incumplimiento del deber de facilitar las medidas de higiene y seguridad en el trabajo a que esté obligado el autor. Es evidente (...) que se trata de una conducta omisiva, por lo que el peligro para los bienes jurídicos se crea en un momento*

¹ . Sobre el tipo objetivo, tenemos que para CONDE-PUMPIDO *“El sujeto activo es quien está legalmente obligado a cumplir con las normas encaminadas a suprimir riesgos en el trabajo, es decir, el empresario o los encargados por éste de realizar sus propias funciones (...)”*. pág 954.

² . MORILLAS CUEVAS, (Lorenzo) Op Cit, pág 913

³ . Sobre este último supuesto el autor nos acota lo siguiente: *“TERRADILLOS apuesta por una figura de peligro abstracto por parecerle más eficaz. No estamos de acuerdo por criticar la técnica de los delitos de peligro abstracto más próximas las conductas al derecho Administrativo o Laboral que al Penal. La gravedad va dirigida al peligro no a la infracción de las normas, es decir, un peligro intenso para la vida, la salud o la integridad de los trabajadores”*, Ibíd.. En igual sentido ver a CORDERO SAAVEDRA, (Luciano) *“Los Trabajadores cualificados en prevención de riesgos laborales y sus responsabilidades Parte I”*, en www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0195.htm. Para la jurisprudencia española, tenemos que este tipo delictual se ha definido así: *“...se trata de un tipo de omisión que consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas y esta omisión debe suponer, en sí misma, el incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral (...) Y por último, es preciso (...) se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo”* STS 12 de diciembre de 1998.

*precedente, y es un riesgo socialmente asumido consistente en el propio ejercicio de la actividad laboral. Es evidente también por ello, que no se trata de construir relación causal alguna entre la omisión del autor y el peligro creado, simplemente porque al no existir en la realidad física el **no hacer**, es imposible que constituya causa desencadenante de efecto alguno”¹.*

Con respecto a la segunda modalidad de este tipo penal propuesto, ya la doctrina se ha referido sobre el **tipo imprudente** en el sentido que es un tipo omisivo (de comisión por omisión), en el que la fuente del deber de garantía es la ley; debido a que así lo establece el tipo doloso, presente en la primera modalidad de comisión del delito de marras².

Conviene en otro orden de cosas, analizar el raigambre constitucional que la salud ocupacional –que es otro concepto conexo a la naturaleza de los riesgos del trabajo-, posee en Costa Rica. Al igual que todo el derecho laboral costarricense, las regulaciones sobre la salud ocupacional quedaron comprendidas en el proceso de constitucionalización, en nada ajeno a otras realidades latinoamericanas. Al respecto como dice un autor *“Esa orientación constitucionalizadora abarcó también el tema de la salud ocupacional y específicamente de los accidentes y enfermedades profesionales. Pese a que existían ya regulaciones en la materia, no es sino hasta 1943 cuando como parte del Capítulo de Garantías Sociales se incorpora una norma constitucional específica. Es de esa misma norma que deriva la ley ordinaria aprobada en 1943 como parte del Código de Trabajo, y en la cual se establecen las regulaciones sobre la higiene y la seguridad “que exige el trabajo” así como sobre los “riesgos profesionales”. Con todo lo cual se pretendió mantener no sólo la legislación vigente, sino también introducir las reformas que la misma experiencia parecía demandar a juicio de los promotores de la histórica reforma”³.*

Nuestra Constitución Política, dispone una serie de obligaciones en la materia que nos ocupa, y en ese sentido, el artículo 66 de la Carta Magna dispone como una

¹ .COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) Op Cit, pág 159.

² . Ibíd, pág 160.

³ . BLANCO VADO, (Mario) *“Las Regulaciones en Materia de Salud Laboral”*, Asociación Centro Ejecutor de Proyectos Económicos y de Salud (ACEPESA), San José, primera edición, 1985, pág 5.

obligatoriedad patronal, la “de adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo”. Por su parte, el artículo 73, párrafo final, enuncia que los seguros contra riesgos profesionales “...serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales”.

Procedemos a continuación, a adentrarnos con más detalle en torno a lo que se entiende por seguridad e higiene en el trabajo; así como el seguro de riesgos del trabajo.

2. Los Riesgos Profesionales en el Trabajo

Es de vital relevancia proporcionarles a los trabajadores, las condiciones que le permitan tener la máxima seguridad en sus empleos. Muchos de los trabajadores(as) debido a la naturaleza de su trabajo, no se encuentran exentos(as) de llegar a tener una seria lesión, producto de su actividad. La preocupación por los riesgos de trabajo, es motivo de preocupación dentro del sistema de seguridad social/laboral. De allí, que el primer paso es aplicar las más eficientes medidas de seguridad en el mismo sitio del trabajo, como bien lo ha dicho el Dr. ROBENS : “*La Responsabilidad primordial de hacer algo con respecto a los actuales niveles de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales incumben a quienes crean los riesgos, y quienes trabajan en contacto con esos riesgos*”¹.

La OIT regula esta materia de seguridad laboral, a través del Convenio No 155 (“Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores”), suscrito en 1981, y al respecto el artículo 16 de dicho convenio establece una serie de condiciones elementales para la seguridad del trabajador :

“1-Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones y procesos que estén bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y la salud de los trabajadores ; 2-Deberá exigirse a los empleadores que, en la medida en que sea razonable y factible, garanticen que los agentes y las sustancias químicas, físico, biológicas que estén bajo su control no entrañan riesgos para la salud cuando se toman medidas de protección adecuadas ; 3-Cuando sea necesario, los empleadores deberán suministrarse ropas y equipos

¹ . Citado por FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Tomo II, Op Cit, pág 527.

de protección adecuados a fin de prevenir, en la medida en que sea razonable y factible, los riesgos de accidentes o efectos perjudiciales para la salud”¹

3. Naturaleza de la Seguridad e Higiene Laboral

Sobre la problemática dada en este campo tan importante para el desarrollo del trabajador, el Dr. ANNONI nos relata la siguiente consideración :

“Después de tantos años de esfuerzos para prevenir los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales, así como los de progresos a menudo importantes en el resguardo de las máquinas, la protección individual y el mejoramiento del medio ambiente de trabajo, es sorprendente que la eficacia de las medidas adoptadas se siga poniendo en tela de juicio y que se busquen nuevos criterios para encontrar salida a una situación que sigue siendo poco satisfactoria. En efecto, los índices de frecuencia de los accidentes del trabajo, que estaban en descenso en la mayor parte de los países industrializados se han estabilizado ahora, mientras que en los países en desarrollo siguen aumentando. Aunque los índices de frecuencia de las enfermedades profesionales que dan derecho a indemnización (...) parecen seguir una tendencia descendente en muchos países, la fatiga física y mental provocada por la subordinación de los trabajadores a sus máquinas y por ciertos horarios y ritmos de trabajo suele acelerar el desgaste corporal de los trabajadores, cuyas capacidades fisiológicas están a menudo sujetas a tensiones que superan los límites de recuperación”²

Dentro de la vasta legislación internacional existente dentro de la OIT, el Convenio No 155, de repetida cita, el cual establece toda una serie de garantías en estos tópicos³. La recomendación número 164, también dentro del campo de la Seguridad y

¹ . OIT, “Convenio No 155 sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores”, 1981.

² . Citado por FARRIER BRAIS, (Pedro) y otros, Op Cit, Tomo II, pág 509.

³ . OIT, Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, No 155-1981 : “A fin de dar efecto a la política a que se refiere el artículo 4 del presente convenio, la autoridad o (es) competentes deberán garantizar la relación progresiva de las siguientes funciones : a-la determinación, cuando la naturaleza y el grado que rigen la concepción, la construcción y el acondicionamiento de las empresas, su puesta en explotación, las transformaciones más importantes que requieran y toda modificación de sus fines iniciales, así como la seguridad del equipo técnico utilizado en el trabajo y la aplicación de procedimientos definidos por las autoridades competentes ; b-la determinación de las operaciones y procesos que estarán prohibidos, limitados o sujetos a la autorización o al control de la autoridad o (es) competentes, así como la determinación de sustancias y agentes a los que la exposición en el trabajo está prohibida, limitada o sujeta a la autorización o al control de la autoridad o autoridades competentes

Salud de los Trabajadores, establece la necesidad de implementar una serie de acciones a nivel nacional, tales como :

“a-Promulgar o aprobar reglamentos, repertorios de recomendación a manera de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, así como de las normas promulgadas o aprobadas en virtud del apartado de este párrafo a la luz de la experiencia y de los avances de ciencia y de la tecnología

b-Emprender o fomentar estudios e investigaciones con objeto de identificar los riesgos y encontrar medios para remediarlos ;

c- Facilitar información asesoramiento, en forma apropiada, a los empleadores y trabajadores y entre sus respectivas organizaciones con miras a eliminar los riesgos o reducirlos en la medida en que sea factible ; cuando sea conveniente, prever un programa especial de formación por los trabajadores migrantes en su lengua materna ;

d- Adoptar medidas específicas para evitar catástrofes y coordinar y hacer coherentes las acciones que deban realizarse a niveles diferentes, en particular en las zonas industriales en donde estén situadas empresas que presenten grandes riesgos potenciales para los trabajadores y la población de los alrededores (..)

4. Legislación Costarricense aplicable a la Materia de Higiene, Seguridad y Prevención de Riesgos Laborales

Vamos a enfocarnos seguidamente a la normativa existente en nuestro país, relacionada a la materia en estudio en este apartado. Para lograr este objetivo, vamos a valernos tanto de la legislación interna así como de aquellos convenios de la

deberán tomarse en consideración los riesgos para la salud causados por la exposición simultánea a varias circunstancias o agentes ; c- el establecimiento y la aplicación de procedimientos para la declaración de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales por parte de los empleadores y, cuando sea pertinente de las instituciones aseguradoras u otros organismos o personas directamente interesados, y la elaboración de estadísticas anuales sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales ; d-la realización de encuestas cada vez que un accidente de trabajo, un caso de enfermedad profesional o cualquier otro daño para la salud acaecido durante el trabajo o en relación con este parezca revelar una situación grave.

Organización Internacional de Trabajo, debidamente aprobados e incorporados a nuestro orden interno de acuerdo al artículo 7 de nuestra Constitución Política.

4.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Costa Rica

4.1.1 CONVENIO No 120 (“Convenio sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964”)

Este tratado internacional se aplica a) a los establecimientos de comercio; b) a los establecimientos, instituciones o servicios administrativos cuyo personal efectúe principalmente trabajos de oficina; c) en la medida en que no estén sometidos a la legislación nacional o a otras disposiciones relativas a la higiene en la industria, las minas, los transportes o la agricultura, a toda sección de otros establecimientos, instituciones o servicios administrativos en que el personal efectúe principalmente actividades comerciales o trabajos de oficina¹. Asimismo el artículo 4 dispone que todo miembro que ratifique el convenio, se compromete a adoptar y mantener vigente una legislación que asegure la aplicación de los principios generales contenidos en la parte II; y a asegurar que, en la medida en que las condiciones nacionales lo hagan posible y oportuno, se dé efecto a las disposiciones de la Recomendación sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964, o a disposiciones equivalentes.

La remisión que se hace a la parte II, se titula “Principios Generales” y van desde el artículo 7 al 19, con una variedad de disposiciones que aseguran la higiene en beneficio de los trabajadores:

- Todos los locales utilizados por los trabajadores y los equipos de tales locales deberán ser mantenidos en buen estado de conservación y de limpieza.
- Todos los locales utilizados por los trabajadores deberán tener suficiente y adecuada ventilación natural o artificial, o ambas a la vez, que provean a dichos locales de aire puro o purificado.

¹. Convenio No 120, art. 1.

- Todos los locales utilizados por los trabajadores deberán estar iluminados de manera suficiente y apropiada. Los lugares de trabajo tendrán, dentro de lo posible, luz natural.
- En todos los locales utilizados por los trabajadores se deberá mantener la temperatura más agradable y estable que permitan las circunstancias.
- Todos los locales de trabajo, así como los puestos de trabajo, estarán instalados de manera que no se produzca un efecto nocivo para la salud de los trabajadores.
- Se deberá poner a disposición de los trabajadores, en cantidad suficiente, agua potable o cualquier otra bebida sana.
- Deberán existir instalaciones para lavarse e instalaciones sanitarias, apropiadas y en número suficiente, que serán mantenidas en condiciones satisfactorias.
- Se deberán poner asientos adecuados y en número suficiente a disposición de los trabajadores, y éstos deberán tener la posibilidad de utilizarlos en una medida razonable.
- Para que los trabajadores puedan cambiarse de ropa, dejar las prendas que no vistan durante el trabajo y ponerlas a secar, deberán proporcionarse instalaciones adecuadas y mantenerlas en condiciones satisfactorias.
- Los locales subterráneos y los locales sin ventanas en los que se efectúe regularmente un trabajo deberán ajustarse a normas de higiene adecuadas.
- Los trabajadores deberán estar protegidos, por medidas adecuadas y de posible aplicación, contra las sustancias o los procedimientos incómodos, insalubres o tóxicos, o nocivos por cualquier razón que sea. La autoridad competente prescribirá, cuando la naturaleza del trabajo lo exija, la utilización de equipos de protección personal.
- Deberán ser reducidos con medidas apropiadas y practicables y en todo lo que sea posible los ruidos y las vibraciones que puedan producir efectos nocivos en los trabajadores.
- Todo establecimiento, institución, servicio administrativo, o secciones de ellos a que se aplique el presente Convenio deberá poseer, según su importancia y según los riesgos previsibles, lo siguiente:
 - a) una enfermería o un puesto de primeros auxilios propio;
 - b) una enfermería o un puesto de primeros auxilios común con otros establecimientos, instituciones, servicios administrativos, o sus secciones; o
 - c) uno o varios botiquines, cajas o estuches de primeros auxilios

4.1.2 CONVENIO No 134 (“Convenio sobre la prevención de accidentes (gente de mar), 1970”)

Es un instrumento referido para la *gente de mar*, lo que significa que “..se aplica a todas las personas empleadas con cualquier cargo a bordo de un buque, que no sea de guerra, matriculado en un territorio para el que se halle en vigor el presente Convenio y dedicado habitualmente a la navegación marítima”. Por otra parte, la expresión *accidentes del trabajo* se aplica a los accidentes sobrevenidos a la gente de mar a causa o con ocasión de su empleo¹.

Este convenio establece que la autoridad competente de cada país marítimo deberá adoptar las medidas necesarias para que los accidentes del trabajo se notifiquen y estudien en forma apropiada, así como para asegurar la compilación y análisis de estadísticas detalladas de tales accidentes. En todo caso, los accidentes del trabajo deberán notificarse, y las estadísticas no deberán limitarse a los accidentes mortales o a los accidentes que afectan al propio buque. Para lograr dicho acometido, tales estadísticas habrán de registrar el número, naturaleza, causas y efectos de los accidentes del trabajo. Además, la autoridad competente habrá de proceder a una investigación de las causas y circunstancias de los accidentes del trabajo mortales o que hubieren producido lesiones graves a la gente de mar, así como de otros accidentes que determine la legislación nacional².

El artículo 4 enuncia la obligación de establecerse disposiciones relativas a la prevención de accidentes mediante legislación, repertorios de recomendaciones prácticas u otros medios apropiados. Estas disposiciones deberán referirse a toda norma general de prevención de accidentes y protección de la salud en el empleo que sea aplicable al trabajo de la gente de mar, y deberán especificar medidas para la prevención de accidentes propios del empleo marítimo con una serie de especificaciones propias de las embarcaciones marítimas³.

¹ .Convenio No 134, artículo 1 párrafo tercero.

² . Ibíd., artículo 2.

³ . Véase Convenio No 134, artículo 4, párrafo tercero. Continúa diciendo el artículo 5 que “1. Las disposiciones relativas a la prevención de accidentes a que se refiere el artículo 4 deberán especificar claramente la obligación de cumplirlas por parte de los armadores, la gente de mar y otras personas interesadas. 2. En general, cualquier obligación que incumba al armador de suministrar equipo de protección o dispositivos de otra naturaleza para la prevención de los accidentes deberá ir acompañada de

Conviene destacar que el convenio dispone que los programas de prevención de accidentes del trabajo deberán establecerse por las autoridades competentes en colaboración con las organizaciones de armadores y de la gente de mar. En ese sentido, se crearán comisiones mixtas nacionales o locales encargadas de la prevención de accidentes, o grupos especiales de trabajo en que estén representadas las organizaciones de armadores y las de la gente de mar. Por último, nos parece importante la disposición contenida en el artículo décimo, todo ello que “los Estados Miembros se esforzarán, con la asistencia, si ha lugar, de organizaciones intergubernamentales y otras organizaciones de carácter internacional, en cooperar a fin de lograr la mayor uniformidad posible de cualquier otra acción de prevención de accidentes del trabajo”. Lo anterior nos abre un abanico de participación de otras instancias lejos de las oficiales del Estado, y abre un importante espacio para las organismos de todo tipo.

4.1.3 CONVENIO No 148 (“Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones”), 1977

Es quizá uno de los convenios más elaborados en su género por la amplitud y especificidad de sus disposiciones. El ámbito de aplicación de este tratado, se extiende a todas las ramas de actividad económica, lo que supone por si misma un ámbito sumamente amplio; pudiendo sin embargo todo Miembro que ratifique el presente Convenio, después de consultar a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas; excluir de su aplicación las ramas de actividad económica en que tal aplicación presente problemas especiales de cierta importancia.

Como el convenio dispone una serie de obligaciones, es posible que el Estado suscriptor en consulta igualmente con las organizaciones representativas, pueda aceptar separadamente las obligaciones previstas en el presente Convenio, respecto de: a) la contaminación del aire; b) el ruido; c) las vibraciones, que regula dicha normativa internacional¹. Es oportuno indicar que el convenio define que entiende por los factores que regula:

normas para la utilización de dicho equipo o de dichos dispositivos de protección por parte de la gente de mar y de la obligación para ésta de sujetarse a las mismas”.

¹. Convenio No 148, art. 2.

“A los efectos del presente Convenio:

- a) la expresión *contaminación del aire* comprende el aire contaminado por sustancias que, cualquiera que sea su estado físico, sean nocivas para la salud o entrañen cualquier otro tipo de peligro;
- b) el término *ruido* comprende cualquier sonido que pueda provocar una pérdida de audición o ser nocivo para la salud o entrañar cualquier otro tipo de peligro;
- c) el término *vibraciones* comprende toda vibración transmitida al organismo humano por estructuras sólidas que sea nociva para la salud o entrañe cualquier otro tipo de peligro”.

La normativa indica que la legislación nacional deberá disponer la adopción de medidas en el lugar de trabajo para prevenir y limitar los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones y para proteger a los trabajadores contra tales riesgos. Así que, tomando en cuenta lo anterior “La autoridad competente deberá establecer los criterios que permitan definir los riesgos de exposición a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, y fijar, si hubiere lugar, sobre la base de tales criterios, los límites de exposición”¹.

El artículo séptimo estipula la obligación de los trabajadores a que observen las consignas de seguridad destinadas a prevenir y limitar los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, y a asegurar la protección contra dichos riesgos. Asimismo, los trabajadores o sus representantes tendrán derecho a presentar propuestas, recibir informaciones y formación, y recurrir ante instancias apropiadas, a fin de asegurar la protección contra los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo.

La parte III del Convenio No 148, denominada “Medidas de Prevención y de Protección”, contiene una serie de regulaciones que son de suma importancia resaltar. En primer lugar, se enuncia que en la medida de lo posible, se deberá eliminar todo riesgo debido a la contaminación del aire, al ruido y a las vibraciones en el lugar de trabajo: a) mediante medidas técnicas aplicadas a las nuevas instalaciones o a los nuevos procedimientos en el momento de su diseño o de su instalación, o mediante

¹. Convenio No 148 art. 8 párrafo 1.

medidas técnicas aportadas a las instalaciones u operaciones existentes, o cuando esto no sea posible; b) mediante medidas complementarias de organización del trabajo¹.

El estado de salud de los trabajadores expuestos o que puedan estar expuestos a los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo deberá ser objeto de vigilancia, a intervalos apropiados, según las modalidades y en las circunstancias que fije la autoridad competente. Esta vigilancia deberá comprender un examen médico previo al empleo y exámenes periódicos, según determine la autoridad competente, según reza el artículo 11.

Por otra parte, el patrono tiene la obligación de que si la utilización de procedimientos, sustancias, máquinas o materiales -- que serán especificados por la autoridad competente --, pueden exponer a los trabajadores a los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo deberá ser notificada a la autoridad competente, la cual podrá, según los casos, autorizarla con arreglo a modalidades determinadas o prohibirla².

Debe darse a todas las personas interesadas, información apropiada y suficiente acerca de los riesgos profesionales que pueden originarse en el lugar de trabajo debido a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones. Deberán recibir instrucciones suficientes y apropiadas en cuanto a los medios disponibles para prevenir y limitar tales riesgos, y protegerse contra los mismos.

En torno a las Medidas de Aplicación (parte IV), el artículo 15 dice que “Según las modalidades y en las circunstancias que fije la autoridad competente, el empleador deberá designar a una persona competente o recurrir a un servicio especializado, exterior o común a varias empresas, para que se ocupe de las cuestiones de prevención y limitación de la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo”.

El régimen sancionatorio por incumplimiento a las anteriores disposiciones sanitarias y de prevención de accidentes, se le deja a cada miembro, quien deberá

¹ . Convenio No 148 de la OIT, art. 9.

² . Ibíd., art. 12.

adoptar, por vía legislativa o por cualquier otro método conforme a la práctica y a las condiciones nacionales, las medidas necesarias, incluido el establecimiento de sanciones apropiadas, para dar efecto a las disposiciones del presente Convenio. Asimismo, deberá proporcionar servicios de inspección apropiados para velar por la aplicación de las disposiciones del presente Convenio o cerciorarse de que se ejerce una inspección adecuada¹.

4.2 Normativa Doméstica sobre Higiene y Seguridad

4.2.1 Ley General de Salud (Ley No 5395)

La ley mencionada regula aquellos deberes y restricciones a los que se pueden ver sometidas las actividades industriales, en el tanto lesionen los derechos de higiene y seguridad. Basta con analizar provisiones como la del artículo 298, para constatar el papel rector que tiene el Ministerio de Salud para este tipo de permisos de funcionamiento:

“Toda persona que opere establecimientos industriales deberá obtener la correspondiente autorización del Ministerio para su instalación y la debida aprobación de éste para iniciar su funcionamiento, así como para ampliar o variar, o modificar en cualquier forma la actividad original para la que fue autorizado”

Continúa disponiendo la legislación que para obtener autorización de instalación, los interesados deberán acreditar ante el Ministerio, lo siguiente: i) que el sitio elegido se encuentra en zona permitida según la correspondiente reglamentación vigente; ii) que cuenta con los elementos de saneamiento básico; iii) que dispone de los elementos o sistemas sanitarios adecuados para la eliminación de desechos, residuos, o emanaciones, a fin de no causar o contribuir a la contaminación del suelo y del agua destinada al uso y consumo humanos, ni del aire y para no constituir problema sanitario o de molestia para la población. A falta de un plan regulador de desarrollo urbano el Ministerio determinará las zonas permitidas para los establecimientos industriales, la

¹. Convenio No 148 de la OIT art. 16

autorización a que se refiere el presente artículo, podrá ser cancelada, suspendida o modificada, según el caso, temporal o definitivamente, cuando varíen las condiciones existentes al concederla¹.

4.2.2 Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo (Decreto N° 1, de 1967, y Decreto 4 de 1970

Este reglamento, que data de hace más de treinta años dispone de una serie de regulaciones que son dignas de comentar. En primer lugar, nos habla de las obligaciones de los patronos, de la siguiente manera:

“ARTICULO 3° Todo patrono o su representante, intermediario o contratista, debe adoptar y poner en práctica en los centros de trabajo, por su exclusiva cuenta, medidas de seguridad e higiene adecuadas para proteger la vida, la salud, la integridad corporal y moral de los trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) Edificaciones, instalaciones y condiciones ambientales;
 - b) Operaciones y procesos de trabajos;
 - c) Suministro, uso y mantenimiento de los equipos de protección personal;
 - d) Colocación y mantenimiento de resguardos y protecciones de las máquinas y todo género de instalaciones;
 - e) La reducción, por medio de medidas técnicas adecuadas, del impacto del ruido y de las vibraciones que puedan perjudicar a los trabajadores.
- (Así adicionado mediante Decreto Ejecutivo N° 11429 de 30 de abril de 1980)

ARTICULO 4°- Son también obligaciones del patrono:

- a) Mantener en buen estado de conservación, funcionamiento y uso, la maquinaria, las instalaciones y las herramientas de trabajo;
- b) Promover la capacitación de su personal en materia de seguridad e higiene en el trabajo; y
- c) Permitir a las autoridades competentes la colocación, en los centros de trabajo, de textos legales, avisos, carteles y anuncios similares, atinentes a la seguridad e higiene en el trabajo.

ARTICULO 5°- Queda absolutamente prohibido a los patronos poner o mantener en funcionamiento maquinaria que no esté debidamente protegida en los puntos de

¹ . Ley No 5395, art. 300.

transmisión de energía, en las partes móviles y en los puntos de operación que ofrezcan peligro, así como mantener en uso herramientas en mal estado”.

El segundo aspecto que nos interesa destacar, es el concerniente a la denominada “De la Protección Especial para los Trabajadores”, que establece una serie de obligaciones de los patronos en cuanto al proporcionamiento de equipo de trabajo. Es así como tenemos la siguiente descripción:

ARTICULO 81°- Los patronos estarán obligados a proporcionar a los trabajadores, según la clase de trabajo:

- a) Máscaras o caretas respiratorias, cuando por la índole de la industria o trabajo no fuera posible conseguir una eliminación satisfactoria de los gases, vapores, polvo u otras emanaciones nocivas para la salud;
- b) Gafas y pantallas protectoras adecuadas contra toda clase de proyecciones de partículas: sólidas, líquidas o gaseosas, calientes o no, que puedan causar daño al trabajador;
- c) Gafas y protectores especiales contra radiaciones luminosas o caloríficas peligrosas, cualquiera que fuera su origen;
- d) Cascos para toda clase de proyecciones violentas o posible caída de materiales pesados;
- e) Guantes, manoplas, manguitos, cubre cabezas, gabachas y calzado especial, para la protección conveniente del cuerpo contra las proyecciones, emanaciones y contactos peligrosos
- f) Trajes o equipos especiales para el trabajo, cuando éste ofrezca marcado peligro para la salud o para la integridad física del trabajador;
- g) Aparatos respiratorios de tipo aislante "ciclo cerrado", o de tipo de más- cara en comunicación con una fuente exterior de aire puro mediante tubería, para todos aquellos trabajos que deban realizarse en atmósferas altamente peligrosas; y
- h) Protectores apropiados para los oídos, cuando los trabajadores se encuentren expuestos a ruidos que pudieren causarles daño. Asimismo, cualquier otro elemento, dispositivo o prenda que pueda proteger al trabajador contra los riesgos propios de su trabajo, a juicio del Consejo.

(Así reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 11429 de 30 de abril de 1980)

4.3 Normativa Doméstica sobre Prevención de Riesgos Laborales

4.3.1 Ley sobre Riesgos del Trabajo (Ley No. 6727 de 24 de marzo de 1982- Publicada en La Gaceta No. 57 de 24 de marzo de 1982).

La Ley No. 6727, en su artículo primero modifica el Título Cuarto del Código de Trabajo , introduciendo una legislación sobre riesgos de trabajo. Como tesis de principio, se enuncia que “Todo patrono, sea persona de Derecho Público o de Derecho Privado, está obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos del trabajo por medio del Instituto Nacional de Seguros, según los artículos 4 y 18 del Código de Trabajo”¹.

Ahora bien, el artículo 195 del Código de Trabajo, nos dice que constituyen riesgos del trabajo los accidentes y las enfermedades que ocurran a los trabajadores, con ocasión o por consecuencia del trabajo que desempeñen en forma subordinada y remunerada, así como la agravación o reagravación que resulte como consecuencia directa, inmediata e indudable de esos accidentes y enfermedades. La ley establece además, que se considera “accidente de trabajo” y las posibilidades de su concurrencia².

¹ . Ley No 6727, art. 193.

² . “Se denomina accidente de trabajo a todo accidente que le suceda al trabajador como causa de la labor que ejecuta o como consecuencia de ésta, durante el tiempo que permanece bajo la dirección y dependencia del patrono o sus representantes, y que puede producirle la muerte o pérdida o reducción, temporal o permanente, de la capacidad para el trabajo.

También se calificará de accidente de trabajo, el que ocurra al trabajador en las siguientes circunstancias:

a) En el trayecto usual de su domicilio al trabajo y viceversa, cuando el recorrido que efectúa no haya sido interrumpido o variado, por motivo de su interés personal, siempre que el patrono proporcione directamente o pague el transporte, igualmente cuando en el acceso al centro de trabajo deban afrontarse peligros de naturaleza especial, que se consideren inherentes al trabajo mismo. En todos los demás casos de accidente en el trayecto, cuando el recorrido que efectúe el trabajador no haya sido variado por interés personal de éste, las prestaciones que se cubran serán aquellas estipuladas en este Código y que no hayan sido otorgadas por otros regímenes de seguridad social, parcial o totalmente.

b) En el cumplimiento de órdenes del patrono, o en la prestación de un servicio bajo su autoridad, aunque el accidente ocurra fuera del lugar de trabajo y después de finalizar la jornada.

c) En el curso de una interrupción del trabajo, antes de empezarlo o después de terminarlo, si el trabajador se encontrare en el lugar de trabajo o en el local de la empresa, establecimiento o explotación, con el consentimiento expreso o tácito del patrono o de sus representantes.

ch) En cualquiera de los eventos que define el inciso e) del artículo 71 del presente Código”. Código de Trabajo, Artículo 196.

Por su parte, la enfermedad del trabajo se denomina “a todo estado patológico, que resulte de la acción continuada de una causa, que tiene su origen o motivo en el propio trabajo o en el medio y condiciones en que el trabajador labora y debe establecerse que éstos han sido la causa de la enfermedad”¹.

Es importante tener en cuenta, que los inspectores, con autoridad, de las municipalidades, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Instituto Nacional de Seguros sin ningún trámite especial, previa constatación de que un trabajo se realiza sin la existencia del seguro contra riesgos del trabajo, podrán ordenar su paralización y cierre, conforme lo disponga el reglamento respectivo². Asimismo, los riesgos del trabajo serán asegurados nada más, en forma exclusiva por el Instituto Nacional de Seguros, a cargo del patrono y a favor de sus trabajadores³; y al trabajador que le concurriere un riesgo del trabajo, tendrá derecho a una serie de prestaciones otorgadas por la misma ley, tales como a) Asistencia médico-quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación; b) Prótesis y aparatos médicos que se requieran para corregir deficiencias funcionales; c) Prestaciones en dinero que, como indemnización por incapacidad temporal, permanente o por la muerte, se fijan en este Código; ch) Gastos de traslado, en los términos y condiciones que establezca el reglamento de este Código; d) Gastos de hospedaje y alimentación, cuando el trabajador, con motivo del suministro de las prestaciones médico-sanitarias o de rehabilitación deba trasladarse a un lugar distinto de la residencia habitual o lugar de trabajo. Por vía de reglamento, se fijará la suma diaria que por estos conceptos debe entregarse al trabajador, la que será revisada cada año; e) Readaptación, reubicación y rehabilitación laboral que sea factible otorgar por medio de las instituciones públicas nacionales especializadas en esta materia, o extranjeras, cuando así lo determine el ente asegurador o, en su caso, lo ordene una sentencia de los tribunales⁴.

En otro orden de cosas, la normativa introduce el concepto de *salud ocupacional*, la cual el artículo 273 del Código de rito, la declara de interés público, y la define como aquella materia que tiene la finalidad promover y mantener el más alto nivel de bienestar físico, mental y social del trabajador en general, prevenir todo daño

¹ . Ley No 6727, art. 197.

² . *Ibíd.*, art. 203.

³ . *Ibíd.*, art. 204.

⁴ . *Ibíd.*, art. 216.

causado a la salud de este por las condiciones del trabajo, protegerlo en su empleo contra los riesgos resultantes de la existencia de agentes nocivos a la salud, colocar y mantener al trabajador en un empleo con sus aptitudes fisiológicas y psicológicas y, en síntesis, adaptar el trabajo al hombre y cada hombre a su tarea.

Para materializar y dictar las pautas a seguir en esta materia, se concibe el Consejo de Salud Ocupacional, como un organismo adscrito al MTSS, que tiene a su vez una serie de competencias dadas por ley¹. Se habla de que la composición de este órgano, será de ocho miembros: uno representará al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y será quien lo presida, uno al Ministerio de Salud, uno al Instituto Nacional de Seguros, uno a la Caja Costarricense de Seguro Social, dos a los patronos y dos a los trabajadores².

En torno a las obligaciones del trabajador en esta materia, tenemos que deberá acatar y cumplir, en lo que le sea aplicable, con los términos de esta ley, su reglamento, los reglamentos de salud ocupacional, que se promulguen y las recomendaciones que, en esta materia les formulen las autoridades competentes³. En contra partida, las obligaciones que le atañen al empleador tenemos que en cada centro de trabajo, donde se ocupen diez o más trabajadores, se establecerán las comisiones de salud ocupacional que, a juicio del Consejo de Salud Ocupacional, sean necesarias. Estas comisiones deberán estar integradas con igual número de representantes del patrono y de los trabajadores, y tendrán como finalidad específica investigar las causas de los riesgos del trabajo, determinar las medidas para prevenirlos y vigilar para que, en el centro de trabajo, se cumplan las disposiciones de salud ocupacional⁴.

¹ . Ley No 6727, art. 274.

² . *Ibíd.*, art. 275. Véase sobre las elecciones y sesiones del órgano, arts 276-277.

³ . *Ibíd.*, art. 285. “Serán obligaciones del trabajador, además de las que señalan otras disposiciones de esta ley, las siguientes: a) Someterse a los exámenes médicos que establezca el reglamento de la ley u ordenen las autoridades competentes, de cuyos resultados deberá ser informado, b) Colaborar y asistir a los programas que procuren su capacitación, en materia de salud ocupacional, c) Participar en la elaboración, planificación y ejecución de los programas de salud ocupacional en los centros de trabajo; y ch) Utilizar, conservar y cuidar el equipo y elementos de protección personal y de seguridad en el trabajo, que se le suministren”.

⁴ . Ley No 6727, artículo 288

Asimismo, se han promulgado diferentes reglamentos en esta materia de salud ocupacional, por lo que su observancia reviste una importancia preponderante en el ámbito de la protección y garantías de los trabajadores¹.

4.3.2 Reglamento para la Contratación Laboral y Condiciones de Salud Ocupacional de las Personas Adolescentes (Decreto No 29220-MTSS)

El reglamento, empieza advirtiendo sobre cuales son las labores absolutamente prohibidas y al respecto, nos dice lo siguiente: “Son labores absolutamente prohibidas para las personas adolescentes, las que por las condiciones tecnológicas, de seguridad, físico ambiental y/o si los productos, sustancias u objetos con que se relacionen sean de carácter tóxico, combustible, inflamable, radiactivo, infeccioso, irritante y corrosivo que podrían ocasionar lesiones permanentes e inclusive su muerte. Además aquellas actividades que presenten peligro de violencia o predisposición a adquirir conductas disociales, vulnerabilidad al abuso sexual y explotación en un entorno perjudicial para el desarrollo biopsicosocial del adolescente”². Asimismo, menciona taxativamente en su artículo 5, una amplia gama de actividades prohibidas para las personas adolescentes (Minas, explotación de canteras, trabajos subterráneos y excavaciones; Trabajos en donde el ruido sea igual o superior a los ochenta y cinco (85) decibeles; Trabajos en que se utilicen maquinaria, herramientas y equipo que generen vibraciones de baja, media y alta frecuencia de 2 a 300 >Hz.; Elaboración, envasado, manipulación, transporte, venta y aplicación de agroquímicos, entre otras cosas).

El decreto de marras, apunta también a la modalidad de labores permitidas con restricciones para los adolescentes trabajadores³. A su vez, el capítulo III de esta

¹. A verbigracia traemos a colación los siguientes decretos: Decreto N° 18379-TSS “Reglamento de las Comisiones de Salud Ocupacional”; Decreto N° 27434-MTSS “Reglamento sobre las Oficinas o Departamentos de Salud Ocupacional”, Publicado en el Diario Oficial “La Gaceta N° 229” del Miércoles 25 de noviembre de 1998; Decreto N° 27298-MTSS “Reglamento de Condiciones Laborales y de Salud Ocupacional de los Chóferes de Autobuses”, Publicado en el Diario Oficial “La Gaceta No 183” del lunes 21 de setiembre de 1998.

². Decreto No 29220-MTSS art. 4.

³. Artículo 6°—Son labores restringidas aquellas en donde el contenido, la exigencia laboral y la organización del trabajo, máquinas y equipos de trabajo y las condiciones ambientales, puedan ocasionar fatiga física y mental y/o lesiones leves por lo que se requiere un control periódico del riesgo (inspecciones, evaluaciones, entre otros) y un cumplimiento estricto de las normas de seguridad.

normativa, destaca el titulado “De los derechos laborales”, que en lo conducente, vamos a permitirnos referirnos a tales disposiciones, cuando de adolescentes se trata:

“Artículo 8º—Las personas adolescentes que trabajen tendrán todos los derechos y beneficios que otorga nuestra legislación desde el inicio de su contrato y mientras este perdure. No podrán hacerse diferencias, salvo en lo que se refiere a la ejecución de labores y otros aspectos debidamente regulados, en aras de su protección y respeto de sus derechos fundamentales dados en la legislación nacional e internacional.

Artículo 10.—Las personas adolescentes no podrán trabajar en jornadas superiores a las seis horas diarias y a las treinta y seis horas semanales. Podrán contratar jornadas diurnas comprendidas entre el lapso de las cinco y las diecinueve horas, y jornadas mixtas que no sobrepasen de las veintidós horas. En todo caso, en la elaboración de los horarios de las personas adolescentes trabajadoras se tomarán en cuenta no sólo los límites establecidos sino también su derecho a asistir regularmente a los centros educativos.

Artículo 11.—Devengarán como mínimo un salario igual al establecido en el Decreto de Salarios Mínimos para una jornada diaria de ocho horas, según cada categoría ocupacional teniendo en cuenta que la protección que se brinda en cuanto al tiempo en que deben ejecutarse las labores no puede incidir negativamente en el ingreso salarial”

Por último, la normativa en estudio faculta a la Inspección de trabajo, para el logro de tales propósitos y en ese sentido, tiene a su cargo las siguientes tareas, actividades, competencias, funciones y atribuciones:

- a) Velar para que los contratos de trabajo en que sea parte una persona adolescente, cumplan con los requisitos y condiciones que establece el C.N.A., y las demás disposiciones legales nacionales e internacionales y reglamentarias que rijan la materia.
- b) Vigilar que las labores a desempeñar por las personas adolescentes trabajadoras no incidan negativamente en su salud y desarrollo físico y mental de acuerdo a las determinaciones que establece este Reglamento.
- c) Proporcionar a las personas adolescentes trabajadoras que son despedidas el asesoramiento legal adecuado para que puedan hacer valer sus derechos.

d) Vigilar para que en todo procedimiento en que sea parte una persona adolescente trabajadora se cumpla el debido proceso y no se le deje en estado de indefensión¹.

G) Delitos cometidos por personas jurídicas

“Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeren a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello”.

1. Análisis Descriptivo del Tipo

Basta iniciar diciendo que este artículo propuesto es una copia literal de su homólogo español². El artículo en primer lugar, establece la responsabilidad de los administradores y encargados cuando quien reúna las características de autor sea la persona jurídica y, por otro, a todo aquel que a pesar de conocer y pudiendo remediar los hechos punibles recogidos en los artículos anteriores, no lo hicieren.

En segundo lugar, no se refiere a los administradores o encargados del servicio que cometieren los hechos, sino a quienes “...hayan sido responsables de los mismos”. Parece aclararse con ello, que quien comete los hechos con arreglo a las exigencias del tipo de la parte especial, será la persona jurídica, pero se persigue a las personas físicas que deban responder por ello³. Otro asunto, que sería conveniente destacar es el hecho que el tipo que nos ocupa, admite la responsabilidad tanto por comisión como por omisión. Al respecto, SAÍNZ RUIZ, nos amplía y desarrolla esta situación, de la siguiente manera: *“En definitiva la conducta consiste “en no impedir la producción del hecho que otro realiza de manera activa”, encontrándonos por tanto ante una conducta omisiva, que guarda relación directa con la conducta activa de otra persona. El delito*

¹ . Decreto No 29220-MTSS art. 14

² . Ver en ese sentido el artículo 318 del Código Penal Español, el cual a su vez es una construcción derivada del antiguo artículo 499 bis del CP de 1944/73.

³ . COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) Op Cit, pág 160.

se consuma desde el momento en que se imponen las conductas delictivas, por lo que nos encontramos ante una conducta dolosa que excluye la comisión culposa. La expresión “pudiendo remediarlo” indica que existe un deber jurídico de actuación por parte del administrador o encargado”¹.

2. Naturaleza de las Personas Jurídicas

Las **personas jurídicas** son entidades constituidas por una pluralidad de personas individuales (también las pueden constituir otras personas colectivas) o por un patrimonio o masa de capital (fundaciones), a las que el ordenamiento jurídico reconoce como posibles titulares de derechos y obligaciones.

Se le conoce igualmente dentro de la doctrina a las personas jurídicas como personas morales y para el tratadista nacional, BRENES CÓRDOBA, *“Las personas morales son organizaciones (entidades) a las que la ley atribuye personalidad (capacidad jurídica). En la comunidad humana van apareciendo organizaciones (combinaciones de hombres y bienes), que el Estado, basado en diversos criterios (que pueden ser jurídicos, históricos, políticos, económicos etc.) reconoce y protege. La tutela estatal a veces llega al punto de otorgar personalidad jurídica a estas entidades. Consiguientemente, esas personas pueden adquirir bienes, contratar, ser titulares de derechos y contraer obligaciones, en suma, ser sujetos de derecho, tanto activa como pasivamente”².*

2.1 Las Doctrinas Modernas sobre la Persona Jurídica

Una definición moderna y amplia del término persona, implicaría la posibilidad del ente de ser centro o sujeto de atribuciones jurídicas, con connotaciones patrimoniales y de imperio, en el caso de las personas jurídicas³. El antagonismo

¹ . SAÍNZ RUIZ, (José Antonio) Op Cit, pág 2034.

² . BRENES CÓRDOBA, (Alberto) *“Tratado de las Personas”*, Volumen I, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 5ª. Edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos, 1998.

³ . CANDIAN, (Aurelio) *“Instituciones de Derecho Privado”*, Traducción de la segunda edición italiana por Blanca Caballero, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961, pág 63.

teórico más elaborado ha sido el llevado a cabo entre las llamadas teorías “de la Ficción” y “Orgánica”. Adentrándonos en este debate diremos que la posición de los teóricos “de la Ficción” no presenta diferencias de fondo muy amplias con respecto al Derecho Romano: su innovación consiste en el reconocimiento de la persona jurídica, si bien únicamente en cuanto una argucia tolerada, una ficción¹.

SAVIGNY elaboró una teoría en la cual la persona jurídica debe existir como ficción, dado que la única posibilidad de imputación jurídica debe ser necesariamente referida a personas físicas. Será el Estado el cual mediante permiso o reconocimiento oficial adjudicará a determinado patrimonio o grupo de individuos la “personalidad” necesaria para alcanzar sus fines². Por consiguiente, a través del sistema jurídico se les da vida a estas personas jurídicas y su interés viene antecedido de la necesidad de concebir otros sujetos dentro del derecho privado, aparte de los seres humanos o personas físicas.

Entre las críticas que se le han hecho a esta Teoría de la Ficción, tenemos que se le endilga una deficiente construcción jurídico-lógica que representa el hecho de incluir en exactamente la misma categoría, bajo exactamente el mismo régimen legal, a la persona física y la persona jurídica, ya que éstas se encuentran equiparadas en virtud de la “ficción”³.

En contrapartida, la teoría orgánica de las personas jurídicas propugna por establecer una imputación jurídica propia e independiente para las personas jurídicas. Para un autor como GALGANO, “...si la teoría de la Ficción se basa en un subterfugio legal, la teoría Orgánica se basa en el reconocimiento de una realidad”⁴. Esta teoría orgánica es la más aceptada en la actualidad, sin embargo en su posición más extrema

¹ . “Por lo dicho consideramos que los teóricos de la ficción, no hacen sino llevar a su nivel más técnico, pero sin salirse de sus rígidos cánones, las teorías clásicas” pág. 62, VEGA CARBALLO, (Sylvia) y CHACÓN SOLÍS, (Esteban) “El Daño Moral a las Personas Jurídicas”, Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, 1993.

² . Ver CAPILLA, (Francisco) “La Persona Jurídica. Funciones y Disfunciones”, Editorial Tecnos S.A., 1984.

³ . VEGA CARBALLO, (Sylvia) y otro, Op Cit, pág 64.

⁴ . citado por CAPILLA, Op Cit, pág 47.

esta corriente concibe a la persona moral como un ser viviente, un ser natural, con sentimientos, voluntad y vida propias¹.

En síntesis, su construcción asume que la relevancia jurídica de un ente no depende de su existencia real o ficticia, sino de su integración social. Existe, pues, la posibilidad de sujetos considerados individualmente en sus fines y necesidades dentro de un orden social; y existen grupos de individuos en los cuales el interés individual está subordinado a un interés grupal que se manifiesta a través de los órganos de la comunidad².

2.2 Características comunes a los diferentes tipos de Personas Jurídicas

Volviendo con el insigne tratadista Alberto Brenes Córdoba, tenemos que en su estudio cita una serie de características comunes a las personas jurídicas. Es así como nos habla de una organización de personas y bienes; un estatuto; una finalidad; el reconocimiento estatal y un régimen de publicidad y control³.

Ahondando un poco más sobre tales elementos, tenemos que sobre el **estatuto**, este instrumento normativo destaca y especifica los aspectos esenciales de la persona jurídica creada convencionalmente: nombre, domicilio, finalidad, plazo de constitución, patrimonio, causas de extinción y forma de liquidar el patrimonio, entre otras cosas. Por su parte, si hablamos de los **fines** de la persona jurídica, nos vamos a encontrar que los mismos son medios para los cuales fue concebida la persona en mención, siempre y cuando sean acordes con la ley, la moral y las buenas costumbres. Un nuevo aspecto que podríamos argüir es el relativo a que el fin debe ser posible de alcanzar⁴, a la vez que por imperativo de la propia legislación, algunos tipos de personas jurídicas tienen limitados los fines a aspirar (p.e. las asociaciones no pueden perseguir fines políticos ni de lucro).

¹ . “Tal concepción prácticamente no tiene seguidores y lo que hoy día lo que se considera correcto es que estas entidades poseen un sustrato material compuesto por hombres y cosas”, BRENES CÓRDOBA, (Alberto) Op Cit, pág 281.

² . VEGA CARBALLO, (Sylvia) y otro, Op Cit, pág 65.

³ . BRENES CÓRDOBA, (Alberto) Op Cit, pág 282.

⁴ . Código Civil de la República de Costa Rica, art. 631.

El **reconocimiento estatal** implica la personalidad que adquiere el ente, debido al conjunto de leyes que facultan para que la persona jurídica pueda coexistir con los sujetos o personas físicas. En nuestro derecho el reconocimiento se otorga: a) directamente por la norma que crea la persona jurídica –en Derecho Público- o bien; b) por la inscripción que previo el respectivo estudio sobre sus requisitos esenciales o calificación, se hace del acto constitutivo en el respectivo registro –registro mercantil, registro de asociaciones, etc.-¹

Por último, tenemos que el **régimen de publicidad** consiste, en primer lugar, en que el registro en que se encuentran inscritas las personas jurídicas es público y puede, en consecuencia, ser consultado por cualquier interesado. Sobre los **mecanismos de control o vigilancia**, éstos pueden ser muy variados y comprenden desde el control financiero por parte de la Contraloría General de la República, o la designación de un representante del Poder Ejecutivo en una Fundación; o hasta lo que sucede en las sociedades en las que cada socio, en virtud de la facultad que tiene de informarse sobre la marcha de los negocios sociales, es el guardián de sus propios intereses².

3. Las Personas Jurídicas en el Ordenamiento Jurídico Costarricense

3.1 Las Personas Jurídicas desde el Ámbito Civil

Siguiendo con el Maestro BRENES CÓRDOBA, tenemos que existen personas de interés público y de interés privado, dentro de la legislación patria. Dentro de las que persiguen fines privados tenemos las que tienen objeto el lucro y las no lucrativas³. Lucrativas son las sociedades comerciales y entre las que no revisten ese carácter, podemos hablar de las asociaciones civiles o de las Fundaciones

Ahora bien, otro asunto a dilucidar es el concerniente a la personalidad jurídica y como esta acompaña al sujeto durante toda su existencia; hasta la muerte en el caso de

¹ . BRENES CÓRDOBA, (Alberto) Op Cit, págs 284-285.

² . Ibíd, pág 285.

³ . Ibíd., pág 289.

las personas físicas, y en el caso de las personas jurídicas cuando sobrevienen las condiciones de hecho a las cuales la ley subordina la cesación de su existencia¹.

El artículo 33 del Código Civil estipula que la existencia de la persona jurídica “proviene de la ley o del convenio conforme a la ley”.

Si hablamos del plano comercial, tenemos que la ley dispone los requisitos que debe tener la constitución de una sociedad mercantil², y nos enuncia diferentes modalidades de sociedades: a) en nombre colectivo; b) en comandita simple; c) de responsabilidad limitada y d) anónima³.

3.2 La Difamación de Persona Jurídica

El artículo 153 del Código Penal estipula el tipo penal denominado Difamación de una persona jurídica, el cual reza lo siguiente: “Será reprimido con treinta a cien días multa, el que propalare hechos falsos concernientes a una persona jurídica o a sus personeros por razón del ejercicio de sus cargos que puedan dañar gravemente la confianza del público o del crédito que gozan”.

La concurrencia de los elementos de tipicidad implican que se lesione “el honor” como bien jurídico tutelado y conforme a la exigencia del tipo penal, no solo se requiere que los hechos que se propalen sean falsos, sino también que “puedan dañar gravemente la confianza”; por lo que nuestro Tribunal de Casación Penal ha dicho que “...lo que exige del juzgador no solo el examen de la falsedad de las manifestaciones en este caso, sino también la vinculación de los mismos con el posible daño en el crédito de la empresa. Examen que la juzgadora no hace, pues como lo dice la impugnante, no se valora con relación al tipo penal del art. 153 del Código Penal, las circunstancias en que se profirieron las palabras atribuidas al acusado, ni el efecto en el bien jurídico tutelado, siendo suficiente, para la señora jueza, decir que “profirió especies falsas

¹ . PÉREZ VARGAS, (Victor) “Derecho Privado”, segunda versión actualizada, Editorial Lil, San José Costa Rica, 1991.

² . Código de Comercio de la República de Costa Rica, art. 18.

³ . Ibíd., art. 17.

idóneas para dañar la confianza del público o crédito de que goza SAMOA DEL SUR S.A.” folio 64, sin motivar al respecto, y, más bien contradiciéndose en aspectos esenciales como “la falsedad de los hechos”, que no llega a precisar (...)”¹.

La doctrina ha manifestado que los entes colectivos, en sí mismos, no tienen “honor” en el sentido que lo disfrutan las personas individuales y que dado que pueden gozar de una posición en la sociedad a causa de la confianza que inspiran como institución, sólo puede considerárseles como sujetos pasivos de delitos contra el honor a través de figuras especiales que protegen su buen nombre o su crédito².

Ahora bien, nuestra jurisprudencia ha diferenciado la difamación de persona jurídica, con los delitos contra el honor tutelables en personas físicas, bajo los delitos de injurias y difamación; de la siguiente manera: “III. (...)En asuntos relacionados con los delitos de injurias y difamación a la verdad de los hechos ofensivos, cuando se actúa en ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, o bien en defensa de un interés público actual, hace que se excluya la antijuridicidad de la conducta, siendo beneficiado el querellado en caso de duda, como se dijo, por el in dubio pro reo. A diferencia de ello en los delitos de calumnias y de difamación de persona jurídica la falsedad de los hechos es un elemento del tipo penal, de modo que la verdad excluye la misma tipicidad de la conducta”³. Asimismo, en concordancia con los alcances del artículo 153 de repetida cita, la jurisprudencia también ha consignado que deben demostrar fehacientemente en que consistió la afectación al honor de cada uno de los querellantes –si el sujeto pasivo es múltiple– por parte del acusado⁴. También, es importante acotar que la Difamación de Persona Jurídica no se configura por frases

¹ . TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Voto No 2003-205. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, once horas treinta y ocho minutos del trece de marzo del dos mil tres.

² . CREUS, (Carlos). “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo I. Buenos Aires, 1995, 5° edición actualizada, Editorial Astrea, pág 141.

³ . TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL SAN JOSE. Voto No 2002- 179. Goicoechea, a las diez horas diez minutos del primero de marzo del dos mil dos. Véase al respecto 226-2001 del 16 de marzo del 2001, correspondiente al delito de calumnia, cuya referencia a la falsedad es similar a la del delito de difamación de persona jurídica. Sobre el delito de difamación de persona jurídica véase el voto 914-2001 del 21 de setiembre del 2001, dispuesto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

⁴ . SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2004-00378, San José, a las diez horas del dieciséis de abril de dos mil cuatro.

aisladas, sino que debe evaluarse todo lo expresado por el presunto autor de tal hecho punible¹.

¹ . SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-00914. San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de setiembre de dos mil uno.

CONCLUSIONES FINALES

Una vez llegados a este apartado, es necesario plantear las consideraciones finales que desde nuestra perspectiva conlleva este trabajo. Para lograr dicho cometido vamos a elaborar un recuento que nos deja la investigación realizada:

1) Congruencia entre Planteamiento del Problema y lo investigado en la tesis final: En la página 11 de este trabajo, nos habíamos planteado como el planteo preciso del problema, el hecho de conocer ¿Qué cambios se introducen con la nueva propuesta y su incidencia de cara al futuro en las relaciones laborales en Costa Rica?

Inicialmente diremos que los cambios introducidos mediante proyecto de ley No 11.871, que pretende adicionar bajo un título denominado “Delitos contra los trabajadores”, es de primer orden debido a que no existe en nuestra legislación penal, tipos penales de esta naturaleza. Adoptando un método analítico, fuimos escudriñando uno a uno de los diferentes tipos penales que subyacen bajo esta propuesta y en ese sentido consideramos que los seis delitos penales han sido abordados de una manera inteligible y desmenuzando sus principales características para hacerlos debidamente accesibles.

La génesis de esta iniciativa, proviene de los tipos penales homólogos del derecho penal español, quien tiene incorporados los mismos delitos que se han asimilado en Costa Rica, dado que desde el año 1995 empieza a regir el Código Penal vigente en España, el cual ubica los tipos penales bajo el Título XV del Libro Segundo con el título “De los Delitos contra los Trabajadores”, cuyos numerales corren desde el artículo 311 al 318. Ahora bien, podría pensarse que esta situación de “copiar” los delitos es algo perjudicial debido a que estamos hablando de implantar una legislación a otro contexto diferente. Sin embargo, en el caso costarricense es necesario partir de un cimiento que venga a servir como normativa aplicable en la especie y que hasta el día de hoy se carece dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal. Por esta razón, la reforma que nos ocupa reviste especial importancia, además que son tipos penales actuales y aplicables para nuestra realidad nacional.

2) Alcances de los tipos penales analizados: Es así como a lo largo de más de doscientas páginas pudimos establecer siete tipos penales, cuyos alcances son básicamente los siguientes:

2.1- Imposición de condiciones ilegales en el trabajo: Este delito se comete si mediando engaño o abuso de situación de necesidad, se imponen por el empresario, condiciones laborales ilegales, como no afiliarse o dar de alta en el Sistema de Seguridad Social al trabajador, o pagar solo parte del salario que le corresponde; o contratar de forma sucesiva a un trabajador mediante contratos temporales.

2.2- Tráfico Ilegal de mano de obra: Comete este delito quien trafique de cualquier manera ilegal con mano de obra, y también quien reclute alguna persona o la determine a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas y asimismo, quien emplee a extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos existentes.

2.3- Provocación de emigraciones clandestinas: Se comete esta figura delictiva cuando se promueve o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a Costa Rica y quien simulando contrato o colocación, o cuando otro engaño semejante, determine o favorezca la emigración de alguna persona u otro país.

2.4- Discriminación laboral: Este delito se comete por quien provoque una grave discriminación en el empleo público y privado contra alguna persona en razón de diferentes variables: ideología, religión, creencias, etnia, raza, edad etc. Se viene a consolidar la tutela de situaciones que están debidamente normadas en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, así como en normativa interna.

2.5- Delitos relativos a la libertad sindical y el derecho de huelga: Es importante destacar que comete este delito quien mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impida o limite el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga. Puede presentarse en la práctica como una panacea para persuadir a los patronos a menoscabar e inobservar los derechos de libre asociación en perjuicio de sus trabajadores, más es importante no perder de vista una serie de bemoles que existen en nuestra actual legislación y práctica judicial. Existen una serie de resoluciones

judiciales que hemos contextualizado especialmente en el momento de analizar este tipo penal.

2.6- Delitos relativos a las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo: Se trata de sancionar a quien o quienes infrinjan las normas de prevención de riesgos laborales y estando obligado a ello, no facilite los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que ponga en peligro grave su vida, salud o integridad física.

2.7-Delitos cometidos por personas jurídicas. En este aspecto analizaremos la posibilidad que las personas morales o jurídicas, puedan ser sujetos activos en el tanto puedan cometer este delito en perjuicio de los trabajadores a su cargo.

3) Derecho Penal del Trabajo: un puente entre dos ramas del derecho. Siguiendo con esta etapa conclusiva, tenemos que con esta reforma al Código Penal se introduce el concurso oportuno entre las materias de derecho penal y derecho del trabajo. No podemos desasociar un fenómeno del otro y por esta razón, estimamos conveniente destacar todo un capítulo para reseñar los lineamientos básicos tanto del derecho laboral (Cap I, “Naturaleza y Fundamentos Básicos del Derecho Laboral” págs 15-45), como del derecho penal (Cap II, págs 46-61).

Empezamos a abordar más detalladamente el derecho penal del trabajo en las páginas 66 a 81 de este mismo trabajo y podemos llegar a premisas conclusivas elementales, al menos eso estimamos de nuestra parte:

3.1- Las normas propuestas para su correcta tipificación y por ende el respectivo dictaminado de la sanción penal, deben contrastarse con la inobservancia de las obligaciones de índole laboral. Es así como para hablar de *imposición ilegal de trabajo*, tenemos que determinar si se violentó alguna(s) regulación(es) insertas dentro de la legislación de orden público en materia de trabajo.

3.2- Se ha hablado que el “injusto laboral” suele ser más amplio debido a las diferentes vicisitudes acaecidas en las relaciones laborales y las maneras o formas en que podrían violarse en perjuicio de los trabajadores las regulaciones estipuladas en las

normas penales propuestas. Por esta razón, nos encontramos con una diferencia clave según la doctrina en el sentido de las posibles diferencias con el injusto penal; más estimamos que las acciones típicas que se describen en los tipos penales propuestos están fundadas como lo expusimos anteriormente, en la legislación laboral existente, por lo que no se quebranta de manera alguna las garantías de tipicidad.

3.3- Ya en los últimos tiempos se ha dado una colaboración funcional entre el derecho penal y del trabajo, en áreas tales como el derecho sancionador administrativo, más se hace necesario extender esta complementariedad en otras esferas afines como las que se proponen en el proyecto de ley.

4) Breves conclusiones a título individual de los tipos penales propuestos:

Vamos a abordar seguidamente algunas derivaciones que desde nuestra óptica pueden hacerse a los tipos penales propuestos y el esfuerzo de contrastarlos a la luz de la legislación penal existente:

4.1- Sobre el Tipo penal propuesto de **“Mantenimiento y Condiciones Ilegales de trabajo o de Seguridad Social”**, tenemos que acotar lo siguiente:

- Las condiciones legales de trabajo están claramente establecidas en la normativa laboral de orden público, así como en las resoluciones que sobre dichas condiciones ha establecido la Sala Constitucional.
- Estas condiciones son de vital importancia, debido a que se concretan o materializan sobre acciones y tópicos variados: jornadas laborales; derechos salariales; protecciones o fueros etc.
- Sin embargo, con las regulaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLC), la legislación laboral solo pasa a ser considerada de importancia en el tanto afecte al comercio. Es decir, el parámetro de análisis se revierte en el sentido que lo importante es la empresa y su giro habitual a

desarrollar –el comercio-, y no importa el ser humano o trabajador(a), como inspira la doctrina y legislación actual en la materia.

- En cuanto a lo relacionado a la seguridad social, la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en su artículo 44 dispone el régimen sancionatorio con diferentes multas, y se complementa con lo dispuesto en el Reglamento del Seguro de Salud de 1997, el cual impone una serie de obligaciones concretas a los patronos.
- En este tipo penal propuesto no se incluye la sanción penal al patrono que defraude la seguridad social, debido a que el artículo 216 del mismo Código Penal que regula el tipo penal de estafa, sería aplicable en la especie y por lo tanto, se cumpliría dicho cometido.
- Finalmente debemos de manifestar que si lo que se persigue es detectar condiciones ilegales de trabajo, los(as) Inspectores(as) de trabajo tendrían una oportunidad propicia para denunciar penalmente las situaciones anómalas que descubran. Ahora bien, el problema que se les plantea entonces, es el concerniente a la carencia de plazas y recursos de toda índole para cumplir efectivamente su trabajo en concordancia con la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

4.2- Sobre el Tipo penal propuesto de **“Tráfico Ilegal de Mano de Obra”**, tenemos que acotar lo siguiente:

- Este tipo necesariamente se configura con la acción de traficar –colocar ilegalmente- a trabajadores(as) extranjeros. Por consiguiente, el tipo penal se consolida en el momento en que se trata de emplear en condiciones que son contrarias a las leyes migratorias.
- Se debe entender como infringido el tipo penal si se suscitare la conducta descrita en el punto anterior, salvo que el extranjero tenga un permiso de

residencia o carné de refugio, o las personas con las salvedades que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social así como las autoridades de migración, impongan (Ej: permisos temporales de trabajo).

- Por otra parte, es conveniente acotar que no puede decirse que existe un concurso aparente de normas entre la norma del 229 del proyecto de Ley de Migración y Extranjería y este tipo penal, debido a que la primera sanciona el ingresar ilegalmente a extranjeros; mientras que el delito en estudio lo que sanciona es emplear a dichas personas.

4.3- Sobre el Tipo penal propuesto de “**Migraciones Fraudulentas**”, tenemos que acotar lo siguiente:

- Es conveniente hacer mención, que este ilícito penal se compone de dos supuestos o posibilidades. Una de ellas es si se suscita la migración de fuera hacia dentro, sea de otros países a Costa Rica; la otra posibilidad sería todo lo contrario: desde dentro hacia fuera, sea de nuestro país a otro país de destino
- El tipo penal basta que se tenga realizado no solo desde la posibilidad de promover o favorecer este ingreso violentando las leyes migratorias, sino que además valiéndose de la argucia de “simular un contrato”. En ese sentido, la nueva normativa en materia de migración dispone diferentes categorías o status migratorios, tales como el de trabajadores transfronterizos; trabajadores temporales o trabajadores de ocupación específica, los cuales podrían laborar en Costa Rica según la especificidad descrita para cada caso. Por consiguiente, si no se atiende a lo dispuesto en tales provisiones, y se promoviere el acceso en este caso a nuestro país –emigración-, entonces se configura el delito en mención.

4.4- Sobre el Tipo Penal propuesto de “**Discriminación Laboral**”, tenemos que acotar lo siguiente:

- Este delito nos presenta la magnitud y gravedad de las prácticas discriminatorias en el empleo, las cuales se conjugan en una serie de prácticas diversas y lesivas para el trabajador o trabajadora. Ahora bien, tal como lo reseñamos en la página 146 de este trabajo, el tipo penal propuesto "...contempla como una causal en la que se puede incurrir en discriminación hacia una persona, la de "ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores". Nos parece que existe un tipo penal específico en el proyecto, que sanciona "Los Delitos contra la Libertad Sindical y de Huelga", en el que se establece una tipicidad que congloba actos discriminatorios, como serían los de "estorbar o entorpecer", a quienes tienen la citada representación; los cuales en alguna medida se encuentran regulados".
- Existen en el país antecedentes normativos que prohíben la discriminación en materia laboral, y que regulan más aspectos discriminatorios que el tipo penal propuesto. Empezamos por mencionar el caso de la Ley No 2694 de 1960. En ese sentido, cuando analizamos esta legislación, encontramos con que amplia e incluso contempla la posibilidad de ser discriminado por el "estado civil", así como por la "situación económica" u "origen social"; lo que supone nuevos factores discriminatorios que no los contempla el proyecto de ley en estudio (pág 148). Por otra parte, la Ley No 8107 del 18 de julio del 2001, incorpora la prohibición de Discriminar como garantía genérica, bajo el Título XI del actual Código de Trabajo y contempla la posibilidad discriminatoria por razones de edad, mientras la propuesta de delito penal no la contiene.
- La prohibición de discriminar tiene su asidero en una serie de tratados internacionales suscritos por Costa Rica, que regulan y prohíben esta nefasta práctica tanto en el orden del sistema de la Organización de las Naciones Unidas –tales como el PIDESC; Convención Internacional contra Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer-, como en el seno de la Organización Internacional del Trabajo –Convenio No 45; Convenio No 89; Convenio No 100 y 111-.

- Sobre los factores de discriminación contemplados en la propuesta legal, tenemos que decir inicialmente que la discriminación por ideología, religión o creencias, los artículos 12 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe estas posibilidades. La discriminación por motivos étnicos y raciales ha tenido algunas resoluciones a la luz de la Sala Constitucional en las que se tutela y ampara estos derechos. Asimismo, la discriminación por motivos de género u orientación sexual tiene en el caso de la normativa interna, las leyes 7126, 7476 o el Decreto Ejecutivo 26898-MTSS, que regula una serie de aspectos que destacamos al respecto. Si hablamos de la discriminación por situación familiar nos encontramos con que existen normativas que discriminan para optar por una plaza si se es familiar de otros funcionarios(as) previamente contratados(as). Con respecto a la discriminación por enfermedad o minusvalía, nos vamos a encontrar una gama de disposiciones legales que prohíben esta situación, como la Ley No 7600.

4.5- Sobre el Tipo Penal propuesto de **“Delitos contra la libertad sindical y el derecho de huelga”**, tenemos que acotar lo siguiente:

- Se sanciona el hecho de limitar o impedir el ejercicio de los derechos de libertad sindical o de huelga. Podría pensarse que existe un concurso aparente de normas con las disposiciones previstas para el tipo penal de condiciones laborales ilegales. Sin embargo, esta antinomia debería ser resuelta con la aplicación del tipo penal que estamos analizando, por ser más específico que el de condiciones laborales ilegales, que obedece más que todo a una connotación de alcance general.
- El sujeto activo está constituido por el patrono o empleador, más sin embargo la ley de orden público, si bien reconoce al tenor de normativas como la *Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito* en su artículo 56 la figura del Reconocimiento Ilegal de Beneficios Laborales, es importante señalar que no sanciona el hecho de entorpecer o menoscabar los beneficios o derechos laborales hacia los trabajadores.

- El inciso tercero del tipo que se refiere a la “coacción”, estimamos que es una regresión a otros tipos penales que fueron derogados y que asumían tales conductas típicas –como fueron los casos de los artículos 335 y 336 del Código Penal-. Además, al sancionar la posibilidad de coaccionar a otras personas a iniciar o continuar una huelga, queda claro que lo que se protege es el derecho a no hacer huelga o permanecer en ella como fin último. Esta situación desde nuestra perspectiva, presenta un contrasentido en el ámbito laboral con los convenios internacionales de protección a los derechos laborales, vigentes en el marco de la OIT, como sería lo previsto en el artículo 2 del Convenio No 87 según lo expusimos (pág 176).
- Vamos a transcribir para los efectos conducentes, lo que externamos al analizar este inciso tercero en la página 178 del trabajo: “...el título que se pretende incorporar mediante esta reforma al Proyecto de Código Penal concerniente a delitos contra los trabajadores, supone al menos –o eso creemos interpretar- que sus regulaciones van encaminadas a defender, fortalecer y expandir una serie de beneficios a favor de la población trabajadora; por lo que cualquier iniciativa que se separe de tales postulados, necesariamente contradice el espíritu de la normativa. Así las cosas, este controversial inciso tercero vendría precisamente a menoscabar la posibilidad de defensa del trabajador como sujeto pasivo en los tipos penales descritos, y más bien lo revierte al rol de sujeto activo de la norma. Es decir, se estaría gestando una reforma en su perjuicio en el marco de un elenco legal propuesto, con acciones típicas que tienen la intencionalidad precisamente de defender y realzar los derechos laborales, y no constituir portillos o prerrogativas a favor del empleador precisamente para gestar el efecto contrario de lo que se pretende; la efectiva tutela de sus derechos”.
- El tipo penal propuesto puede analizarse como una manera para defender la libertad sindical, la cual está menoscabada en su ejercicio pleno dentro del sector privado en sus diferentes manifestaciones. Dentro del sector público a raíz de los votos de la Sala Constitucional, tenemos que se ha limitado el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (Voto No 00-4453).

- El derecho a la libre sindicalización a pesar de estar consignado con rango constitucional y tutelado en los instrumentos internacionales de la OIT suscritos por Costa Rica (p.e. Convenios No 87, 98 y 135), en el foro constitucional ha sido tutelado más certeramente a partir del Voto No 5000-93. En todo caso, la estructura de patrones privados favorecen la constitución del solidarismo en detrimento del sindicalismo, según revelamos en los estudios invocados (véase págs 193 y sgtes)
- Por otra parte, si hablamos del derecho de huelga en Costa Rica, tenemos que la titularidad de este derecho se debe determinar con fundamento en los artículos 61 constitucional y 364 y 366 del Código de Trabajo. El Voto No 1317-98 tiene una serie de implicaciones en el ejercicio del derecho de huelga, ya que se sometieron a la Sala Constitucional una serie de vicios de constitucionalidad, los cuales tienen incidencia en el desenlace del mismo (véase págs 201 a 204).
- Uno de los aspectos que señalamos en este trabajo, era el del proyecto de ley de reforma procesal laboral al Código de Trabajo, que introducía el artículo 388, que nos dice que “Toda persona que incite públicamente a que una huelga o un paro se efectúe contra las disposiciones de este Título, será sancionada con una multa de cinco a diez salarios mensuales”. Es importante hacer notar que, en el marco de la legislación penal vigente, no existe ningún delito que pueda atribuírsele como sujeto activo, a los(as) incitadores de huelga o paro; salvo las regulaciones que se están proponiendo con el delito en estudio.
- Especial interés nos merece el hecho que a través de la Ley No 8250 publicada en el Alcance No 37 a la Gaceta No 89 el viernes 10 de mayo del 2002, el Presidente de la República de ese entonces remite una legislación de corte represivo, que reforma y crea los artículos 256 bis, 386 inciso 1), 387 inciso 7 adicionados al código penal de la República de Costa Rica. Nos avocamos a demostrar como esta legislación es hasta inconstitucional debido a que deja abierta las conductas típicas y no contiene todos los elementos descriptivos del tipo.

4.6- Sobre el Tipo Penal propuesto de **“Delitos contra la seguridad y el trabajo”**, tenemos que acotar lo siguiente:

- El delito que nos ocupa, tiene dos modalidades comisivas diferenciadas por el elemento subjetivo: un tipo doloso y un tipo imprudente. Sobre la primera modalidad comisiva, tenemos que el tipo doloso castiga a quienes no faciliten los medios necesarios para que el trabajador realice su tarea en concordancia con las regulaciones de seguridad e higiene, y estando legalmente obligado a hacerlo.
- Las regulaciones contenidas en esta materia, tienen su asidero incluso en el texto de nuestra Constitución Política, la cual dispone una serie de obligaciones en la materia que nos ocupa, y en ese sentido, el artículo 66 de la Carta Magna dispone como una obligatoriedad patronal, la “de adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo”. Por su parte, el artículo 73, párrafo final, enuncia que los seguros contra riesgos profesionales “...serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales”.
- Como fuentes jurídicas para regular este derecho, tenemos fuentes a nivel internacional y en el orden interno. Con respecto a las primeras, tenemos el Convenio No 120 de la Organización Internacional del Trabajo (“Convenio sobre la higiene comercio y oficinas); Convenio No 134 (“Convenio sobre la prevención de accidentes/gente de mar”); Convenio No 148 (“Convenio sobre el medio ambiente de trabajo”). Es decir, las provisiones insertas en dichos tratados constituyen parte del ordenamiento jurídico costarricense de acuerdo al artículo 7 de la Carta Magna y por ende, son de plena observancia y aplicación.
- Con respecto a las disposiciones internas, tenemos una variedad de disposiciones las cuales nos servimos a lo largo del trabajo cuando abordamos este tipo penal, exponerlas págs (211 a 231). A manera de enunciar tales normativas, tenemos que hacer mención a ellas de la siguiente manera: Ley General de Salud en su artículo 298; Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo -Decreto N° 1, de 1967, y Decreto 4 de 1970-; Ley sobre Riesgos del Trabajo;

Reglamento para la Contratación Laboral y Condiciones de Salud Ocupacional de las Personas Adolescentes (Decreto No 29220-MTSS).

4.7- Como comentario al margen, se incorpora una disposición en torno a si los **delitos son cometidos por las personas jurídicas**, los alcances serán de atribución y responsabilidad penal, para sus representantes o administradores. Es importante tener presente que la legislación penal ha establecido el tipo penal de *difamación de persona jurídica*, lo que implica un grado de personalidad y legitimación activa que otorga el ordenamiento a esta figura jurídica. A contrario sensu, la normativa adicionada bajo este título de delitos contra los trabajadores, pretende darle un status de legitimación pasiva, para poder ser denunciado penalmente.

Así que una vez expuestas las anteriores inquietudes a manera de glosa, dejamos planteadas nuestras inquietudes, esperando haber hecho una descripción de los tipos penales propuestos no solo desde la óptica penal; sino que desde el ámbito laboral que es el énfasis del trabajo.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL UTILIZADA

A) Libros Consultados

AGUILAR SÁNCHEZ, (Carlos) edit. "Reflexiones en torno al Tratado del Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (TLC EU-CA): Razones para el Rechazo", primera edición, San José, Costa Rica, 2004

ALONSO GARCIA, (Manuel), "Curso de Derecho del Trabajo", Barcelona, Edit. Ariel, sexta edición, 1985

ALONSO OLEA, (Manuel) y CASAS BAARONDE, (María Emilia) "Derecho al Trabajo", trigésimo primera edición, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2003

APARICIO, (Joaquín) y BAYLOS, (Antonio) "Autoridad y Democracia en la Empresa", Madrid, Editorial Trotta-Fundación primero de mayo, 1992.

ARROYO ZAPATERO, (Luis A.) "Manual de Derecho Penal del Trabajo", Barcelona, 1988.

BAJO FERNÁNDEZ, (Miguel) y BACIGALUPO, (Silvina) "Delitos Tributarios y Previsionales", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Jorge De Palma editor, enero 2001.

BAJO, (Miguel) y BACIGALUPO, (Silvina) "Derecho Penal Económico", Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., primera edición, 2001

BAYLOS, (Antonio) y TERRADILLOS, (Juan) "Derecho Penal del Trabajo", Editorial Trotta, Madrid, 1990.

BAYÓN CHACON, (Gaspar), "Actos de perfección de los conflictos de trabajo", Mimeografiado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1985

BEETHAM, (David), "Politics and Human Rights", Blackwell Publishers, Oxford, 1995

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Ignacio) y ARROYO ZAPATERO, (Luis) "Manual de Derecho Penal I: Parte General", Editorial Praxis S.A., Barcelona, primera edición, septiembre 1994.

BERDUGO GÓMEZ (Ignacio), ARROYO ZAPATERO (Luis), GARCÍA RIVAS (Nicolás), FERRÉ OLIVÉ (Juan C.) y SERRANO PIEDECASAS, (José Ramón) "Lecciones de Derecho Penal: Parte General", La Ley-Editorial Praxis S.A., segunda edición octubre 1999

BEZZI, (Osvaldo Máximo) "**El Poder Disciplinario de la Administración Pública: Naturaleza, Procedimiento y Control Jurisdiccional**" en Revista del Colegio de Abogados de la Plata, julio-diciembre 1982, año XXIV, número 43.

BLANCO VADO, (Mario) "Las Regulaciones en Materia de Salud Laboral", Asociación Centro Ejecutor de Proyectos Económicos y de Salud (ACEPESA), San José, primera edición, 1985.

BLASCO PEUCELLER y GARCÍA RUBIO, "Curso de Derecho Administrativo Laboral", Tirant Lo Blanch, Valencia 2001.

BOLAÑOS CÉSPEDES, (Fernando) “Alcances de la Libertad Sindical en Costa Rica”, San José, Costa Rica, Editorial Guayacán, primera edición, 2002

BORJA y BORJA, (Ramiro) “Teoría General del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1985

BORRAJO DA CRUZ, (Efrén) “Introducción al Derecho del Trabajo”, Tecnos, Madrid, duodécima edición, 2002.

BRENES CÓRDOBA, (Alberto) “Tratado de las Personas”, Volumen I, Editorial Juricentro, San José Costa Rica, 5ª. Edición revisada y actualizada por Gerardo Trejos, 1998.

CABANELLAS, DE TORRES, (Guillermo), “Tratado de Derecho Laboral”, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Heliasta, tercera edición, 1979

CABANELLAS DE TORRES, (Guillermo), “Tratado de Derecho Laboral”, Tomo I, Vol I, Parte General, tercera edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1987

CALDERA, (Rafael), “Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Editorial Librería El Ateneo, Tomo I, sexta reimpresión, 1974.

CANDIAN, (Aurelio) “Instituciones de Derecho Privado”, Traducción de la segunda edición italiana por Blanca Caballero, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1961.

CAPILLA, (Francisco) “La Persona Jurídica. Funciones y Disfunciones”, Editorial Tecnos S.A., 1984.

CARRANZA, Elías (coord.), Delito y Seguridad de los Habitantes, Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, siglo veintiuno editores, primera edición 1997

CARRO ZÚÑIGA, (Carlos) “Derecho del Trabajo Costarricense”, Editorial Juritexto, San José Costa Rica, 1992.

CASCANTE CASTILLO, (German Eduardo) “Teorías Generales del Derecho del Trabajo”, Investigaciones Jurídicas S. A ediciones, San José, primera edición, 2001

CASCANTE CASTILLO, (Germán Eduardo) “Manual Práctico de Legislación Laboral”, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, marzo 2003.

CINTERFOR (Oficina Internacional del Trabajo), “Formación para el Trabajo Decente”, Ginebra, 2001

COBO DEL ROSAL, (Manuel) “Curso de Derecho Pernal Español: Parte Especial”, Volumen I, Marcial Pons editores, Madrid, 1998.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) “Derecho Penal: Parte Especial III”, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 1999

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, (Cándido) “Derecho Penal Comentado”, Tomo I, Editorial Bosh S.A., Barcelona, segunda edición, febrero 2004

CORDERO SAAVEDRA, (Luciano) “Los Trabajadores cualificados en prevención de riesgos laborales y sus responsabilidades Parte I”, en www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0195.htm

- CREUS, (Carlos) “Derecho Penal: Parte General”, tercera edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Alfredo y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1992.
- CREUS, (Carlos). “Derecho Penal, Parte Especial”, Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 5° edición actualizada, 1995.
- CUELLO CALÓN, (Eugenio) “Derecho Penal Tomo I (Parte General)”, quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1940.
- CUVILLIER, (Rolando), “Hacia la Reducción de la Duración del Trabajo”, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1982
- CHACÓN, (Rubén) “Leyes Laborales en Costa Rica: Obstáculos legales, políticos y prácticos para su cumplimiento”, Asociación de Servicios de Promoción Laboral (ASEPROLA), octubre 2003
- CHAZAL PALOMO, (José Antonio), “Fundamentos de Derecho Laboral y Social”, Edición Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra-UPSA, primera edición 1995.
- CHICAS HERNÁNDEZ, (Raúl Antonio) “Tratado de Derecho Laboral”, México D.F., 1976.
- CHINCHILLA MIRANDA, Laura (edit.), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Seguridad Ciudadana y Justicia Penal: Perspectiva de la Sociedad Civil: Memoria del Foro”, San José Costa Rica, primera edición, 1999.
- DE LA CRUZ, (Vladimir), “Los Mártires de Chicago y el 1ero de Mayo de 1913”, San José, Editorial Costa Rica, primera edición
- DE LA VILLA GIL, (Luis Enrique) y LÓPEZ CUMBRE, (Lourdes) “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1999.
- DEVEALI, (Mario), “El derecho del trabajo”, Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo II, 1983
- DÍAZ ROCA , (Rafael) “Derecho Penal General”, Editorial Tecnos, Madrid, 1996
- DROMI, (José Roberto) “Manual de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.
- FERNÁNDEZ MARCOS, (Leodegario) “Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, Universidad Estatal a Distancia, Madrid, 1999
- FITA ORTEGA, (Fernando), “La Pequeña y Mediana Empresa en el Ordenamiento Jurídico-Laboral”, CES, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997
- GARCIA OVIEDO, (Carlos), “Tratado Elemental de Derecho Social”, Madrid, Editorial Elsa, 1954.
- GARCÍA-PABLOS, (Antonio) “Derecho Penal”, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Servicio Publicaciones, Madrid, 1995
- GERONIMI, (Eduardo) “Aspectos Jurídicos del Tráfico y la Trata de Trabajadores Migrantes”, Documento de Antecedentes preparado para la Conferencia Hemisférica sobre Migración Internacional: Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas (Santiago de Chile 20-22 de noviembre del 2002). Programa de Migraciones Internacionales, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002

GODÍNEZ VARGAS, (Alexander) compilador “El derecho del trabajo frente a la flexibilización normativa” en Antología Tendencias Actuales de la Flexibilización Laboral, Curso Maestría Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UNED, Primer Tomo, 2002.

GONZÁLEZ DEILENS, (Seidy) y ZAMORA CAMACHO, (Kathia), “Panorámica Criminológica y Sociológica del Delincuente y su Readaptación Social: Necesidad de Reconstrucción del Sistema Penal”, Tesis de grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de San José, 1996

GORDILLO, (Agustín) “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ediciones Macci, 1984

HARNECKER, (Marta), “Los Conceptos Elementales del Materialismo Histórico”, Editorial Siglo veintiuno, México-Barcelona-Buenos Aires, décimo tercera edición, 1985

HASSEMER, (Winfred) y MUÑOZ CONDE, (Francisco) “Introducción a la Criminología y el Derecho Penal”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989

HERNÁNDEZ PASCUAL, Clemente, “Regulación, Flexibilidad y Segmentación de los Mercados de Trabajo”, Valencia, Institut de Cultura Juan Gil-Albert, textos mestonir, 1995

HERNÁNDEZ RON, (J.M.) “Tratado Elemental de Derecho Administrativo”, Caracas, Tipografía Americana, Tomo I, 1975.

JESCHECK, (Hans-Henrich) “Tratado de Derecho Penal: Parte General”, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, Volumen I, traducido al español, 1981

LANDECHO VELASCO, (Carlos María) y MOLINA BLÁZQUEZ, (Concepción) “Derecho Penal Español: Parte General”, Editorial Tecnos, Madrid, sexta edición, 2000

LICHTHEIM, (George), “Breve Historia del Socialismo”, Madrid, Alianza Editorial, tercera edición, 1979.

LUJÁN ALCARAZ, (José), “La Contratación Privada de Servicios y el Contrato de Trabajo: Contribución al Estudio del Ámbito de Aplicación Subjetiva del Derecho del Trabajo”, Madrid, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales No 7, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994

MARIENHOFF, (Miguel S.) “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo II, 1969.

MARTÍNEZ MARÍN, (Antonio) “Régimen Jurídico de los Funcionarios”, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

MARX, (Carlos), “El Capital”, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1959, postfacio de la segunda edición.

MERVE-VITU, “Tratado de Derecho Criminal”, París, Editorial Cuyes, 1967.

MIR PUIG, (Santiago) “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Editorial Ariel S.A., Barcelona, primera edición junio 1994.

MOLERO MANGLANO, Carlos, “Estructura del Contrato de Trabajo (Un Estudio sobre su Configuración, elementos, contenido y extinción)”, Madrid, Dykinson, 1997

MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Derecho del Trabajo”, Madrid, Editorial Tecnos S.A., quinceava edición, 1994.

MORALES GAMBOA, (Abelardo) “Situación de los Trabajadores Migrantes en América Central”, Estudios sobre Migraciones Internacionales No 53, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002

MUÑOZ CONDE, (Francisco) y GARCÍA ARÁN, (Mercedes) “Derecho Penal: Parte General”, segunda edición, Tirant Lo Blanch, Valencia España, 1996.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, (Emilio) “Sobre el Concepto del Derecho Penal”, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Serie Publicaciones, 1981.

OIT, Organización Internacional del Trabajo, “Programa Internacional para Mejorar las Condiciones de Trabajo y del Medio Ambiente de Trabajo”, Ginebra-OIT

OIT, Memoria del Director General, “**Reducir el Déficit de Trabajo Decente: Un Desafío Global**”, Conferencia Internacional del Trabajo 89ª reunión 2001, Ginebra, primera edición 2001

OIT, Organización Internacional del Trabajo, “**Trabajo Decente y Protección para todos. Prioridad de las Américas**”, Memoria del Director Regional a la 14va Reunión Regional de los Estados Miembros de la OIT en las Américas, Lima, 1999,

OIT, Organización Internacional del Trabajo, “Las Normas Internacionales de Trabajo: Un Enfoque Global”, Ginebra, 75 aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones,

OIT, Organización Internacional de Trabajo, “La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical”, Ginebra, cuarta edición revisada, 1989

Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Trabajadores Migrantes” Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 87va reunión, Ginebra, 1999

Organización de las Naciones Unidas(ONU) “El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial”, Ginebra, Naciones Unidas, 1992

Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Discriminación contra la Mujer : Convención y Comité”-Folleto 22

PALOMEQUE LÓPEZ, (Manuel Carlos) “Derecho del Trabajo e Ideología”, Editorial Tecnos, Madrid, quinta edición revisada, 1995

PASCO COSMÓPOLIS, (Mario) “**Los Principios del Derecho Procesal del Trabajo**” en Encuentro Iberoamericano de Justicia del Trabajo, San José-Costa Rica, 24-25 de junio de 1999.

PÉREZ VARGAS, (Victor) “Derecho Privado”, segunda versión actualizada, Editorial Lil, San José Costa Rica, 1991.

PLÁ RODRÍGUEZ, (Américo) “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2º Edición, 1978

PLÁ RODRÍGUEZ, (Américo) “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990

Proyecto Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Informe de la auditoria ciudadana sobre la calidad de la democracia en Costa Rica, primera edición, San José, Costa Rica, Proyecto Estado de la Nación 2001

QUINTEROS OLIVARES, (Gonzalo) director “Manual de Derecho Penal: Parte General”, Aranzadi Editorial S.A., Barcelona, 1999

RAMÍREZ MARTÍNEZ, (Juan Manuel) “Curso de Derecho del Trabajo”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003

REGIDOR UMAÑA, (Jorge Emilio) “**El Caso Costa Rica**” cuadro No 15

RODRIGUEZ MANCINI, (Jorge), “Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993

RODRÍGUEZ MOURILLO, (Rafael) “Derecho Penal General”, Editorial Civitas, Madrid, 1986

RODRÍGUEZ MOURULLO, (Gonzalo) “Derecho Penal, Parte General”, Editorial Civitas S.A., Madrid, primera reimpresión 1978.

RODRÍGUEZ RAMOS, (Luis); COBOS GÓMEZ DE LINARES, (Miguel Ángel) y SÁNCHEZ TOMAS, (José Miguel) “Derecho Penal: Parte General Vol III”, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, España 1999.

ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, “El Poder de Dirección y Contratos de Trabajo”, Valladolid, Ediciones Graphens, primera edición, 1992

ROXIN, (Claus) “Derecho Penal: Parte General Tomo I”, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, traducido por Luzón Peña Diego-Manuel, Vicente Remesal Javier, Editorial Civitas S.A., Madrid, primera edición, 1997

RUIZ ZUÑIGA, (Angel), “Ocaso de una Utopía : En las Entrañas del Marxismo”, San José, Editorial de la Universidad de Costa Rica, primera edición 1993.

SAGARDOY BENGOCHEA, (Juan Antonio), DEL VALLE VILLAR, (José Manuel) y GIL Y GIL, (José Luis) “Prontuario de Derecho del Trabajo”, Editorial Civitas, Madrid, cuarta edición, 1998

SAINZ RUIZ, (José Antonio) en DEL MORAL GARCÍA, (Antonio) , SERRANO BUTRAGUEÑO, (Ignacio) coord.. “Código Penal (Comentarios y jurisprudencia)”, Tomo II, Granada, Comares editorial, 2002

SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.), Sistemas Penales y Derechos Humanos, San José, Costa Rica, CONAMAJ, 1997.

SEGARES MASÍS, (Pedro) “El Debido Proceso y Lo Disciplinario Laboral”; San José, octubre 1993.

SEMPERE NAVARRO, (Antonio) coordinador; CORDERO SAAVERDRA, (Luciano); GUTIERREZ-SOLAR-CALVO, (Beatriz) y MARTÍN JIMÉNEZ, (Rodrigo) “Derecho Sancionador Público del Trabajo”, Editorial Colex, Madrid, 2001.

SEPÚLVEDA MALBRÁN, (Juan Manuel) editor. “Las organizaciones sindicales centroamericanas como actores del sistema de relaciones laborales”, San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

SEPÚLVEDA MALBRÁN, (Juan Manuel), editor “Las Organizaciones Sindicales Centroamericanas como Actores del Sistema de Relaciones Laborales”, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV), Equipo Técnico Multidisciplinario para Centroamérica, Cuba, Haití, México, Panamá y República Dominicana, San José, Costa Rica, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, (Jesús María) “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, José María Bosch editores S.A., Barcelona, 1992.

SUAY RINCÓN, (José) “Sanciones Administrativas”, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia-Italia, 1989.

VALDES DEL- RÉ, Fernando, “**Poderes del Empresario y Derechos de la Persona del Trabajador**” en APARICIO, (Joaquín) y BAYLOS, (Antonio) “Autoridad y Democracia en la Empresa”, Madrid, Editorial Trotta-Fundación primero de mayo, 1992.

VALVERDE KOPER, (Mercedes), “Legislación Laboral”, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, primera edición 1983.

VIDAL CARVANA, Gonzalo, “El Cambio Laboral en la Década de los 90”, Espasa-Calpe, Fundes, 1991.

WELZEL (Weilghen) “Introducción a la Filosofía del Derecho (Derecho natural y justicia material)” traducción Recasens Fiches, Barcelona, 1949

ZAFFARONI, (Eugenio Raúl) “Manual de Derecho Penal: Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, cuarta edición, marzo 1985.

ZAMORA CASTILLO, (Luis Alcalá), et. al. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Editorial Depalma, cuarta edición, Vol II, 1981.

B) Revistas Utilizadas

AMARTYA, Sen “**Trabajo y Derechos**” en Revista Internacional del Trabajo, Ginebra 2000, Vol. 119 No 2.

ARAGÓN, (Jorge) “**Las migraciones en la globalización. Un complejo puente entre el norte y el sur del desarrollo**” en Confederación Sindical de Comisiones Obreras (C.C.O.O), Gaceta Sindical/Reflexión y Debate “Ciudadanía y Derechos Sociales y Políticos de los Migrantes” Madrid, junio 2003.

BLANCO VADO, (Mario), “**El Sindicato como Titular del Derecho de Huelga**” en Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados, No 69 mayo-agosto 1991.

BLANCO VADO, (Mario), “**Comentario a la sentencia No 1696-92 sobre laudos de la Sala Constitucional**”, en Revista Iustitia, San José, 1992

EIGER, Phillippe y SENGERBERGER, Werner “**Problemas y Políticas del Trabajo Decente**” en OIT Cinterfor “Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional”, Número 151, 2001

ISSA EL KUORY (Henry), “**Límites del Control Social a Través del Sistema Penal**”, en Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José-Costa Rica, Revista No 3, año 2, noviembre 1990.

OJEDA AVILÉS, (Antonio) “**Flexibilidad Judicial y Contractualismo**” en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense: Estudios sobre Flexibilización Laboral y Nuevos Compartimientos Sindicales” (Seminario italo español de Derecho del Trabajo), Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1988.

C) Tesis de Grado

CAJINA CAVARRÍA, (Mario) y RETANA MADRIZ, (Geovanni) “El Procedimiento Administrativo Disciplinario (Sancionatorio) en el Sector Descentralizado de Costa Rica”, Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, junio 1993.

FARRIER BRAIS, (Pedro), LOBO QUIRÓS, (Víctor Manuel) y PEÑARANDA SEGREDA, (Guido Arturo), “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)”, San José, Seminario de Graduación para optar al título de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988.

SALAZAR CARVAJAL, (Juan Pablo), “Sistema Penal en la Sociedad Democrática”, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998.

VEGA CARBALLO, (Sylvia) y CHACÓN SOLÍS, (Esteban) “El Daño Moral a las Personas Jurídicas”, Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, 1993.

VILLALOBOS MOLINA, (Luis Alonso), “El Régimen Disciplinario Estudiantil de la Universidad de Costa Rica: Análisis Crítico a la Luz del Debido Proceso y Propuestas de Reforma”, Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Tomo I, 1998.

D) Normativa Utilizada (Decretos, Legislación y Convenios)

Asamblea Legislativa, Departamento de Comisiones Legislativas-Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos “Ley de Reforma al Código Penal” Expediente nº 11.871 *Dictamen Afirmativo de Mayoría* 22 de abril 2003.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Comisión Permanente de Gobierno y Administración, “Ley General de Migración y Extranjería”, Expediente No 14269, Dictamen Afirmativo de Mayoría Dictamen 09 de marzo del 2004.

Convenio No 45, “**Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres)**”, Organización Internacional del Trabajo, 1935.

Convenio No 87, “**Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación**”, Organización Internacional del Trabajo, 1948.

Convenio No 98, Organización Internacional del Trabajo.

Convenio No 100, “**Convenio sobre igualdad de remuneración**”, Organización Internacional del Trabajo, 1951

Convenio No 111, “**Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)**”, Organización Internacional del Trabajo, 1958.

Convenio No 120, “**Convenio sobre la higiene (comercio y oficinas)**”, Organización Internacional del Trabajo, 1964.

Convenio No 130, “**Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad**”, Organización Internacional del Trabajo, 1969

Convenio No 131, “**Convenio sobre la fijación de salarios mínimos**”, Organización Internaional del Trabajo, 1970.

Convenio No 134, “**Convenio sobre la prevención de accidentes (gente de mar)**”, Organización Internacional del Trabajo, 1970.

Convenio No 135, “**Convenio sobre los representantes de los trabajadores**” Organización internacional del Trabajo, 1971.

Convenio No 148, “**Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones)**”. Organización Internacional del Trabajo, 1977.

Convención Americana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, San José, 1969.

Decreto N° 27298-MTSS “**Reglamento de Condiciones Laborales y de Salud Ocupacional de los Choferes de Autobuses**”, Publicado en el Diario Oficial “La Gaceta No 183” del lunes 21 de setiembre de 1998.

Decreto N° 27434- MTSS “**Reglamento sobre las Oficinas o Departamentos de Salud Ocupacional**”, Publicado en el Diario Oficial “La Gaceta N° 229” del Miércoles 25 de noviembre de 1998

Decreto Ejecutivo No 28770-MP-MTSS del 6 de julio del 2000, publicado en La Gaceta No 134 del 12 de julio del 2000.

Decreto No 29220-MTSS.

Decreto N° 18379-TSS “**Reglamento de las Comisiones de Salud Ocupacional** La Gaceta del 28 de noviembre de 1996, Número 229), y Ley No 7510 de reforma a los artículos 2,3 y 4 de

la Ley · 832 sobre el Consejo nacional de Salarios ; en **Guatemala** el acuerdo gubernativo No 33-85 introduce modificaciones al acuerdo gubernativo No 13 del 9 de abril de 1968

Ley No 17 del 22 de octubre de 1943

Ley No 1860 “Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social”, Publicada en La Gaceta el 04 de junio de 1955 y sus reformas.

Ley General de la Administración Pública del 30 de mayo de 1978.

Ley No 2964.

Ley No 5395 del 26 de octubre de 1973

Ley No 6727.

Ley No 7142 del 8 de marzo de 1990

Ley No 7476

Ley No 7600 del 29 de mayo de 1996.

Ley No 8107 del 29 de junio del 2001.

E) Jurisprudencia Utilizada

Corte .I.D.H., “**La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Series A No 5.

Corte .I.D.H., “**La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs Chile)**” Sentencia del 5 de febrero del 2001. Series C No 73.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 461-91 de las quince horas catorce minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y uno.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 01739-92 de las once horas cuarenta y cinco minutos el primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 5000-93, San José, a las diez horas con nueve minutos del día ocho de octubre de mil novecientos noventa y tres.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 6054-93 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del diecinueve de noviembre de mil novecientos noventa y tres.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 3484-94 de las doce horas del ocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 5594-94, San José, de las quince horas cuarenta y ocho minutos del veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Voto No 022-95 de las diez horas con veinte minutos del 5 de enero de mil novecientos noventa y cinco.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 1996-00033, San José, a las dieciséis horas con treinta minutos del tres de enero de mil novecientos noventa y seis.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 0200-96, San José, a las diecisiete horas quince minutos del diez de enero de mil novecientos noventa y seis.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 6497-96, San José, a las once horas con cuarenta y dos minutos del día dos de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 7079-96, San José, de las once horas cincuenta y cuatro minutos del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1998-01317, San José, a las diez horas con doce minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 04427-99. San José, a las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintitrés de junio de mil novecientos noventa y ocho.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No : 08857-98. San José, a las dieciséis horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, San José, Voto No 2000-06939 de las dieciséis horas con veinticuatro minutos del ocho de agosto del dos mil.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-10198, San José, a las quince horas con veintinueve minutos del diez de octubre del dos mil uno.

SALA SEGUNDA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Voto No 24-2001, San José, a las catorce horas con cuarenta minutos del diez de enero del dos mil uno.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2002-00145, San José, a las trece horas cincuenta minutos del nueve de abril de dos mil dos.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2002-00164, San José, a las diez horas veinte minutos del diecisiete de abril del dos mil dos.

TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL SAN JOSE. Voto No 2002- 179. Goicoechea, a las diez horas diez minutos del primero de marzo del dos mil dos.

TRIBUNAL DE CASACION PENAL. Voto No 2003-205. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, once horas treinta y ocho minutos del trece de marzo del dos mil tres.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2001-00914. San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de setiembre de dos mil uno.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No 2004-00378, San José, a las diez horas del dieciséis de abril de dos mil cuatro.