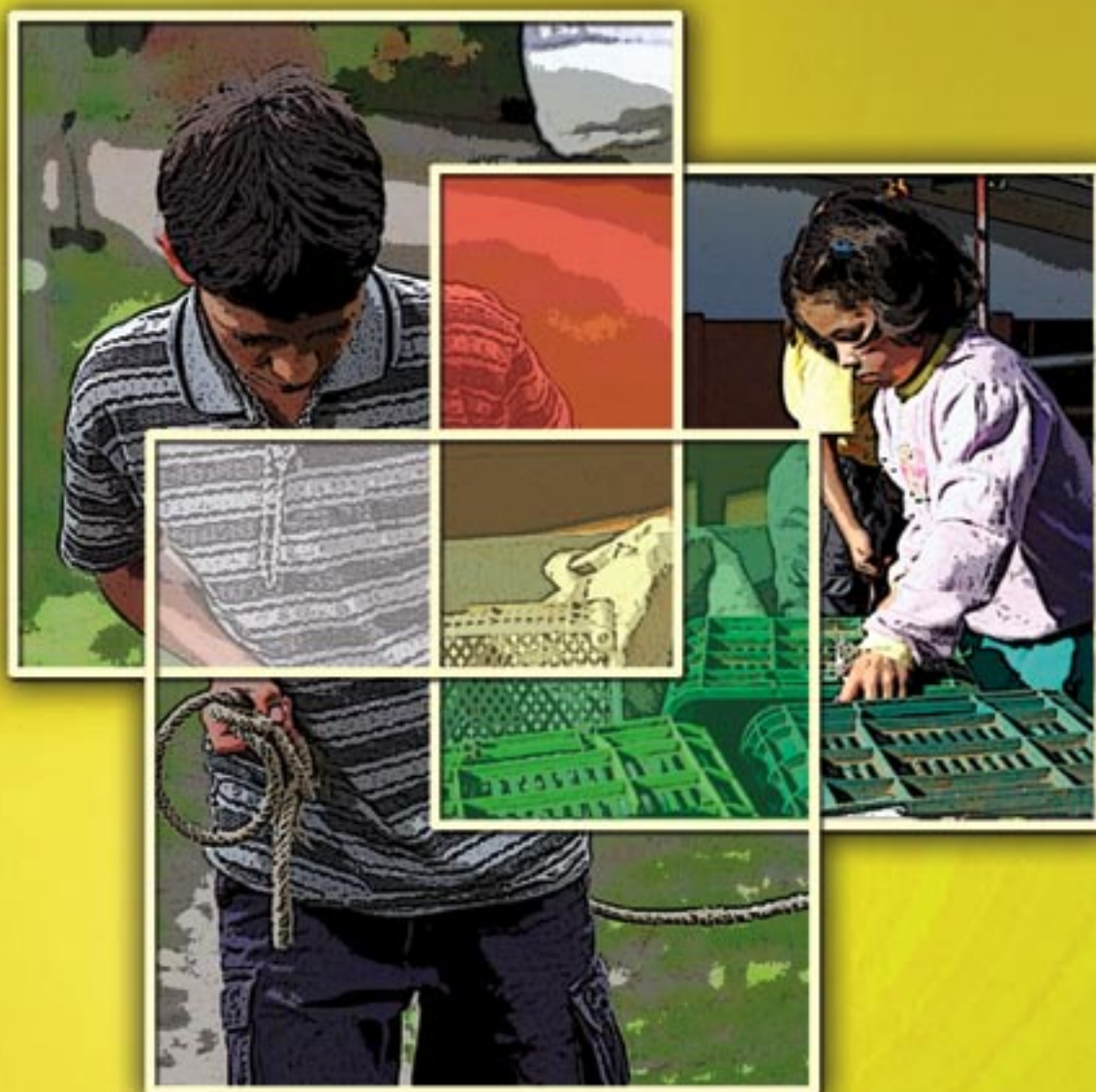




Oficina
Internacional
del Trabajo

Reflexiones

_____ sobre la aplicación de los convenios
de la OIT sobre trabajo infantil y sus peores
formas en América Central y República Dominicana



Reflexiones

_____ sobre la aplicación de los convenios de la OIT sobre trabajo infantil y sus peores formas en América Central y República Dominicana



Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil
Coordinación Subregional para América Central, Haití, México y República Dominicana

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2006
Primera edición 2006

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción, deben formularse las correspondientes solicitudes a Publicaciones de la OIT (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza, o por correo electrónico a: pubdroit@ilo.org, solicitudes que serán bien acogidas.

ISBN: 1020-3974

OIT – IPEC
Antezana Rimassa, Paula

Reflexiones sobre la aplicación de los convenios de la OIT sobre trabajo infantil y sus peores formas en América Central y República Dominicana.

San José, Oficina Internacional del Trabajo, 2006

Trabajo infantil, Convenio de la OIT, Recomendación de la OIT, Aplicación, América Central, República Dominicana

14.02.2

ISBN: 92-2-319235-8 & 978-92-2-319235-8 (versión impresa)

ISBN: 92-2-319236-6 & 978-92-2-319236-5 (versión web)

Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione.

Las referencias a firmas o a procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas o procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Las publicaciones de la OIT pueden obtenerse en las principales librerías o en oficinas locales de la OIT en muchos países o pidiéndolas a: Publicaciones de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza. También pueden solicitarse catálogos o listas de nuevas publicaciones a la dirección antes mencionada o por correo electrónico a: pubvente@ilo.org

Vea nuestros sitios en la red: www.oit.or.cr y www.oit.org.pe/ipec/

Impreso en Costa Rica

ÍNDICE

SIGLAS.....□	7
PRÓLOGO.....□	9
RESUMEN EJECUTIVO.....	11
INTRODUCCIÓN.....	17
I. Generalidades	19
1.1 Algunas precisiones conceptuales	19
1.2 Adecuación de las legislaciones nacionales a los Convenios 138 y 182 de la OIT.....	21
II. La aplicación de los convenios y sus recomendaciones	24
2.1 Sobre la aplicación, la interpretación del Derecho y el concepto de jurisprudencia	24
2.2 El papel de la Comisión de Expertos de la OIT en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y sus informes	26
III. Los hallazgos más significativos	31
3.1 Incorporación de los instrumentos de derecho internacional a los ordenamientos jurídicos nacionales	32
3.2 Trabajo infantil.....	35
3.3 Las peores formas de trabajo infantil	37
IV. Costa Rica .□	39
4.1 Los instrumentos de derecho internacional en la jurisprudencia constitucional.....	39
4.2 Trabajo infantil.....	41
4.2.1 Jurisprudencia judicial	41
4.2.2 Jurisprudencia administrativa	47
4.2.2.1 Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS	47
4.2.2.2 Inspección de Trabajo del MTSS.....	49
4.3 Las peores formas de trabajo infantil	52
4.3.1 Explotación sexual comercial	52
4.3.2 Utilización de personas menores de edad para la realización de actividades ilícitas	55
4.3.3 Aspectos procesales	55
4.4 Recomendaciones	57

V. Panamá.....□	60
5.1 Los instrumentos de derecho internacional en la jurisprudencia constitucional	60
5.2 Trabajo infantil.....	62
5.2.1 Jurisprudencia judicial	62
5.2.2 Jurisprudencia administrativa	64
5.3 Las peores formas de trabajo infantil	66
5.3.1 Delito de maltrato a menor	66
5.3.2 Explotación sexual comercial	67
VI. Guatemala.□	69
6.1 Los instrumentos de derecho internacional en la jurisprudencia constitucional.....	69
6.2 Las peores formas de trabajo infantil	71
VII. Nicaragua ..□	73
7.1 Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico.....	73
7.2 Trabajo infantil.....	73
7.2.1 Jurisprudencia judicial	73
7.2.2 Jurisprudencia administrativa	74
7.3 Las peores formas de trabajo infantil	75
7.3.1 Explotación sexual comercial	75
7.3.2 Algunos casos presentados ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos	77
VIII. República Dominicana, El Salvador y Honduras	
8.1 República Dominicana.....	78
8.1.1 Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico.....	78
8.1.2 Trabajo infantil.....	78
8.1.2.1 Jurisprudencia judicial.....	78
8.1.3 Las peores formas de trabajo infantil	80
8.1.3.1 Trata de personas.....	80
8.2 El Salvador.....	81
8.2.1 Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico	81
8.2.2 Trabajo infantil.....	81
8.2.3 Las peores formas de trabajo infantil	81
8.2.3.1 Explotación de la mendicidad	81
8.2.4 Explotación sexual comercial	82

8.3 Honduras ..□	82
8.3.1 Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico	82
8.3.2 Trabajo infantil.....	83
8.3.2.1 Jurisprudencia judicial	83
8.3.4 Las peores formas de trabajo infantil	84
A modo de conclusiones.....	86
Fuentes utilizadas.....	88

SIGLAS

Art.:	Artículo
C182:	Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil
C138:	Convenio 138 de la OIT sobre edad mínima de ingreso al trabajo
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CDN:	Convención sobre los Derechos del Niño
CEACR:	Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNA:	Código de la Niñez y la Adolescencia
CP:	Código Penal
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
CT:	Código de Trabajo
Exp.:	Expediente
MITRADEL:	Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral
MTSS:	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
NNA:	Niños, niñas y adolescentes
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
PANI:	Patronato Nacional de la Infancia
PDD:	Programa de duración determinada
PDDH:	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos
PFTI:	Peores formas de trabajo infantil
PNCA:	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados
PVPP:	Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía
PGR:	Procuraduría General de la República
PME:	Personas menores de edad
SET:	Secretaría de Estado de Trabajo

PROLOGO

La acción legislativa es sin duda la expresión de la voluntad política para enfrentar un problema.

Combatir el trabajo infantil y sus peores formas requiere, al igual que otras esferas de la política social, de un marco legislativo sólido que permita el cambio y el progreso social, pero también es necesario que esa legislación sea conocida y aplicada por los operadores jurídicos.

*Han pasado ya más de dos años desde que el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) presentara el documento **“Visión regional de las legislaciones de Centroamérica, Panamá y República Dominicana en materia de trabajo infantil”**. Este documento se proponía mostrar un panorama general sobre el estado de la legislación relativa al trabajo infantil en la subregión. A día de hoy, se puede concluir que en gran medida los países de América Central y República Dominicana han adaptado sus marcos legales a los compromisos internacionales asumidos, no obstante, el reto pendiente está en la correcta aplicación de la legislación.*

*El Programa IPEC de la OIT, con el apoyo del Gobierno de España, ha impulsado el presente estudio, **“Reflexiones sobre la aplicación de los Convenios de la OIT sobre el trabajo infantil y sus peores formas en América Central y República Dominicana”**, el cual constituye un análisis sobre la aplicación, en la subregión, de la legislación emanada de los Convenios de la OIT; 138, sobre la edad mínima de admisión al empleo, y 182 sobre las peores formas de trabajo infantil.*

El estudio evidencia las carencias y limitaciones a las que se enfrentan los Estados a la hora de aplicar la legislación laboral y penal para sancionar la utilización de mano de obra infantil, así como la explotación sexual comercial de las personas menores de edad.

Desde esta perspectiva, es importante señalar que la escasa jurisprudencia encontrada en materia de trabajo infantil y sus peores formas, se revela como indicio de la insuficiente aplicación de la legislación existente y de su desconocimiento por parte de los operadores jurídicos y de la población general.

Estamos seguros de que esta investigación contribuirá con nuevos elementos para avanzar en el proceso de eliminación del trabajo infantil y sus peores formas en la subregión.

*Guillermo Dema
Coordinación Subregional del Programa Internacional para
la Erradicación del Trabajo Infantil para América Central,
Haití, México y República Dominicana
Oficina Internacional del Trabajo*

RESUMEN EJECUTIVO

Todos los países de la subregión han ratificado los Convenios 138 y 182 de la OIT, así como la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos (con excepción de República Dominicana que no ha ratificado estos últimos). Estos instrumentos de derecho internacional sientan las bases para el establecimiento de regulaciones mínimas a nivel nacional en cuanto al trabajo infantil y sus peores formas. Es importante tener en cuenta que los Convenios 138 y 182 se ubican en ámbitos de acción distintos: mientras que el Convenio 138 es materia primordialmente laboral e involucra a las autoridades de ese ramo, como las Inspecciones de Trabajo de los Ministerios de Trabajo; el Convenio 182 se ubica en el ámbito penal y policial.

Los países de la subregión han promulgado leyes de niñez y adolescencia y han realizado reformas a su legislación laboral y penal para adecuarla a los compromisos adquiridos con la ratificación de los instrumentos internacionales mencionados. El reto ahora es su aplicación.

Una manera de determinar cómo se está aplicando la legislación relacionada con trabajo infantil y sus peores formas es mediante el estudio de la jurisprudencia judicial y administrativa. Para efectos de este trabajo se entiende por jurisprudencia como las sentencias emanadas de los Tribunales Supremos y que tienen carácter vinculante –jurisprudencia en sentido estricto-, pero también las resoluciones de otros órganos jurisdiccionales y administrativos que no necesariamente tienen carácter vinculante –jurisprudencia en sentido amplio-, pero que es de importancia analizar, pues demuestra como se interpreta y aplica la legislación.

Ha sido muy poca la jurisprudencia encontrada en la mayoría de los países. Si bien esto puede deberse a las dificultades que se enfrentaron para localizar resoluciones judiciales y administrativas, también refleja una realidad: son muy pocos los casos que han llegado a los tribunales de justicia y a los órganos administrativos.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia constitucional, los máximos Tribunales de Costa Rica, Panamá y Guatemala se han manifestado sobre la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño y han desarrollado los alcances conceptuales a lo interno de sus ordenamientos jurídicos. No obstante, los operadores jurídicos en su labor diaria de aplicación de la legislación poco han puesto en práctica estos aportes conceptuales. Esto puede deberse a la falta de conocimiento de estos instrumentos por parte de los jueces laborales y penales, a quienes les corresponde por la especialidad de las materias, resolver los casos de trabajo infantil y sus peores formas.

En cuanto a trabajo infantil se encontró que:

- No se toma en cuenta que la persona trabajadora es menor de edad, por lo tanto no se aplica la legislación especial.
- Es común la tendencia de los empleadores a negar la relación laboral.
- En el procedimiento la tendencia del juez pareciera ser a aplicar los principios del procedimiento civil, ciertos principios del procedimiento laboral y prácticamente ningún principio del de niñez y adolescencia. Esto se presenta en carácter de tendencia, pues se requiere el estudio más profundo de casos concretos llegados a los tribunales de justicia, particularmente en primera instancia que es donde se conocen con amplitud los hechos y el derecho; los casos aquí analizados son –en su mayoría- los que han llegado a instancias superiores (p.e. casación), donde no se revisan más que los aspectos sometidos a consideración de los juzgadores.
- En sede administrativa la mayor parte de los casos son resueltos por la conciliación o el desistimiento de la acción, con el riesgo de que el desequilibrio de la relación empleador-persona trabajadora adolescente, provoque llegar a arreglos perjudiciales para esta última.

En cuanto a las peores formas de trabajo infantil, la mayoría de los países ha promulgado recientemente reformas a su legislación penal, o están en proceso de hacerlo, para contar con mejores instrumentos para combatir la explotación sexual comercial. Por lo reciente de esas reformas aún no se cuenta con jurisprudencia, con excepción de Costa Rica cuya reforma data de 1999.

Costa Rica

La Sala Constitucional se ha referido a la Convención sobre los Derechos del Niño en varias sentencias, en las cuales ha desarrollado de manera importante la doctrina de la protección integral desde la perspectiva del ordenamiento jurídico costarricense. Asimismo, se ha referido –aunque en menor medida– a los Convenios de la OIT sobre derechos laborales fundamentales y existen unas pocas sentencias en las que se hace alguna referencia a los Convenios 138 y 182.

En lo que respecta a trabajo infantil, se han analizado cuatro sentencias emanadas de la Sala Segunda (máxima instancia en materia laboral) y una de la Sala Constitucional. En una de ellas no se aplica la legislación especial al no tomar en cuenta la edad de la parte trabajadora. En la otra sentencia se interpreta sobre la remuneración de las personas menores de edad considerando que estas no se encuentran en idénticas condiciones a las personas adultas, contrariamente a lo que dispone el CNA y el Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes. En la tercera, si bien se resuelve sobre la existencia de la relación laboral, negada por la parte empleadora, no se menciona la edad de la parte trabajadora. En la cuarta –la más reciente– se analiza un caso de accidente laboral de una persona menor de edad, en la cual los Magistrados establecen claramente la responsabilidad del empleador en cuanto a los riesgos profesionales a que estaba sometida la parte trabajadora, pero además, al comprobar la infracción a la legislación por la contratación de una persona menor de 15 años en labores peligrosas, los juzgadores ordenan remitir la sentencia a la Inspección General de Trabajo, órgano facultado para iniciar un proceso por infracción de las leyes laborales. Esta sentencia, que además invoca el Convenio 138 de la OIT, es un ejemplo de opuesto a otras sentencias en que se ignora la edad de la parte trabajadora.

En sede administrativa, la mayor cantidad de resoluciones provienen de la Inspección General de Trabajo. De los casos analizados se pudo constatar que el procedimiento que lleva a cabo la Inspección disuade al empleador, en varios casos, de su intención de despedir ilegalmente a la persona adolescente trabajadora y muchas veces se llega a arreglos extrajudiciales que son favorables para la persona trabajadora. No obstante, poco se sabe sobre las otras infracciones, contenidas en la amplia categoría de “restricción de derechos”.

En cuanto a las peores formas de trabajo infantil, a raíz de la reforma al Código Penal de 1999 se cuentan con mayores instrumentos jurídicos para combatir la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Desde entonces la Sala Tercera (máxima instancia en materia penal) ha emitido importantes fallos que interpretan algunos aspectos de esa reforma. Los principales puntos que se pueden extraer del análisis de una selección de resoluciones son los siguientes:

- se establece claramente la responsabilidad estatal de prevenir la trata de personas (aunque la tipificación del delito de trata de personas aún no está acorde con los instrumentos internacionales);
- para la configuración del delito de relaciones sexuales remuneradas es indiferente el mayor o menor conocimiento o experiencia sobre sexualidad que tenga la persona menor de edad víctima, con lo cual se rompe un arraigado estereotipo que se resumía en el derogado concepto de “menor corrupto” y otros similares;

- se analizan los alcances del delito de fabricación de pornografía con personas menores de edad o representando su imagen, se interpreta que el soporte puede ser cualquier medio (una película sin revelar, una fotografía, una imagen virtual, etc.)
- en materia procesal penal, ha habido fallos relacionados con la revocatoria de instancia –un medio para extinguir la acción penal- que han establecido dos líneas de análisis: la primera, que tratándose de personas menores de edad no es posible revocar la instancia y la segunda, que el interés superior de la persona menor de edad dictará cuándo es posible revocar la instancia por parte de la víctima.

Panamá

El Pleno de la Corte ha incorporado el Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, referido al interés superior, al bloque de constitucionalidad y ha desarrollado los alcances del mismo.

En materia de trabajo infantil la jurisprudencia judicial ha establecido que al entrar en vigencia el Código de Familia, todas las disposiciones que le son incompatibles o contrarias han quedado derogadas. También ha interpretado que la ley puede fijar excepciones a la edad mínima de admisión al empleo, puesto que el texto constitucional así lo permite. Ha declarado inconstitucional la norma del Código de Familia que permitía a personas entre 12 y 14 años trabajar en calidad de sirvientes domésticos, sin embargo es constitucional que las personas entre esas edades trabajen en labores agrícolas.

En cuanto a la aplicación de la normativa especial –contenida en el Código de Familia y en el Código de Trabajo- para personas menores de edad trabajadoras, se analizaron varios casos en los que ésta no fue aplicada. De las resoluciones administrativas, provenientes de la Inspección de Trabajo del MITRADEL, se extrae que es común que los empleadores nieguen la relación laboral o argumenten que trataban de ayudar a la persona menor de edad dándole trabajo.

En relación con las peores formas de trabajo infantil, antes de la promulgación de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004, Panamá contaba con escasa legislación dirigida a sancionar la explotación sexual comercial. Uno de los tipos penales que se utilizaba era el de maltrato a menores, sobre el cual existe jurisprudencia contradictoria: una resolución interpreta que el sujeto activo no debe tener vínculo de parentesco con la víctima y otra consideró que el sujeto activo debe ser un familiar.

Destaca un caso conocido en el año 2000 en que se descubrió una red de explotación sexual comercial mediante un reportaje realizado por un medio de comunicación extranjero, el Ministerio Público inició la acción penal y logró desarticular esta red y procesar a los responsables. Se sienta jurisprudencia en cuanto al deber del Ministerio Público de actuar ante hechos no solo públicos y notorios sino de suma gravedad.

Guatemala

La jurisprudencia constitucional guatemalteca se ha referido ampliamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, sus alcances y derivaciones con respecto al ordenamiento jurídico interno.

No se encontró jurisprudencia relacionada con trabajo infantil. En relación con las peores formas, se encontraron dos casos que se refieren a medidas de protección dictadas a favor de personas menores de edad

que se dedican a la mendicidad y que son explotadas económicamente por personas adultas, en situaciones análogas a la esclavitud.

Nicaragua

Se encontró un caso relacionado con trabajo infantil, conocido por el Tribunal de Apelaciones de Managua, en el que no se toma en cuenta la edad de las personas trabajadoras, ni el hecho de que, al menos una de ellas, trabajó desde los siete años.

La legislación penal nicaragüense no contempla como delitos las actividades relacionadas con la explotación sexual comercial, por lo cual deben procesarse por delitos como violación, corrupción y abusos deshonestos. En uno de los casos analizados el imputado fue procesado por violación, tentativa de violación y corrupción, sin embargo, la producción de pornografía con personas menores de edad y su difusión, al no estar tipificadas en el Código Penal, quedaron impunes. Los jueces aún utilizan conceptos como “pudor”, “decoro” al referirse a actos de agresión verbal con connotación sexual cometidos contra personas menores de edad, en vez de realizar el análisis desde la perspectiva de la violación de derechos. Existe un antecedente importante que establece un Tribunal de Apelación que negó el beneficio de arresto domiciliario en razón de la edad a un explotador sexual comercial.

Son muchos los casos, relacionados con delitos sexuales contra personas menores de edad, presentados ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en que se denuncia la corrupción de funcionarios judiciales y la denegación de justicia, no se sabe cuántos de estos casos corresponden a delitos de explotación sexual comercial, sin embargo revelan una situación preocupante.

República Dominicana, El Salvador y Honduras

Estos tres países tienen en común que es muy escasa la jurisprudencia encontrada.

De República Dominicana se analizaron tres sentencias judiciales relacionadas con trabajo infantil y una con las peores formas de trabajo infantil. Las referidas a trabajo infantil guardan similitudes entre sí: las personas adolescentes trabajadoras reclaman el pago de sus extremos laborales porque afirman haber sido despedidas injustificadamente, los empleadores niegan la existencia de la relación laboral. Los juzgadores resuelven que la carga de la prueba le corresponde a la parte demandante, es decir al adolescente trabajador, y al no haber esas pruebas, fallan en contra del trabajador, es decir, confirmando el dicho del empleador, en el sentido de que no existió, o no se probó, ninguna relación laboral y, por lo tanto, no procede ningún tipo de indemnización. En cuanto a las peores formas de trabajo infantil la sentencia analizada se refiere a la trata de personas, específicamente a la interpretación de la Ley 137-03 sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas. Al respecto, se considera que para que se configure el delito de trata de personas menores de edad, además de las acciones típicas, se requieren los medios coercitivos y los fines de explotación, contrariamente a lo establecido por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, que de manera expresa señala que tratándose de personas menores de edad es irrelevante el consentimiento o la utilización de medios coercitivos.

De El Salvador se analizó un caso relacionado con el delito de explotación de la mendicidad en concurso con el de violación agravada, en el que se impuso una pena muy baja por el delito de explotación de mendicidad pues la Fiscalía no acusó por la forma agravada de ese delito, a pesar de que el juez en su sentencia

reconoce que ésta se daba. En sede administrativa, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos recibió denuncias y se manifestó en contra de la manera como la policía manejó un caso de explotación sexual comercial, en el que se expuso en los medios de comunicación a las víctimas menores de edad, las cuales fueron revictimizadas y culpabilizadas.

En Honduras únicamente se localizaron dos sentencias relacionadas con trabajo infantil. Sin embargo, en ninguna de ellas se menciona que la parte trabajadora es menor de edad ni sobre la aplicación de la legislación especial. También se analizó el caso de un explotador sexual comercial que, después de haber sido condenado por los tribunales de justicia, huyó del país al concedérsele la libertad condicional; este caso revela de manera clara las lagunas de la legislación penal y las debilidades en su aplicación; todo lo cual inciden en dejar impunes la comisión de delitos que atentan gravemente contra los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

INTRODUCCIÓN

En el año 2004 el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT, publicó el estudio “Visión regional de las legislaciones de Centroamérica, Panamá y República Dominicana en materia de trabajo infantil” (Serie Documentos de Trabajo # 185, OIT, San José, 2004), que presentó un recuento general sobre el estado de las legislaciones. Su propósito era proporcionar información general sobre los instrumentos de derecho internacional ratificados por los países de la subregión y la legislación vigente en cada país.

Ahora, en complemento a ese estudio, se pretende abordar una especie de segunda parte, cuyo objetivo es determinar la aplicación de la legislación sobre trabajo infantil promulgada en América Central y República Dominicana tras la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y los Convenios 138 y 182 de la OIT, mediante el análisis de la jurisprudencia administrativa y judicial.

Al iniciar este estudio, ya se sabía de antemano que era poca la jurisprudencia existente, pues es a partir de la ratificación de los Convenios 138 y 182 de la OIT, y de la Convención sobre los Derechos del Niño, o sea a partir de la década de los años noventa, que se inicia con el proceso de adecuación de la legislación a esos instrumentos, de difusión de la misma y de un mayor empuje hacia su aplicación.

Sin embargo, no solo se comprobó que existe muy poca jurisprudencia sino que se enfrentaron muchas dificultades para recopilarla. En todos los países –con excepción de Costa Rica y Panamá– se encontró que no existen índices actualizados de jurisprudencia organizados por temas, lo cual convirtió la búsqueda en una tarea compleja, que consistió muchas veces en tocar puertas de funcionarios judiciales y administrativos para preguntarles si “recordaban” alguna resolución pertinente.

De esta manera, lo que ahora se presenta es un ejemplo de algunas sentencias en materia de trabajo infantil y sus peores formas, que se han emitido en los países de la subregión. No se puede decir que sean “todas” las sentencias existentes, ya que por las limitaciones antes mencionadas, se optó por abarcar únicamente la jurisprudencia encontrada en las capitales de los países, y la que los funcionarios judiciales y administrativos tuvieron a bien facilitar, particularmente en aquellos países donde no existe una base de datos de consulta pública. También, se limitó la búsqueda por épocas, concentrándose en las resoluciones a partir de la ratificación, por parte de los países de la subregión, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Convenios 138 y 182.

Para efectos de este trabajo se han adoptado dos acepciones del concepto de jurisprudencia: la que es emanada por los más altos Tribunales de cada país con cierta repetición y que vincula a los demás órganos judiciales, es lo que se ha denominado “jurisprudencia en sentido estricto”; y las resoluciones que provienen de otras instancias jurisdiccionales y que constituyen ejemplos de aplicación de la legislación, sin que necesariamente tengan carácter vinculante, que se ha denominado “jurisprudencia en sentido amplio”. Además, no solo los órganos jurisdiccionales aplican e interpretan la legislación, también lo hacen los órganos administrativos y, por ello, se han recopilado las resoluciones encontradas en algunos órganos administrativos como Ministerio de Trabajo, Procuraduría General de la República, Procuraduría de la Niñez, etc.

La tarea de recopilación de jurisprudencia estuvo a cargo de un equipo, integrado por abogadas (o) o egresadas (os) de la carrera de Derecho, coordinado por la consultora regional, y compuesto de la siguiente manera:

<i>Panamá:</i>	Aleyda Batista
<i>Costa Rica:</i>	Diego Ríos
<i>Nicaragua:</i>	Janeth del Carmen Castillo
<i>El Salvador:</i>	Karla Patricia Serrano
<i>Guatemala:</i>	María Carmelina Javier
<i>República Dominicana:</i>	Marianela Carvajal
<i>Honduras:</i>	Kenia Izaguirre

Además, en todos los países las coordinaciones nacionales de OIT-IPEC y la Coordinación Subregional ubicada en San José, Costa Rica desempeñaron un papel fundamental para facilitar el trabajo.

El siguiente informe está estructurado de la siguiente manera:

- Un primer capítulo de generalidades en el que se hacen algunas precisiones conceptuales acerca de “trabajo infantil”, “las peores formas de trabajo infantil” de acuerdo con los Convenios 138 y 182 de la OIT, entre otros aspectos; un repaso sobre la legislación promulgada en los diferentes países para adecuar los ordenamientos jurídicos internos a los instrumentos de derecho internacional.
- El segundo capítulo se refiere a la aplicación de los convenios y sus recomendaciones. En la primera parte se abordan aspectos sobre la aplicación, la interpretación del Derecho y el concepto de jurisprudencia que se utilizará. En la segunda parte se hace una revisión sobre el papel de la Comisión de Expertos de la OIT en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR).
- El tercer capítulo plantea algunas líneas de análisis, comparando la información encontrada en los siete países.
- Los demás capítulos (del cuarto al octavo) están dedicados a cada uno de los países, con excepción del octavo en el que se unió a República Dominicana, El Salvador y Honduras, los tres países donde se encontró menos jurisprudencia.

I. GENERALIDADES

1.1 Algunas precisiones conceptuales

Los países de la subregión –Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá– han ratificado los Convenios de la OIT sobre trabajo infantil y sobre las peores formas de trabajo infantil: Convenio 138 (edad mínima de admisión al empleo) y Convenio 182 (las peores formas de trabajo infantil). Estos convenios, que forman parte de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, sientan las bases para el establecimiento

–a nivel nacional– de regulaciones mínimas en la materia. Enmarcados en la perspectiva de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que plantea la Convención sobre los Derechos de los Niños y sus dos Protocolos: Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados –CDN-PNCA– y Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía –CDN-PVPP (Cuadro No 1), conforman piezas importantes del marco jurídico internacional en materia de trabajo infantil y de sus peores formas.

CUADRO N° 1.

AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA: AÑO DE RATIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL RELACIONADOS CON EL TRABAJO INFANTIL Y SUS PEORES FORMAS

País	CDN (1)	CDN-PNCA (2)	CDN-PVPP (3)	C138 (4)	C182 (5)
Costa Rica	21/08/1990	24/01/2003	09/04/2002	11/06/1976	10/09/2001
R.Dominicana	11/06/1991	-	-	15/06/1999	15/11/2000
El Salvador	10/07/1990	18/04/2002	17/05/2004	23/01/1996	12/10/2000
Guatemala	06/06/1990	09/05/2002	09/05/2002	27/04/1990	11/10/2001
Honduras	10/08/1990	15/08/2002a	08/05/2002a	09/06/1980	25/10/2001
Nicaragua	05/10/1990	17/03/2005a	02/12/2004a	02/11/1981	06/11/2000
Panamá	12/12/1990	08/08/2001	09/02/2001	31/10/2000	31/10/2000

Fuentes:
 (1) <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm> (Consultado: 16/08/06);
 (2) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11_b.htm (Consultado: 16/08/06);
 (3) http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11_c.htm (Consultado: 16/08/06);
 (4) y (5) <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (Consultado: 16/08/06).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su Art. 32, “el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”. Asimismo, consagra –entre otros– el compromiso de los Estados a adoptar las medidas apropiadas para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Art. 33), “a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales” (Art. 34), a

tomar todas las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta y la trata de niños (Art. 35), y a proteger “al niño contra todas las demás formas de explotación” (Art. 36).

Por su parte, los Convenios 138 y 182 de la OIT, son de distinta naturaleza entre sí. El Convenio 138, sustituye a una serie de convenios que se aplicaban a sectores económicos específicos y regula el trabajo infantil mediante la fijación de una edad mínima para la admisión al trabajo. Desde la perspectiva de este Convenio se entiende como trabajo infantil “...cualquier trabajo que es física, mental,

social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, e interfiere en su escolarización privándole de la oportunidad de ir a la escuela; obligándole a abandonar prematuramente las aulas, o exigiendo que intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado”¹. En sentido contrario, aquellas actividades que no son perjudiciales para las personas menores de edad y que no interfieren en el disfrute de su derecho a la educación, podrían ser permitidas a partir de cierta edad y bajo ciertas condiciones.

El Convenio 182 es el resultado de la preocupación mundial por la existencia de formas intolerables de explotación a personas menores de edad, las cuales deben ser eliminadas con carácter de urgencia sin justificación alguna². El Art. 3 de ese Convenio establece que la expresión “peores formas de trabajo infantil” abarca:

- a) *todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio para utilizarlos en conflictos armados;*
- b) *la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;*
- c) *la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y*
- d) *el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.*

Las actividades comprendidas en los incisos a) al c) son las denominadas “incuestionablemente peores formas de trabajo infantil”, mientras que el inciso d) se refiere a lo que la Recomendación 190 del C182 denomina, “trabajo peligroso”, y le corresponde a la legislación nacional determinar

cuáles trabajos deben ser considerados peligrosos³, de acuerdo a la realidad de cada país.

Ambos convenios se ubican en ámbitos de acción distintas: mientras que el C138 es materia primordialmente laboral e involucra a las autoridades de ese ramo, como las Inspecciones de Trabajo de los Ministerios de Trabajo; el C182 se ubica en el ámbito penal y policial. No obstante, los “trabajos peligrosos” a que hace referencia el inciso d) del Art. 3 del C182, antes citado, corresponden, primordialmente al ámbito laboral. Esta diferencia sustancial implica, además, la aplicación de principios muy distintos plasmados en instrumentos jurídicos también diversos.

Se puede decir, sin embargo, que hay una línea transversal que debe cruzar a ambos convenios: el enfoque de derechos humanos plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Este enfoque, impulsa la doctrina de la protección integral en oposición a la antigua doctrina de la situación irregular, que se pretende superar.

Según la doctrina de la situación irregular, las personas menores de edad son objetos de protección. Son los “menores” sobre quienes recaen las medidas institucionales o familiares. En el sentido contrario, la doctrina de la protección integral sostiene que las personas menores de edad son sujetos de derechos y deberes, es decir –parafraseando a Cillero Bruñol- son titulares de los derechos fundamentales que las constituciones, los instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas, y gozan además de protección específica a sus derechos que se encuentran en instrumentos especiales y también en diversos instrumentos generales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional⁴.

También es importante precisar que según el Convenio 182 (Art. 2) el término “niño” designa a toda persona menor de 18 años, en la misma línea que el Art. 1 de la CDN. El C138, por su parte, hace referencia a distintas edades mínimas, como lo resume el Recuadro No 1.

1 Oficina Internacional del Trabajo, Unión Interparlamentaria. Erradicar las peores formas de trabajo infantil. Guía para implementar el Convenio núm. 182 de la OIT, Guía práctica para parlamentarios, Número 3, 2002, Ginebra, p. 15.

2 Ibidem, p. 29.

3 OIT. **Pasos para eliminar el trabajo infantil peligroso.** <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/ipecc/publ/hazard/index.htm>

4 Cillero Bruñol, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios, versión electrónica.

RECUADRO N° 1.
EDAD MÍNIMA SEGÚN EL C138

Edad mínima general	Trabajo ligero	Trabajo peligroso
<i>Para la mayoría de los países</i>		
15 años o más	13 años	18 años*
Para los países en los que la economía y el sistema educativo están insuficientemente desarrollados		
14 años	12 años	18 años*
*16 años en condiciones estrictas		
Fuente: OIT. <i>Combatiendo las peores formas de trabajo infantil: Manual para inspectores</i> , San José, 2003, p. 10		

Desde la perspectiva de los derechos de las personas menores de edad, es más conveniente la utilización de los conceptos “personas menores de edad” o “niños, niñas y adolescentes”, que el supuestamente neutral “niño” o “menor”, pues se intenta transformar el lenguaje, portador de una cultura que tradicionalmente ha considerado al hombre (occidental, mayor de edad, sin discapacidades visibles) como modelo de ser humano, invisibilizando a las mujeres y, en general a las personas que no responden a esa descripción; y ha sido portador de la visión “minorista” de la doctrina de la situación irregular. Además, del concepto “niños, niñas y adolescentes” se pueden visualizar distintas etapas: niñez y adolescencia, las cuales

tienen diferentes necesidades y sus correlativos derechos, según los principios de autonomía progresiva de la CDN y del interés superior.

1.2 Adecuación de las legislaciones nacionales a los Convenios 138 y 182

A partir de la década de los años noventa se inicia un movimiento legislativo importante para adecuar los ordenamientos jurídicos nacionales a los compromisos adquiridos con la ratificación de los Convenios 138 y 182, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos específicos.

RECUADRO N° 2.
AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA:
LEGISLACIÓN ESPECIAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

- Costa Rica: Código de la Niñez y la Adolescencia, No 7739 de 06/01/1998
- República Dominicana: Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los NNA, N° 136-03 de 07/08/2003
- El Salvador: Código de Familia, Decreto Legislativo N° 677 de 11/10/1993
- Guatemala: Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, N° 27-2003 de 04/06/2003
- Honduras: Código de la Niñez y la Adolescencia, Decreto 73-96 de 05/09/96
- Nicaragua: Código de la Niñez y la Adolescencia, N° 287 de 24/03/1998
- Panamá: Código de Familia, N° 3 de 17/05/1994

Este movimiento se traduce en la promulgación de legislación especial en materia de niñez y adolescencia (Recuadro No 2), en la reforma de la legislación laboral –para el caso del ámbito de acción del C138- y en la reforma de la legislación penal –para el caso de las peores formas de trabajo infantil, según el C182⁵.

Desde el punto de vista del trabajo de las personas menores de edad (C138) son de aplicación –muchas veces supletoria a la legislación de niñez y adolescencia- los Códigos de Trabajo, algunos de los cuales han sido reformados para adecuarlos a los Convenios internacionales (como es el caso de Nicaragua) y se han emitido reglamentos específicos para los casos de Costa Rica, República Dominicana, Honduras y, más recientemente Guatemala y Panamá (Cuadro No 2).

CUADRO N° 2.
AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA:
CÓDIGOS DE TRABAJO Y REGLAMENTOS QUE REGULAN
EL TRABAJO DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

País	Código de Trabajo	Reglamentos
Costa Rica	Ley N° 2 de 26 de agosto de 1943	Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes, N° 29220-MTSS del 9/12/2001.
República Dominicana	Ley N° 1692 de 29 de mayo de 1992	Resolución No 52/2004 sobre trabajos peligrosos e insalubres para personas menores de 18 años.
El Salvador	Decreto N° 15 de 23 de junio de 1972	
Guatemala	Decreto No 330 de 5 de mayo de 1961	Reglamento para la aplicación del Convenio 182, Acuerdo Gubernativo No 250-2006 de 18/05/06
Honduras	Decreto N° 189 de 15 de julio de 1959	Reglamento sobre trabajo infantil, Acuerdo ejecutivo N° STSS-211-01 de 10/10/2001
Nicaragua	Ley N° 185 de 30 de octubre de 1996, reformado por Ley N° 474 de 15 de octubre de 2003.	
Panamá	Decreto de Gabinete No 252 de 30 diciembre 1971.	MITRADEL Decreto Ejecutivo No 19 de 12/06/2006 que aprueba la lista del trabajo infantil peligroso, en el marco de las peores formas de trabajo infantil.

Las principales disposiciones relacionadas con el trabajo de las personas menores de edad (edad mínima, jornada, trabajos prohibidos), están resumidas en el Cuadro N° 3.

⁵ Un resumen de la legislación nacional promulgada tras la ratificación de los Convenios de la OIT y sus peores formas se encuentra en: OIT-IPEC. Visión regional de las legislaciones de Centroamérica, Panamá y República Dominicana en materia de trabajo infantil, Serie Documentos de Trabajo # 185, OIT, San José, 2004.

CUADRO N° 3.

AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICA: EDAD MÍNIMA, JORNADA Y TRABAJOS PROHIBIDOS PARA PERSONAS MENORES DE EDAD TRABAJADORAS

País	Edad mínima	Jornada	Trabajos prohibidos
Costa Rica	15 años	6 horas diarias y 36 semanales, se prohíbe trabajo nocturno	Definidos en Art. 94 CNA y en el Reglamento para la contratación laboral...
República	14 años, con excepciones	Menores de 16 años: 6 horas diarias. Se prohíbe el trabajo nocturno	Art. 249 del CT y Resolución sobre trabajos peligrosos 52/2004, de 13 de Agosto 2004
El Salvador	14 años, con excepciones a partir de 12 años	Menores de 16 años: 6 horas diarias y 34 semanales.	Arts. 106, 107 CT
Guatemala	14 años, con excepciones	Mayores de 14 años: 7 hrs. diarias, menores de 14 años: 6 hrs. diarias.	Art. 72 LPINA
Honduras	14 años	14 a 16 años: 4 horas diarias • 16 a 18 años: 6 horas diarias	Art. 122 CNA y Art. 10 Reglamento sobre trabajo infantil
Nicaragua	14 años	6 horas diarias y 30 semanales	Art. 74 CNA y 133 CT
Panamá	14 años, con excepciones	6 horas diarias	Art. 117 CT

Desde el punto de vista de las peores formas de trabajo infantil, es de aplicación la legislación penal, que ha sido reformada en algunos países o que está en proceso de reforma en otros⁶ (Recuadro No 3).

RECUADRO N° 3.

AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA: LEGISLACIÓN PENAL PARA COMBATIR LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL

- Costa Rica: Código Penal, Ley No 4573 de 8 de noviembre de 1971, reformado por Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad, No 7899 del 3 de agosto de 1999
- República Dominicana: Código Penal, Ley No 2274 de 20 agosto de 1884, reformado por Ley 24-97 del 27 de enero de 1997 (en proceso de revisión) y Ley No 137-03 contra la trata y el tráfico ilícito de migrantes del 7 de agosto de 2003
- El Salvador: Código Penal, Decreto No 1030 de 26 de abril de 1997, reformado por Decreto No 210 del 23 de noviembre de 2003.
- Guatemala: Código Penal, Decreto No 17-73 de 27 de julio de 1973 (en proceso de revisión), reformado por Decreto No 14-2005.
- Honduras: Código Penal, Decreto No 144-83 de 23 de agosto de 1983, reformado por Decreto No 234-2005 del 30 de agosto del 2005.
- Nicaragua: Código Penal, Decreto No 297 de 01 de abril de 1974 (en proceso de revisión)
- Panamá: Código Penal, Ley No 18 de 22 de septiembre de 1982, reformado por Ley No 16 de marzo de 2004 que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de delitos contra la integridad y la libertad sexual y modifica y adiciona artículos a los Códigos Penal y Judicial

Sirva este rápido repaso de las legislaciones nacionales y cómo han sido adecuadas a los convenios de la OIT, como telón de fondo para tratar ahora el tema de la aplicación.

⁶ Al mes de agosto de 2006 se encuentran en los Congresos nacionales de tres países de la región proyectos de ley de Códigos Penales. Así: República Dominicana: Proyecto de Ley mediante el cual se crea el nuevo Código Penal de la República Dominicana, Iniciativa 20135-2006-PLO-SE (<http://www.senado.gov.do/wfilemaster/Ficha.aspx?IdExpediente=9710&numeropagina=2&ContExpedientes=4299&Coleccion=42>); Nicaragua: Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua, Comisión de Justicia, Asamblea Nacional (<http://www.asamblea.gob.ni/>); Guatemala: Dictamen favorable conjunto con modificaciones de la Iniciativa No 2630, la cual propone reformas al Código Penal, 8 de marzo de 2006 (<http://www.congreso.gob.gt/uploadimg/archivos/dictamenes/447.pdf>).

II. LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS Y SUS RECOMENDACIONES

Entre las obligaciones que adquieren los Estados que ratifican los Convenios de la OIT, está el de la aplicación de los mismos, adoptando “las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio”, como lo señala el Artículo 19.5) d) de la Constitución de la OIT. “(Esta) obligación no consiste únicamente en incorporar el convenio al derecho interno, sino que entraña también la necesidad de velar por su aplicación en la práctica”⁷.

Es decir, si bien son innegables los avances realizados por los países de la subregión al iniciar los procesos de adecuación de sus legislaciones, esto es insuficiente, pues también se requiere la aplicación de los Convenios –por sí mismos o a través de las legislaciones que los operativizan a nivel nacional.

2.1 Sobre la aplicación, la interpretación del Derecho y el concepto de jurisprudencia

Como afirma el tratadista Latorre, “el Derecho no existe para ser objeto de reflexiones y elaboraciones académicas, sino para ser aplicado. La aplicación es el centro de gravedad de todo sistema jurídico y su piedra de toque”⁸.

La aplicación del Derecho –es decir, de las normas jurídicas de un Estado determinado- se da de diversas maneras:

- cuando en las relaciones humanas se hace uso de los preceptos establecidos en las normas jurídicas, con las correspondientes tensiones que se producen entre el ser y el deber ser de las normas, y el mayor o menor conocimiento de las mismas que tenga la población, lo cual va en relación directa con su aplicación cotidiana y pacífica;

- cuando los órganos estatales deben intervenir ante los conflictos que se susciten, muchas veces producto de la violación de normas jurídicas, y “aplicar” el Derecho. “Técnicamente se llama “jurisdicción” a esa función que consiste en aplicar el Derecho a los casos concretos, y los órganos jurisdiccionales típicos son los tribunales de justicia, aunque otros órganos de distinto carácter, administrativos por ejemplo, suelen tener también atribuciones jurisdiccionales”⁹.

Esta segunda forma de aplicación del Derecho es usualmente la que mayor atención ha recibido, no porque tenga mayor importancia, sino porque es una manera más viable de tener una idea sobre la aplicación del Derecho, pues generalmente se traduce en casos concretos que pueden ser objeto de estudio; mientras que el estudio de la aplicación pacífica del Derecho conlleva la utilización de diversas metodologías cuantitativas y cualitativas más complejas y de mayor alcance.

La aplicación del Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos posibilita determinar el grado de conocimiento de las normas jurídicas por parte de los operadores jurídicos y cómo las interpretan. Esto nos lleva al complejo tema de la interpretación del Derecho, el cual está muy ligado al de la aplicación.

Con el viejo aforismo, *in claris non est interpretatio* se plasmó el principio de que cuando el sentido de la norma es claro no debe intentarse modificarlo, simplemente aplicarlo. Se partía de la creencia de que la aplicación del Derecho era una operación silogística que se realizaba de manera casi mecánica, siendo necesaria la interpretación únicamente para las normas poco claras o contradictorias.

Hoy en día se sabe que no existe tal cosa como una aplicación mecánica del Derecho, siempre hay una función de interpretación por parte de los

7 OIT. Manual sobre procedimientos en materia de convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/employment/skills/recomm/ilo/hand.htm>

8 Latorre, Angel. Introducción al Derecho, Editorial Ariel, 7a Edición, Barcelona, 1976, p. 84.

9 Ibidem ,p. 87.

operadores jurídicos ya sean estos jurisdiccionales o administrativos. Estos operadores “no viven a solas con la ley” –parafraseando a Latorre- pues en ellos y ellas pesa su educación jurídica, su formación humana en general, la doctrina o ideología que defienden y la influencia del medio social del cual provienen¹⁰.

Obando lo resume de la siguiente manera: “Por muchos años se ha negado la función creadora de los y las juezas, como si la interpretación se tratara de una tarea técnica y no política, o como si para cada caso solo existiese una sola interpretación dogmáticamente correcta. Hoy sabemos, que la interpretación implica valoración, elección y decisión y que quienes interpretan son simples seres humanos cargados de valores ideológicos y culturales. Hasta la misma filosofía del derecho contemporánea ha reconocido que el empleo de los llamados “métodos de interpretación” presupone posturas valorativas”¹¹.

Una manera de saber como se aplica -e interpreta- el Derecho en casos concretos, es mediante el estudio de las resoluciones –sentencias judiciales o pronunciamientos administrativos- que se emiten para resolver situaciones concretas.

Estas resoluciones constituyen jurisprudencia, en un sentido amplio, es decir, como la “producción jurídica a partir de la interpretación del derecho que hacen los tribunales y que culmina a nivel de un Tribunal Supremo”¹². Cuando la jurisprudencia se da a nivel de órganos jurisdiccionales inferiores o administrativos no necesariamente es de acatamiento obligatorio; sin embargo, cuando se da a nivel de las Cortes Supremas de Justicia, o máximos tribunales, y con cierta reiteración¹³, se convierte en fuente de Derecho y es de acatamiento obligatorio. Generalmente los máximos tribunales

conocen y juzgan solo cuestiones de Derecho, y no de hecho como sí lo hacen los tribunales inferiores, y “solo puede recurrirse a ellos pretextando que los tribunales inferiores han vulnerado la ley o (...) su interpretación jurisprudencial, no para discutir los hechos”¹⁴.

Estos dos sentidos de jurisprudencia –en sentido amplio y en sentido estricto- son utilizados en el presente estudio. En el sentido amplio –como producción jurídica a partir de la interpretación del Derecho que hacen los tribunales- permite apreciar cómo se ha aplicado el derecho a ciertos casos concretos, en los cuales ha habido una valoración de los hechos y del Derecho. En el sentido estricto –como las resoluciones que adoptan los máximos tribunales de un país con cierta reiteración-, permite conocer cómo se ha interpretado el Derecho a ese nivel, desde el cual constituye fuente de Derecho para un país determinado, siendo de acatamiento obligatorio excepto para los propios tribunales supremos que son los únicos que podrían cambiar esta jurisprudencia en sentido estricto.

Con los ejemplos de resoluciones relacionadas con el trabajo infantil y sus peores formas, que se han recopilado en el presente estudio, se pretende conocer algunas tendencias en la aplicación de las normas pertinentes y de los instrumentos de derecho internacional (particularmente los Convenios 138 y 182 de la OIT) para visualizar los logros alcanzados y las limitaciones o vacíos existentes.

Un aporte a la aplicación de los Convenios de la OIT, es la labor que realizan algunos órganos de control de la OIT, como la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) cuyo mandato es, precisamente, velar por la aplicación de los mismos, a partir del estudio de los informes que deben presentar los países.

10 Ibidem, p. 94.

11 Obando, Ana Elena. Las interpretaciones del Derecho. En: Ejercicios prácticos de análisis jurisprudencial, Programa Mujer, Justicia y Género, ILANUD, San José, 2001, p. 202 y ss.

12 Elementos de un glosario. http://www.diplomatie.gouv.fr/label_france/DUDH/espanol/glossaire.html

13 Por ejemplo en México la jurisprudencia se conforma de cinco resoluciones que, sobre un mismo caso, haga la Suprema Corte de la Nación sin que se le interponga una sola en caso contrario. Wikipedia, <http://es.wikipedia.org/wiki/Jurisprudencia>.

14 Latorre, op.cit., p. 98.

2.2 El papel de la Comisión de Expertos de la OIT en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y sus informes

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), fue instituida por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo en 1926, para examinar las informaciones y memorias comunicadas por los Estados Miembros de la OIT, de conformidad con los artículos 19, 22 y 35 de la Constitución de la OIT, sobre las medidas que han adoptado en relación con los convenios y las recomendaciones¹⁵.

Los comentarios de la Comisión son redactados en forma de “observaciones” que se reproducen en el informe de la Comisión, o bien como “solicitudes directas”, que no se reproducen en el informe, pero que se comunican de modo directo a los gobiernos interesados¹⁶.

Los gobiernos deben enviar una memoria detallada al año siguiente al de la entrada en vigor del convenio ratificado y una memoria detallada dos años después de la primera¹⁷. Posteriormente, se

establece el deber de presentar memorias periódicas que, en el caso de los convenios fundamentales (como los C138 y C182), deben ser bianuales.

Los informes de la CEACR no se consideran “interpretaciones” de los Convenios de la OIT, pues la Corte Internacional es el único organismo competente para dar una interpretación autorizada de los convenios y recomendaciones (Art. 37.1 de la Constitución de la OIT), más bien pueden considerarse como una suerte de “diálogo con las autoridades estatales”¹⁸ con el fin de adecuar y orientar sobre la aplicación de los convenios de la OIT.

La Base de Datos de la OIT sobre Aplicación de los Convenios Internacionales del Trabajo (APPLIS) cuenta con información sobre las Memorias presentadas por los Estados sobre la aplicación de los convenios, los comentarios de la CEACR y el calendario para la solicitud de memorias regulares¹⁹.

En lo que respecta a los Convenios 138 y 182, en el Cuadro 4 se resume el estado actual de las memorias presentadas por los países de la subregión, y los comentarios de la CEACR, que –como ya se dijo– pueden ser observaciones o solicitudes directas.

15 CEACR. Informe general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2005, <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs.pl> También véase <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/applying/committee.htm>. La CEACR está compuesta por personalidades independientes, totalmente imparciales, elegidos por el Consejo de Administración a propuesta del Director General, por un período de tres años

16 Ibidem.

17 Artículo 22 de la Constitución de la OIT.

18 Informe final del Seminario “Normas internacionales del trabajo para Magistrados, Juristas y Docentes en Derecho, Santiago, Chile, 2002.” http://training.itcilo.it/ils/2002/a2_5466/finrep.html

19 La Base de Datos APPLIS puede consultarse por Internet: <http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=ES>

CUADRO NO 4.
AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA:
MEMORIAS SOBRE LOS CONVENIOS 138 Y 182 RECIBIDAS
POR LA OIT Y COMENTARIOS DE LA CEACR A NOVIEMBRE DEL 2005.

<i>País</i>	C. 138	C. 182
<i>Costa Rica</i>	La memoria ha sido recibida con respuestas a una observación y una solicitud directa de 2004	Una solicitud directa de 2004
<i>República Dominicana</i>	Una observación y una solicitud directa de 2004	Una observación y una solicitud directa de 2004
<i>El Salvador</i>	Una observación y una solicitud directa de 2004	Una observación y una solicitud directa de 2004
<i>Guatemala</i>	Una observación y una solicitud directa de 2004	Una observación y una solicitud directa de 2004
<i>Honduras</i>	Una observación de 2004	Una solicitud directa de 2004
<i>Nicaragua</i>	Una memoria recibida con respuestas a solicitud directa de 2003	Una memoria recibida con respuestas a solicitud directa de 2004
<i>Panamá</i>	Una memoria ha sido solicitada con respuestas a solicitud directa de 2003	Una memoria ha sido solicitada con respuestas a solicitud directa de 2003
Fuente: APPLIS, OIT, http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=ES (10/11/2005).		

Como se puede observar en el Cuadro No 5, que resume los comentarios de la CEACR en relación con la aplicación del C. 138, prácticamente para todos los países la CEACR expresa su preocupación sobre el importante número de niños y niñas que trabajan, a pesar de estar por debajo de la edad mínima de admisión al empleo; y la cantidad de personas menores de edad que laboran en actividades peligrosas. Para ciertos países –como República Dominicana, Honduras, El Salvador- la

Comisión reconoce que la aplicación de la legislación resulta difícil dadas las condiciones de vida que reflejan las estadísticas: pobreza en aumento, poco acceso a la educación básica, etc.

Para el caso de Costa Rica, Honduras y Nicaragua, la Comisión recomienda reformas específicas a los Códigos de Trabajo. Hasta la fecha, únicamente Nicaragua ha reformado su Código de Trabajo²⁰.

20 La reforma al Código de Trabajo de Nicaragua, se produjo por Ley No 474 de 15 de octubre de 2003, que reforma el Título VI del Libro Primero del Código de Trabajo, referente al trabajo de las personas menores de edad.

CUADRO N° 5.

AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA: ALGUNAS OBSERVACIONES DEL CEACR EN RELACIÓN CON EL CONVENIO 138

<p>Costa Rica. Observación individual, 2005</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Preocupación por los niños entre 5 y 11 años que trabajan, en especial en el sector informal, sector rural y servicio doméstico • Modificar el CT a fin de armonizar sus disposiciones con el CNA
<p>R. Dominicana Observación individual, 2005</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Grave preocupación por la situación de los niños menores de 14 años obligados a trabajar. Alienta al gobierno a redoblar esfuerzos para mejorar progresivamente la situación. • Invita al gobierno a comunicar informaciones sobre estadísticas, informes de servicios de inspección, número y naturaleza de las infracciones y sobre las sanciones aplicadas.
<p>El Salvador Observación individual, 2005</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Comprueba que según datos estadísticos la aplicación de la legislación sobre trabajo infantil parece difícil en la práctica. • Impulsa vivamente al gobierno a que redoble los esfuerzos para mejorar progresivamente la situación. • Invita al gobierno a seguir comunicando informaciones detalladas sobre la manera en que se aplica la Convención en la práctica. • Alienta a proseguir esfuerzos en el ámbito de la educación y comunicar medidas para facilitar el acceso de los niños a la escuela.
<p>Guatemala Observación individual, 2005</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Grave preocupación por la situación de los niños menores de 14 años obligados a trabajar. • Insta al gobierno a redoblar los esfuerzos para mejorar progresivamente la situación. • Observa que solo los niños menores 13 años han sido retirados de su empleo en el sector pirotécnico. Insta al gobierno a tomar medidas necesarias a fin de garantizar que ninguna persona menor de 18 años se empleada en el sector pirotécnico.
<p>Honduras Observación individual, 2005</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Convendría modificar el Art. 2 párrafo 2 del CT que excluye de su campo de aplicación las explotaciones agrícolas y ganaderas que ocupen a menos de 10 trabajadores. Confía que el proyecto de revisión del CT sea adoptado próximamente. • Según el Art. 32 párrafo 2 CT se podría autorizar a menores de 14 años a trabajar si es indispensable para su subsistencia o la de sus padres o hermanos/as. Ruega al gobierno proporcionar informaciones sobre medidas para garantizar aplicación del Convenio. • Proporcionar informaciones estadísticas sobre el número de autorizaciones dadas a personas entre 16 a 18 años para realizar trabajos peligrosos. • Indicar si los inspectores han podido constatar si los empleadores llevan registros de adolescentes para trabajar. • Preocupación por la situación de los niños obligados a trabajar por necesidad, la aplicación de la reglamentación parece difícil en la práctica.
<p>Nicaragua Solicitud directa 2003</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Recuerda que el Convenio cubre a todas las formas de empleo, si existe o no contrato y si es remunerado o no. • Comunicar informaciones sobre la forma en que la protección prevista por el Convenio se garantiza a los niños que no tienen una relación de trabajo. • Informar sobre las medidas a fin de garantizar que la realización de trabajos peligrosos por adolescentes de 16 a 18 años solo se autorizará de conformidad con el Art. 3 párrafo 3 del Convenio.
<p>Panamá Solicitud directa 2003</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Información sobre los motivos de su decisión de especificar una edad mínima de 14 años. • Indicar si tiene previsto aumentar la edad mínima de admisión al empleo inicialmente especificada • Medidas a fin de garantizar que ninguna persona menor de 16 años que trabaje en una escuela de formación sea autorizada a realizar actividades peligrosas • Informaciones sobre la situación general del empleo de niños y adolescentes en las ramas de actividad que están excluidas del campo de aplicación de ese Convenio. • Insta al gobierno a extender el campo de aplicación del convenio al trabajo doméstico. • Comunicar medidas para garantizar que las personas de 12 a 14 años autorizadas a realizar trabajos ligeros en empresas agrícolas serán empleadas conforme al art. 7, párrafo 1 del Convenio.

En cuanto al C. 182 (Cuadro No 6) la mayoría de las observaciones están dirigidas a pedir aclaraciones sobre los mecanismos jurídicos para combatir las peores formas de trabajo infantil. Con las reformas a las legislaciones penales que ya se han realizado, mencionadas páginas atrás, se atienden algunas de las observaciones de la CEACR. El énfasis de las reformas es dotar de mayores instrumentos jurídicos para el combate de la explotación sexual comercial de NNA. La tarea que los países tienen aún pendiente es la revisión de sus legis-

laciones para combatir las otras formas de explotación infantil definidas en el C. 182 (esclavitud, trabajo forzoso, utilización de NNA para la realización de actividades ilícitas, reclutamiento forzoso) y la definición de las listas de trabajos peligrosos conforme al inciso d) del Art. 3 del C182. Hasta la fecha (agosto, 2006) República Dominicana, Guatemala y Panamá han aprobado los decretos correspondientes que definen los trabajos peligrosos para esos países (Véase el Cuadro No 2).

CUADRO N° 6.
AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA:
ALGUNAS OBSERVACIONES DEL CEACR EN RELACIÓN CON EL CONVENIO 182

Costa Rica. Solicitud directa, 2004	<ul style="list-style-type: none"> • Especificar la edad de las personas menores a las que se aplican los arts. 167 y 173 del Código Penal • Especificar la edad de los “menores” a los que se aplica el art. 71, c), de la Ley sobre los Estupefacientes, las sustancias psicotrópicas... (Ley 7786) • Informar sobre el trabajo de elaboración y adopción de un proyecto de ley relativo a la prohibición del trabajo peligroso e insalubre. • Comunicar informaciones sobre la aplicación práctica de las sanciones a las PFTI contenidas en el CP y en CT.
R. Dominicana Observación individual, 2005	<ul style="list-style-type: none"> • Redoblar esfuerzos a fin de garantizar la aplicación efectiva de la legislación sobre la protección de los niños contra la venta y la trata de niños con fines de explotación sexual, especialmente de prostitución. • Informar sobre la aplicación de sanciones en la práctica, comunicando, entre otras cosas, informes sobre el número de condenas. • Informar sobre las medidas tomadas en el marco del PDD para proteger a los niños que corren riesgo de ser víctimas de explotación sexual comercial.
El Salvador Observación individual, 2005	<ul style="list-style-type: none"> • Informar sobre la rehabilitación e inserción social de los niños afectados con las PFTI, especialmente en lo que respecta a la venta y tráfico de niños con fines de explotación sexual. • Informar sobre la puesta en marcha y el impacto del Plan nacional de acción contra la explotación sexual comercial de NNA • Comunicar el número de niños que tras haber sido librados del trabajo, han sido reintegrados a los cursos de educación básica. • Preocupación por los niños que realizan trabajo doméstico. • Indicar de qué manera se dará atención especial a las niñas y librarlas de las PFTI
Guatemala Observación individual, 2005	<ul style="list-style-type: none"> • Redoblar esfuerzos para garantizar la protección de los niños contra la venta y el tráfico con fines de explotación sexual, especialmente prostitución. Informar sobre la aplicación de sanciones, el número de investigaciones realizadas, los procesamientos y condenas. • Preocupación por la gravedad de la situación de explotación sexual comercial. Solicita comunicar informaciones sobre la aplicación y el impacto del plan de acción y la política pública sobre el tema, especialmente en cuanto a la rehabilitación y la inserción social de las víctimas.
Honduras Observación individual, 2005	<ul style="list-style-type: none"> • Informar sobre los proyectos de reforma para definir las PFTI. • No existen normas penales precisas en lo que respecta a la venta y al tráfico de niños. Informar sobre la aplicación práctica del art. 149 del CP (delito de trata). • Comunicar medidas adoptadas o previstas para garantizar la prohibición de la venta y del tráfico de personas menores de 18 años para su explotación económica. • Informar sobre alegaciones de que hay niños que trabajan como soldados.

CUADRO N° 6. (Continuación)
AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA:
ALGUNAS OBSERVACIONES DEL CEACR EN RELACIÓN CON EL CONVENIO 182

Nicaragua Solicitud directa 2004	<ul style="list-style-type: none"> • La legislación nacional no contiene disposiciones que prohíban la venta y el tráfico de menores de 18 años. • Indicar las medidas para prohibir la utilización, el reclutamiento o la oferta de un menor de 18 años para la producción de pornografía o actuaciones pornográficas. • Comunicar una lista detallada de las actividades consideradas como trabajos peligrosos. • Comunicar sobre la aplicación práctica de las sanciones a los delitos de trata de personas, proxenetismo, de las que están en el CNA y en el CT.
Panamá Solicitud directa 2003	<ul style="list-style-type: none"> • Informar sobre las medidas para prohibir o prevenir el trabajo forzoso u obligatorio • Indicar si la legislación prevé sanciones para la venta o la trata de niños • Medidas para prohibir el reclutamiento forzoso en caso conflictos armados en defensa de la independencia y la integridad territorial del Estado. • Medidas para garantizar la prohibición de la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas. • Considerar las actividades enumeradas en la R190 y que no están abarcadas en las disposiciones sobre trabajos prohibidos.

Este rápido recorrido por los comentarios de la CEACR sobre la aplicación de los Convenios 138 y 182, demuestra que la aplicación de esos convenios es un proceso complejo, que supone transformaciones no únicamente jurídicas, sino sociales, económicas y también culturales. Comprender en su integralidad el fenómeno es una necesidad, y los comentarios de la CEACR pueden ser elementos que contribuyan a esa comprensión.

III. LOS HALLAZGOS MÁS SIGNIFICATIVOS

Corresponde ahora referirse a los hallazgos más significativos del estudio sobre la aplicación de la legislación nacional -que en su mayoría ha sido adecuada a los Convenios de la OIT- mediante la revisión de algunas resoluciones emanadas de los órganos judiciales y administrativos en los siete países de la región.

En primer lugar, hay que recalcar que son muy pocas las resoluciones encontradas. Si bien esto puede deberse a las dificultades para localizar jurisprudencia por la ausencia de índices y de bases de datos, también refleja una realidad: son muy pocos los casos que han llegado a los tribunales de justicia y a los órganos administrativos.

Este es un primer indicador sobre la poca aplicación de la legislación referente al trabajo infantil y sus peores formas, lo cual es producto, entre otras

cosas, del desconocimiento de la legislación, no solo por parte de la persona menor de edad trabajadora o de la víctima (tratándose de una PFTI), sino inclusive por parte de muchos operadores jurídicos (jueces y funcionarios administrativos) que al desconocer la legislación, no la aplican. Igualmente, es reflejo de la cultura que de una u otra forma tolera la inobservancia de la legislación dirigida a garantizar los derechos de las personas menores de edad y la no denuncia de los delitos cometidos contra ellas.

El Cuadro 7 presenta un resumen del número de sentencias analizadas en el presente estudio. Costa Rica y Panamá son los dos países con mayor número de sentencias, lo cual coincide con que en estos dos países los índices de jurisprudencia están organizados por temas y son accesibles en bases de datos abiertas a la consulta pública.

CUADRO N° 7:
AMÉRICA CENTRAL Y REPÚBLICA DOMINICANA:
RESOLUCIONES ANALIZADAS POR PAÍS*

Países y número de resoluciones*							
Resoluciones	Costa Rica	Repúb. Domin.	El Salvador	Guatemala	Honduras	Nicaragua	Panamá
Visión constitucional de NNA	4			5			7
Trabajo infantil							
-Jurisp. judicial	6	3			2	1	7
-Jurisp. Administrat.	14					2	4
PFTI							
-Jurisp. judicial	8	1	1	3		3	3
-Jurisp. Administrat.			1				
Total	32	4	2	8	2	6	21
* Los datos exactos de las resoluciones se encuentran en la Bibliografía al final del estudio.							

Para los otros países, únicamente se cuenta con algunas resoluciones que sirven como ejemplos, pues no se puede afirmar categóricamente que sean las únicas existentes. Algunos países, como Guatemala, cuentan con un índice de sentencias emanadas de la Corte de Constitucionalidad, no así de las otras instancias judiciales y administrativas, por lo cual se pudo identificar a cinco que son relevantes para el presente estudio, además se localizó una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²¹ relativa a la responsabilidad del Estado en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en la que figura Guatemala como el Estado demandado, la cual sirve de antecedente importante no solo para ese país, sino para todo el sistema interamericano.

Una dificultad adicional fue localizar sentencias sobre las peores formas de trabajo infantil, éstas se dan en el ámbito penal, principalmente relacionadas con explotación sexual comercial, pues el equipo investigador en Guatemala, El Salvador, Honduras y República Dominicana, no tuvo acceso a ese tipo de casos por su índole penal y por involucrar a personas menores de edad.

Todo lo anterior, refleja las limitaciones encontradas y las razones por las cuales no se puede hablar de que este estudio contenga una muestra representativa, pero sí refleja algunas tendencias que se pueden observar a nivel general en la subregión, como se verá a continuación.

3.1 Incorporación de los instrumentos de derecho internacional a los ordenamientos jurídicos nacionales

A partir de la década de los años noventa, con la promulgación de instrumentos de derecho internacional como la Convención sobre los Derechos del Niño, se crea un marco jurídico internacional sobre los derechos humanos, compuesto por convenios y tratados que, a diferencia de los tratados internacionales clásicos²², “están redactados en función de su aplicación interna”²³. Además, con la promul-

gación de la CDN y su ratificación por un grupo importante de países, se pone en la agenda internacional los derechos de niños, niñas y adolescentes y la necesidad de que éstos sean garantizados.

A lo interno de los ordenamientos jurídicos nacionales cobra particular importancia el tema de la jerarquía de los instrumentos de derecho internacional, lo cual se refleja en la jurisprudencia constitucional encontrada en Costa Rica, Guatemala y Panamá.

Los jueces constitucionales de esos tres países (Sala Constitucional de Costa Rica; Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá; Corte de Constitucionalidad de Guatemala) se han manifestado sobre la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en los ordenamientos jurídicos nacionales. La jurisprudencia emanada de estos Tribunales, es de suma importancia, al menos por las siguientes razones:

- Es vinculante, es decir, es de acatamiento obligatorio salvo para sí misma²⁴, por provenir del máximo órgano jurisdiccional de cada país.
- Tiene la virtud de interpretar la Constitución Política, que es la Carta Magna por excelencia y otros instrumentos jurídicos.
- Constituye jurisprudencia en sentido estricto (véase el Capítulo I de este documento).

Como bien lo ha dicho la jurisprudencia constitucional costarricense, la normativa internacional sobre los derechos humanos –como es la CDN– implica no solo su cumplimiento, sino una relectura de las legislaciones internas²⁵. Esto significa que toda la legislación, que debe someterse a lo dispuesto por la Constitución, debe ser “reinterpretada” bajo la óptica de los principios que informan a la CDN. Aún más, los Magistrados de ese país, le han otorgado al instrumento de derecho internacional sobre derechos humanos, valor inclusive superior a la Constitución Política cuando amplía los derechos allí consagrados.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, caso Villagrán Morales y otros contra la República de Guatemala.

22 Rodríguez Oconitrillo, Pablo. Derechos fundamentales, Editorial Juricentro, San José, 2001, p. 177.

23 Gross Espiell, citado por Rodríguez Oconitrillo, op.cit.

24 Así, por ejemplo, el Art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica dispone: “La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”

25 Sala Constitucional de la CSJ de Costa Rica, N° 1319-97 de las 14:50 hrs. del 4 de marzo de 1997.

De manera similar, el Art. 46 de la Constitución Política de Guatemala dispone “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. De la lectura de esa norma pareciera deducirse, como lo ha interpretado la jurisprudencia de Costa Rica para ese país, que los instrumentos de derecho internacional en materia de derechos humanos prevalecen sobre la Constitución; sin embargo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha interpretado que los tratados y convenciones ingresan al ordenamiento jurídico “... con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución...”²⁶. Así, los instrumentos de derecho internacional tendrían preeminencia sobre la legislación pero no sobre la Constitución.

Por otro lado, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha elaborado, de manera bastante precisa, los alcances conceptuales que tiene la CDN en su ordenamiento interno:

- La CDN en materia de derechos de la niñez es ley de la República y debe ser aplicada²⁷. Si en actuaciones judiciales se comprueba que no se ha aplicado la CDN, se puede recurrir a la vía del amparo²⁸.
- Los postulados de la CDN prevalecen sobre una visión privatista o civilista²⁹.
- Se consagra ampliamente, mediante diversos fallos, la prevalencia del interés superior de la persona menor de edad.

En Panamá los instrumentos de derecho internacional ratificados por ese país, solo tienen rango de ley, a menos que sean incorporados al bloque

de constitucionalidad, mediante jurisprudencia del Pleno del CSJ. Se trata de una visión sobre los tratados y convenios, más restringida que la de los dos países antes citados, sin embargo para el caso de la CDN, el Pleno ha integrado el Art. 3 (principio de interés superior del niño) de esa Convención al bloque de constitucionalidad. El principio del interés superior de la persona menor de edad, es tan rico en contenido que brinda las bases conceptuales para afirmar que la legislación panameña debe sujetarse a la CDN, pues de modo contrario sería inconstitucional.

El interés superior de niños, niñas y adolescentes es uno de los más mencionados por la jurisprudencia en todos los países. Este es un principio jurídico garantista, que permite interpretar cada situación concreta, teniendo como parámetro básico, el carácter integral de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Es, además un principio de integración que permite llenar vacíos normativos y finalmente, permite sostener la prioridad de los derechos de la niñez y la adolescencia en las políticas públicas³⁰.

En el ámbito interamericano también se ha generado jurisprudencia, emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el sentido de que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como la CDN forman parte de “un muy comprensivo corpus juris internacional de protección a los niños”³¹. En función de ello, los Estados tienen una responsabilidad insoslayable de proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes y tomar medidas “referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reincorporación social de todo niño víctima de abandono o explotación”³².

26 Gaceta Jurisprudencial, Corte de Constitucionalidad, núm. 18, p. 99, Sentencia 19-10-90.

27 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, apelación de sentencia de amparo, Expediente 1042-97 del 8 de septiembre de 1998.

28 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente N° 49-99, apelación de sentencia de amparo, 6 de abril de 1999.

29 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 787-2000 de 29 de agosto de 2000.

30 En este sentido: Cillero Bruñol, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, versión electrónica, s.f. Maxera, Rita. Los derechos humanos de los niños, las niñas y los y las adolescentes. En: Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, UNICEF, UCR, San José, 1999, p. 6.

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, caso Villagrán Morales y otros contra la República de Guatemala.

32 Ibidem.

Los Convenios 138 y 182 de la OIT han sido poco mencionados por la jurisprudencia constitucional de manera expresa (por ejemplo, en Costa Rica se conoció una consulta preceptiva de constitucionalidad acerca de la ley de ratificación del Convenio 182), pero sí lo han sido los Convenios de la OIT en general, y en especial la “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, dentro de la cual están los Convenios 138 y 182. Así, por ejemplo, en Costa Rica se ha dicho que al considerarse derechos fundamentales los convenios incorporados en esa Declaración “son inherentes al ser humano por su condición de tal, le acompañan por su carácter de persona y por ende son superiores al Estado mismo”³³. En Panamá, el Pleno de la Corte también se ha referido a los Convenios de la OIT pero para establecer que los mismos no integran el bloque de constitucionalidad y por lo tanto, solamente adquieren rango de ley al ser debidamente ratificados.

¿Cuánto de toda esta riqueza conceptual en materia de niñez y adolescencia, es efectivamente incorporada por los operadores jurídicos (jueces y funcionarios administrativos) en su labor diaria de aplicación de la legislación relacionada con trabajo infantil y sus peores formas? Pareciera que no lo suficiente, como se verá al hacer la revisión de la jurisprudencia encontrada.

Un primer obstáculo que se deduce de la lectura de las resoluciones –como se verá más adelante para cada país-, es la falta de conocimiento de los operadores jurídicos (jueces y funcionarios administrativos) de la Convención sobre los Derechos

del Niño, de los convenios de la OIT y de la legislación especial en materia de niñez y adolescencia.

Por la especialidad de las materias –laboral y penal-, los casos relacionados con trabajo –incluso donde figura una persona menor de edad- son conocidos por los jueces de trabajo y cuando se trata de las peores formas –en las que una persona menor de edad es la víctima- es de conocimiento de los jueces penales. Aunque en muchos países se ha creado una jurisdicción especial de niñez y adolescencia, algunas materias especializadas –como laboral y penal- han sido excluidas de esa jurisdicción.

Existe la tendencia a creer que quienes tienen que conocer la Convención sobre los Derechos del Niño y la legislación especial de niñez y adolescencia (los Códigos de la Niñez y Adolescencia y sus equivalentes) son los jueces de niñez y adolescencia y las autoridades administrativas que conocen de esa materia. Los demás no reciben capacitaciones al respecto, ni sienten que sea su “materia” o su “competencia”. En consecuencia, se continúan aplicando enfoques propios de la doctrina de la situación irregular y no de la doctrina de la protección integral (niños, niñas y adolescentes son concebidos como “los menores” y son objetos de protección, no se les considera sujetos de derecho y deberes).

En el Cuadro No 8 se presentan algunos ejemplos de cómo la visión de la niñez y adolescencia es radicalmente opuesta según se asuma el enfoque de la doctrina de la situación irregular o de la protección integral.

33 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 04453-2000 de las 14:56 hrs. del 24 de mayo de 2000.

CUADRO N° 8.
DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR VS. DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL: DOS PLANTEAMIENTOS RADICALMENTE DIFERENTES.

Doctrina de la situación irregular	Doctrina de la protección integral
Se protege (en un sentido “proteccionista” o “paternalista”) a la persona.	Se protegen los derechos de la persona menor de edad.
La persona menor de edad es un objeto del “Derecho de Menores”, sobre ella recaen las acciones proteccionistas (en aras de la moral, la salubridad, etc.)	La persona menor de edad es sujeto de derechos y deberes.
La persona menor de edad no participa, ni opina. Es un sujeto pasivo (“el menor”), mero instrumento de los adultos que deciden por ella.	La persona menor de edad tiene derecho a participar en las decisiones que le afectan, de acuerdo a su edad y grado de madurez. Se debe pedir y tomar en cuenta su opinión.
La persona menor de edad está subordinada a los adultos (padres, empleadores, jueces, etc.)	Hay nuevas relaciones entre personas adultas y NNA, basadas en el respeto mutuo, y también en la protección especial que pueda necesitar la persona menor de edad, dependiendo de su edad y situación, para que se respeten sus derechos.
Las personas menores de edad son ciudadanas del futuro	Son ciudadanas del presente.
El trabajo de las personas menores de edad es de menor valor que el de las adultas, por la madurez, el grado de desarrollo psico físico, etc.	Rige el principio de igualdad, aunque está presente el deber de protección especial de los derechos de la persona adolescente.

La doctrina de la situación irregular se puede representar en el lenguaje utilizado por los operadores jurídicos en las sentencias analizadas, pues prácticamente todas se refieren a las personas menores de edad como “los menores”.

Teniendo lo anterior como planteamiento general, a continuación se expondrán algunos hallazgos relacionados con trabajo infantil (ámbito laboral) y con las peores formas de trabajo infantil (ámbito penal).

3.2 Trabajo infantil

Como ya se ha dicho, de las resoluciones analizadas se desprende que los jueces laborales conocen de Derecho Laboral y de los principios que informan esta materia, sin embargo poco conocen de niñez y adolescencia, de la CDN, inclusive de los Convenios de la OIT sobre trabajo infantil. Pocas de las sentencias analizadas han citado los Convenios de la OIT o la CDN, las excepciones son Costa Rica (en una resolución de la Sala Segunda se cita expresamente el C138) y un caso

en República Dominicana en el que se citan los C138 y 182, pero esto no incide en el fondo de la decisión (como se verá más adelante).

La mayoría de las sentencias sobre trabajo infantil encontradas, ignoran que una de las partes es menor de edad y, por lo tanto, no aplican la legislación especial. Es importante destacar que en aquellos casos en que las sentencias provienen de las instancias jurisdiccionales de mayor jerarquía (como casación, por ejemplo), la no referencia a la edad de la persona trabajadora se debe a que no es un asunto sometido a su consideración, pues estas instancias solo pueden analizar aquello que es sometido a su consideración.

Las sentencias que sí aplican la legislación especial, lo hacen desde la perspectiva de la doctrina de la situación irregular, o sea sin tomar en cuenta la CDN, que debe regir obligatoriamente sus actuaciones por el peso jurídico que tiene, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional de los tres países antes citados.

Así, se encontró que:

- No se toma en cuenta que la persona trabajadora es menor de edad, por lo tanto no se aplica la legislación especial.
- Es común la tendencia de los empleadores a negar la relación laboral, esta es una manera de evadir su responsabilidad en cuanto al pago de cargas sociales (así como otras garantías como el salario mínimo), pero también refleja lo siguiente:
 - El trabajo de las personas menores de edad no es considerado realmente “trabajo”, es -en el mejor de los casos-, una “ayuda” que presta.
 - Los empleadores consideran que utilizaron los servicios de la persona menor de edad, por hacerle un favor (“un apoyo económico para que pudiesen sufragar sus necesidades básicas”, “la acogimos por un acto de humanidad”, etc.). Es otra manera de subestimar el trabajo de las personas menores de edad.
- En el procedimiento, la tendencia del juez es a aplicar los principios del procedimiento civil, ciertos principios del procedimiento laboral y prácticamente ningún principio del de niñez y adolescencia:
 - En República Dominicana el juez claramente afirma que la carga de la prueba la tiene el trabajador, persona menor de edad. No toma en cuenta la relación de desequilibrio que existe, ya no solo entre trabajador y empleador sino, particularmente, entre una persona adulta y otra menor de edad. Es un ejemplo claro de cómo no se toman en cuenta los principios consagrados en la legislación especial de niñez y adolescencia vigente en ese país.
 - Un ejemplo contrario al de República

Dominicana se puede observar en Honduras, donde la jueza de trabajo señala claramente que: *“a falta de existencia del contrato de trabajo será imputable al patrono y si éste no lo celebra tendrán como ciertas las afirmaciones del trabajador”*, un principio básico del derecho laboral, derivado del principio protector y del “in dubio pro operario” (en caso de duda se resuelve a favor del trabajador).

- En sede administrativa la situación es similar, la mayor parte de los casos son resueltos por la conciliación o el desistimiento de la acción. ¿A qué tipo de arreglos llegan las personas menores de edad con sus empleadores?, ¿Cuál es el papel de la autoridad administrativa en garantizar los derechos de la persona menor de edad? Las respuestas no están muy claras para la mayoría de los países.
- En Costa Rica se observa que ha habido un progreso muy significativo en los últimos años, en que la Inspección de Trabajo ha elaborado un Manual de procedimientos –que ha sido mejorado mediante el reciente “Protocolo de Coordinación Intrainstitucional para la atención de las personas trabajadoras menores de edad, a cargo de la OATIA y las demás dependencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”³⁴ en proceso de aprobación. Se pueden ver ejemplos de cómo la participación de la Inspección (al visitar el centro de trabajo, levantar el acta de inspección, señalar claramente las infracciones, etc.) ha disuadido a los empleadores y éstos han procedido a conciliar con la persona adolescente respetando sus derechos. Sin embargo, al menos en los casos analizados, no hay claridad sobre la participación de la Inspección en otro tipo de infracciones como la amplísima categoría de “restricción de derechos”, su actuación de oficio, etc.

34 IPEC-OIT. Contribución a la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajador adolescente desde la Inspección de Trabajo. Manual de formación, San José, 2005, p. 67 y ss.

3.3 Las peores formas de trabajo infantil

Como ya se ha aclarado en este estudio, el concepto “peores formas de trabajo infantil” está definido en el Art. 3 del C182, sin embargo en la enumeración que contiene ese artículo, hay que diferenciar las formas “incuestionablemente peores” (Art. 3 incisos a, b y c) del “trabajo peligroso” (Art. 3 inciso d). Las incuestionablemente peores, pertenecen principalmente al ámbito penal y se pueden agrupar en:

- Esclavitud, formas análogas a la esclavitud y trabajo forzoso.
- Reclutamiento forzoso de personas menores de edad para su participación en conflictos armados.
- Explotación sexual comercial
- La participación de personas menores de edad en actividades ilícitas.

Por otro lado, el trabajo peligroso es regulado mediante reformas a la legislación laboral y pertenece, principalmente, a ese ámbito.

Para efectos de este trabajo, cuando se hace referencia a las peores formas de trabajo infantil se está haciendo alusión a las “incuestionablemente peores” (C182, Art. 3 incisos a, b y c), mientras que el trabajo peligroso (C182, Art. 3 inciso d) está contemplado en los apartados referidos a trabajo infantil.

Recientemente se han aprobado reformas a los Códigos Penales –como ya se ha dicho- en procura de contar con instrumentos jurídicos adecuados para sancionar los delitos relacionados con las PFTI, particularmente contra la explotación sexual comercial, una de las peores formas con mayor incidencia en la subregión. Estas reformas buscan armonizar la legislación con lo establecido en el

Convenio 182 y otros instrumentos de derecho internacional³⁵.

Un paso importante que se ha dado con las reformas en mención es la reconceptualización de los delitos relacionados con explotación sexual comercial. Se entiende por explotación sexual comercial “la utilización de personas menores de edad en actividades con fines sexuales donde existe un pago o promesa de pago o de otra índole para la niña, el niño o adolescente o para quien comercia sexualmente con ellos”³⁶. Entre las conductas que deben ser sancionadas como delitos de explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes están las siguientes:

- Actividades sexuales remuneradas con personas menores de edad
- Pornografía con utilización de imágenes de personas menores de edad
- Trata de personas menores de edad con fines de explotación sexual comercial
- Venta de niños, niñas y adolescentes
- Turismo sexual
- Esclavitud sexual
- Proxenetismo
- Rufianería

Esta reconceptualización de la ley sustantiva debe ir de la mano con reformas a la legislación procesal penal, a fin de adecuar dicha legislación a los aspectos particulares de los delitos de ESC y a la no revictimización de las personas menores de edad que ya, de por sí, están en una posición de mayor vulnerabilidad al enfrentar un proceso penal.

Sin embargo, al tratarse de reformas muy recientes, aún no existen muchas sentencias que las apliquen, salvo en el caso de Costa Rica, cuya reforma data de 1999 y es donde existe un número significativo de resoluciones al respecto.

35 Para la elaboración de las reformas ha servido de guía el siguiente documento: OIT-IPEC. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales. Documento de trabajo con recomendaciones para Centroamérica, Panamá y República Dominicana, San José, 2004.

36 Ibidem, p. 10.

En la jurisprudencia analizada se puede observar, a grosso modo, lo siguiente:

- En los ejemplos que se presentan para el caso de Costa Rica, se observa que alguna jurisprudencia ha aportado elementos importantes en la conceptualización de delitos tales como fabricación y difusión de pornografía, relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad. Algunas de estas sentencias están fundamentadas en instrumentos de derecho internacional –como la Convención sobre los Derechos del Niño–, lo cual denota la utilización progresiva de elementos provenientes de la doctrina de la protección integral en el juzgamiento de delitos relacionados con la explotación sexual comercial de personas menores de edad.
- Como tendencia general aún se observa que los jueces continúan esgrimiendo argumentos como “pudor”, “buenas costumbres”, etc. y en última instancia minimizando la conducta del delincuente. Es muy reveladora la cantidad de denuncias que ha llegado a la Procuraduría de Derechos Humanos de Nicaragua, en los que se acusa de violación de los derechos humanos y denegación de justicia a una serie de

funcionarios (gubernamentales y judiciales) que en vez de apoyar a la víctima y luchar por todos los medios que se haga justicia, fueron sus victimarios o los cómplices de los victimarios.

- La ausencia de legislación penal adecuada, es sin duda una manera de dejar impune una serie de delitos.
- La revictimización está muy presente. Un ejemplo es el caso salvadoreño, denunciado ante la Procuraduría de Derechos Humanos, de un material con pornografía infantil incautado por la policía a un personaje político, que fue proporcionado por los funcionarios policiales a los medios de comunicación, los cuales lo difundieron, sin proteger la identidad de las víctimas. Las niñas y adolescentes involucradas volvieron no solo a ser víctimas, sino que fueron estigmatizadas por una sociedad en la que aún prevalece la visión patriarcal, que no solo tolera este tipo de situaciones, sino que considera como culpables a niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas.

Estas son algunas líneas de análisis general. Ahora interesa detenerse particularmente en la situación de cada país.

IV. COSTA RICA

4.1 Los instrumentos de derecho internacional en la jurisprudencia constitucional

El Art. 7 de la Constitución en su párrafo primero reza:

“Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

Este precepto es complementado por el numeral 48 al disponer:

“Toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República...” (el subrayado no es del original).

La jurisprudencia constitucional le ha dado un nuevo giro a la interpretación de estas normas al referirse a la jerarquía de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, puesto que éstos no solo tienen un carácter supra-legal (Art. 7 de la Constitución) sino que inclusive podrían primar sobre la Constitución misma:

“En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que, ha reconocido también la jurisprudencia, los instrumen-

*tos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución”*³⁷.

La legislación que se oponga a un instrumento del derecho internacional de los derechos humanos, debe derogarse:

*“...cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera, la antinomia entre ley y tratado (...) se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley”*³⁸.

En cuanto al impacto de los instrumentos de derecho internacional, particularmente de la normativa de los derechos humanos, ha afirmado la jurisprudencia que la ratificación no solo implica su aplicación, sino la relectura de todo el sistema legal:

*“La normativa de los derechos humanos no solo implica el cumplimiento de los derechos ahí consagrados, sino que significa una interpretación, más aún, una relectura de las legislaciones internas en función de estas disposiciones internacionales y de los postulados incorporados a las legislaciones nacionales como parte del ordenamiento”*³⁹ (el subrayado no es del original).

37 Sala Constitucional, N°1319-1997 de las 14:50 hrs. del 4 de marzo de 1997.

38 Sala Constitucional, N°1319-97 de las 14:50 hrs. del 4 de marzo de 1997, citando Sentencia N° 0282-90.

39 Ibidem.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el instrumento por excelencia sobre los derechos humanos de las personas menores de edad. La jurisprudencia constitucional es muy clara al afirmar, en forma categórica, que cualquier norma que se le oponga deviene inmediatamente en inconstitucional:

*“De conformidad con lo que dispone el artículo 7 de la Constitución Política, a partir del momento en que la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por nuestro país, las normas legales que contravengan las normas y principios contenidos en ese instrumento internacional, resultan inconstitucionales”*⁴⁰.

Pero, además, a la luz de la sentencia 1319-97, antes citada, se puede decir que la CDN prima sobre la Constitución cuando otorgue mayores derechos o garantías.

Es interesante mencionar que las dos sentencias que han sido citadas (la 1319-97 y la 1982-94) se refieren a la inconstitucionalidad de la derogada Ley Tutelar de Menores, la cual era un ejemplo muy claro de la doctrina de la situación irregular. En ambas sentencias, al analizar la inconstitucionalidad de dicha Ley, los magistrados se han referido a dos principios fundamentales de la CDN: las personas menores de edad son sujetos de derecho y lo que se debe “proteger” son esos derechos y necesidades específicas.

El Art. 55 de la Constitución Política establece que “La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de otras instituciones del Estado”. Ha sido jurisprudencia reiterada⁴¹, interpretar que al tenor de esta norma constitucional es el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) el ente rector en materia de niñez y adolescencia, cuyas competencias no admiten delegación, sino colaboración⁴².

Es deber del Estado dotar de recursos suficientes al PANI para la realización de sus competencias, esto ha sido claramente señalado por la jurisprudencia constitucional⁴³. Sin embargo, en la práctica es usual que el Ministerio de Hacienda no reconozca las leyes especiales que establecen rentas con destino específico -entre las cuales está la Ley Orgánica del PANI que se refiere a las fuentes de financiamiento de esa institución- desvirtuando ese deber tan claramente establecido por el Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia que estipula la obligación estatal de adoptar las medidas administrativas, legislativas, presupuestarias y de cualquier índole para garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas menores de edad y sin posibilidad de alegar limitaciones presupuestarias para desatender las obligaciones establecidas por el marco jurídico.

Finalmente, es importante citar una consulta preceptiva de constitucionalidad⁴⁴ presentada por la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de previo a la aprobación de la ley de ratificación del Convenio 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo y la acción inmediata para su eliminación⁴⁵. En cuanto al procedimiento seguido en el trámite de aprobación, la Sala analizó -entre otros aspectos- la inclusión de un artículo 2 al texto de la Ley de aprobación del convenio mediante una moción en el sentido de que se agregue que sola la ley puede determinar cuáles son los trabajos peligrosos (Artículo 3 inciso d) C182), y que por lo tanto, ninguna autoridad es competente para realizar esta determinación. La Sala consideró que “dicha moción constituye una mera interpretación por parte de la Asamblea Legislativa (...) dejándose claramente establecido por razones de

40 Sala Constitucional, N° 1982-94 de las 16:00 hrs. del 26 de abril de 1994.

41 En este sentido, las siguientes sentencias de la Sala Cuarta: 6716-98, 99-90, 227-93.

42 Sala Constitucional, N° 1999-09274 de las 16:00 del 24 de octubre de 1999.

43 Sala Constitucional, N° 2001-02075 de las 8:52 hrs. del 16 de marzo de 2001.

44 Según el Artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos: “a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros” (Art. 96 inciso a) Ley de la Jurisdicción Constitucional, No 7135 de 11 octubre 1989).

45 Sala Constitucional, No 2001-07238 de 9:01 hrs. del 27 de julio de 2001.

oportunidad y conveniencia, que al menos con respecto a Costa Rica, deberá entenderse que la única autoridad competente a que hace alusión el Convenio de estudio será la Asamblea Legislativa, la cual deberá establecer cuáles son los tipos de trabajo que resguarda el inciso d) del artículo 3, mediante la emisión de ley ordinaria...”⁴⁶.

En relación con el fondo del proyecto, la Sala consideró que: “Es evidente que en Costa Rica ya se ha venido trabajando en los objetivos propuestos en este Convenio, sin embargo, a criterio de la Sala, este instrumento internacional es de suma estimación, por cuanto viene a reforzar el trabajo que se está realizando en protección de los menores en este país”⁴⁷.

4.2 Trabajo infantil

4.2.1 *Jurisprudencia judicial*

Derecho de las personas adolescentes a trabajar

El Código de la Niñez y la Adolescencia establece en el Artículo 78 que el Estado reconocerá el derecho de las personas adolescentes mayores de quince años a trabajar con las restricciones que imponen este Código, los convenios internacionales y la ley.

La Sala Constitucional conoció de un recurso de amparo⁴⁸ presentado por una adolescente, aduciendo que la parte empleadora –el Ministerio de Salud– al no autorizar la prórroga de su contrato laboral por ser menor de edad y por tener asma y alergia, le había violentado su derecho fundamental al trabajo.

La Sala Constitucional consideró que por tratarse de una relación contractual, y no de una relación de naturaleza estatutaria, “...el examen de la legalidad de la decisión de la Administración de no renovar el contrato de la recurrente corresponde a la jurisdicción laboral. Desde esa perspectiva, la

disconformidad de la amparada excede la naturaleza sumaria del amparo...”. Sin embargo, señala de manera escueta que “...la minoridad de la recurrente puede ser motivo atendible, no así el padecer alguna dolencia, puesto que, este último extremo resulta, a todas luces, discriminatorio”.

En el informe presentado por la parte empleadora, se indicó que la adolescente desarrollaba actividades “que implican amplias responsabilidades que corresponden a personas mayores de edad, expresamente en relación con la atención de los niños”. En esta oportunidad los Magistrados no analizaron este tipo de alegaciones, ni el alcance del derecho de la persona adolescente a trabajar, únicamente mencionaron que “puede ser un motivo atendible”, lo cual es coherente con la disposición antes citada del Código de Niñez y Adolescencia, en el sentido de que las personas adolescentes tienen derecho a trabajar con las restricciones impuestas por la legislación.

No se aplica la legislación especial al no tomar en cuenta la edad de la parte trabajadora

La primera sentencia⁴⁹ se refiere a hechos ocurridos entre 1991 y 1997. Aún no estaba promulgado el Código de la Niñez y la Adolescencia, sin embargo el Convenio 138 sobre edad mínima de admisión al empleo había sido ratificado varios años antes (1976) y desde entonces el país había fijado la edad mínima de admisión al trabajo en 15 años. Así, la legislación aplicable sería, básicamente, el capítulo VII del Código de Trabajo “Del trabajo de las mujeres y de los menores de edad” y el Convenio antes citado.

En el caso en concreto, el actor laboró como vendedor de lotería desde los 12 años hasta cumplir los 18. Las partes deciden realizar unas diligencias de conciliación ante las oficinas locales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) y llegaron a un acuerdo, en virtud del cual el empleador canceló una suma determinada (muy inferior a la le correspondería al trabajador, si se tomara en cuenta tan solo el tiempo trabajado) como arreglo laboral por

46 Ibidem.

47 Ibidem.

48 Sala Constitucional No 2005-14059 de 10:47 hrs. del 14 de octubre de 2005.

49 Sala Segunda N° 00170-99 de las 9:50 hrs. del 18 de junio de 1999.

el tiempo en que el actor prestó sus servicios. Se da por finiquitada la relación laboral. No obstante, posteriormente el actor interpuso demanda ante el Juzgado de Trabajo competente, solicitando: a) las diferencias salariales adeudadas durante el desarrollo de toda la relación laboral; b) las horas extra adeudadas; c) los aguinaldos y las vacaciones adeudadas; d) un mes de preaviso; y, e) seis meses de cesantía.

El Juzgado de Trabajo acogió la excepción de transacción interpuesta por el demandado y dio por terminado el proceso. En segunda instancia, el Tribunal de Trabajo respectivo confirmó la sentencia de primera instancia.

Es por ello que el actor acude a la Sala Segunda (última instancia en materia laboral) alegando que se había incurrido en un error al otorgarle carácter de transacción al acta levantada ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Argumentó la existencia de derechos irrenunciables, los cuales no fueron reconocidos por los juzgadores.

En el voto de mayoría, los magistrados hacen un análisis de las figuras jurídicas de la transacción y de la conciliación administrativas, como medios para finalizar conflictos y consideraron que en el caso concreto se trataba de una conciliación administrativa, similar a un finiquito. Al analizar la posibilidad de que este tipo de arreglo haya infringido el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, los magistrados consideraron que la posible indefensión de la parte trabajadora, se solventa cuando se cuenta con la asesoría de un ente como el MTSS.

Es en el voto de minoría que se menciona la edad de la parte trabajadora, sobre lo cual tanto las sentencias de primera como de segunda instancia, así como el voto de mayoría de la Sala Segunda, son completamente omisos.

En el voto de minoría se dice que para que el acuerdo conciliatorio tenga plena validez y eficacia como medio de extinción del proceso, ha de recaer sobre derechos disponibles o transigibles y debe ser homologado por la autoridad jurisdiccional, quien debe verificar que no se contraríen las leyes laborales. Luego de afirmar lo anterior, los magistrados disidentes pasan a analizar cuáles derechos

son transigibles y cuáles no. Concluyen que “...de todos los extremos reclamados, únicamente el preaviso y la cesantía son litigiosos en sentido estricto y por consiguiente, objeto de transacción. Las vacaciones, los aguinaldos y los salarios, sean por la jornada ordinaria o por la extraordinaria, son derechos indiscutibles e irrenunciables”⁵⁰.

Pero, además, al tratarse de una persona menor de edad debió aplicarse las regulaciones del Código de Trabajo –CT–(vigentes a la sazón) que se refieren al trabajo de menores. En ese sentido, los magistrados que suscriben el voto de minoría señalan que debió aplicarse el Art. 89 del CT que señala con respecto a la jornada, que no debe exceder de siete horas diarias y cuarenta y dos semanales para los mayores de quince años y menores de dieciocho años; y para los menores de quince años y mayores de doce de cinco horas diarias y treinta semanales. Sin embargo, ni siquiera los Magistrados disidentes, tomaron en cuenta que el país ya había ratificado el Convenio 138 sobre edad mínima de admisión al trabajo y había fijado los quince años como edad mínima. Pero además, en la relación de trabajo no se respetó la jornada establecida para las personas menores de edad. En prácticamente toda la relación laboral se excedió el límite establecido para las dos franjas de edades reguladas por el CT en ese entonces (12 a 15 años –contrariando el Convenio 138 como ya se ha dicho- y 15 a 18 años).

Para calcular cuántas horas extraordinarias había trabajado el actor, los magistrados disidentes se plantean si se debe tomar en cuenta la jornada diaria o la semanal, puesto que ambas no siempre coinciden. Concluyen, citando otros asuntos similares resueltos por la Sala, que se le debe dar mayor relevancia a la jornada ordinaria acumulativa semanal, como parámetro para determinar cuál es el período extraordinario de trabajo. Es decir, determinar cuánto se excedió de las 30 horas semanales (para la franja de los 12 a 15 años) y cuánto de las 42 horas semanales (para la franja de los 15 a los 18 años), independientemente de si se excedió de la jornada diaria. Esta interpretación no toma en cuenta el fundamento de fijar la jornada diaria para una persona menor de edad, cual es: dosificar el tiempo dedicado al trabajo durante el día a fin de que pueda disfrutar de sus derechos al estudio, al juego, la recreación, etc.

50 Ibidem, voto salvado.

La sentencia en comentario es un claro ejemplo de la no aplicación de las disposiciones especiales relativas al trabajo de las personas menores de edad. Además, refleja cómo para el caso concreto, el MTSS permitió que se celebrara una conciliación administrativa en la que se transó sobre derechos irrenunciables (vacaciones, aguinaldo, pago de horas extraordinarias) y no se tomó en cuenta que en prácticamente toda la relación laboral la parte trabajadora era menor de edad.

Jornada y remuneración de la persona adolescente

En el siguiente caso⁵¹ el actor de 16 años tenía una jornada de 15 horas diarias de lunes a jueves y de 16 horas diarias los viernes y sábados. En su demanda solicita que se condene al demandado al pago de sus horas extra, la diferencia de vacaciones y aguinaldo, intereses sobre las sumas adeudadas y ambas costas.

En el tiempo en que se dio el presente caso hay un traslape entre la vigencia del Código de Trabajo (Capítulo VII Del trabajo de las mujeres y de los menores de edad) y la entrada en vigor del Código de la Niñez y la Adolescencia (enero 1998), por lo tanto son de aplicación ambos Códigos para las franjas de tiempo en que están vigentes.

En lo que se refiere a la jornada permitida para las personas menores de edad, el CT la fija en siete horas diarias y cuarenta y dos semanales para personas mayores de 15 años y menores de 18. Por su parte, el CNA en su Art. 95 señala que el trabajo de las personas adolescentes no podrá exceder de seis horas diarias ni de treinta y seis horas semanales. Ambos Códigos prohíben el trabajo nocturno (Art. 88 inc. a) CT y Art. 95 CNA), entendiéndose por éste el comprendido entre las 20:00 y 4:00 (Art. 135 CT) y entre las 19:00 y las 7:00 horas (Art. 95 CNA).

En la sentencia de comentario, los magistrados se refieren a que la hora laborada, tanto en jornada ordinaria como extraordinaria, es igual para las personas adolescentes y para las adultas, lo cual está acorde con el principio de igualdad del

trabajo adolescente y adulto (Art. 79 CNA). Sin embargo, no hacen referencia alguna a la prohibición, establecida de manera clara en el CNA, de que las personas adolescentes laboren en jornada extraordinaria, puesto que ello va en contra del fundamento de limitar la jornada, a fin de poder armonizar el trabajo con el derecho al estudio y a los otros derechos fundamentales de las personas adolescentes.

Un aspecto medular al que se refiere esta sentencia es a la remuneración del trabajo de la persona adolescente, en el sentido de si debe regirse por las disposiciones sobre salarios mínimos (establecidas para las personas adultas, cuya jornada es de ocho horas) o si debe ser proporcional a la jornada de la persona adolescente (siete horas para el CT y seis horas para el CNA).

Los magistrados señalaron que:

“Debe resaltarse que el legislador aceptó permitido (sic) que el mayor de 15 años trabaje, (artículos 89 inciso a) del Código de Trabajo y 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia), pero también lo protegió fijándole una jornada ordinaria de carácter especial. Pero esta protección debe entenderse referida, únicamente, a la disminución de la jornada, y no en el aumento del valor de la hora laborada, la cual se incrementaría si se calcula su salario diario, dividiendo el mínimo establecido por decreto entre la jornada del menor, tal y como lo hicieron los juzgadores de instancia”⁵² (los subrayados son del original).

Pero, además, los magistrados fundamentan su razonamiento en que las personas menores de edad y las adultas no se encuentran “...en idénticas condiciones de eficiencia, ya sea por fuerza física, preparación académica o experiencia profesional, entre otras, por lo que tampoco se justifica una diferencia de salario que les haga ganar más por cada hora laborada, sino, a lo sumo, debe equipararse el valor de la hora laborada a la del adulto. En razón de lo expuesto, la hora por jornada ordinaria y la hora extra, deben pagarse igual o ambos

51 Sala Segunda N° 99-211 de las 10:30 hrs. del 28 de julio de 1999.

52 Sala Segunda N° 99-211 de las 10:30 hrs. del 28 de julio de 1999.

y el salario mínimo del menor, debe calcularse dividiendo el salario por jornada ordinaria, previsto en el respectivo decreto de salarios mínimos, entre las 8 horas de la jornada ordinaria de un adulto y su resultado multiplicarse por el número de horas de la jornada establecidas para el menor (6 o 7), según estuviera rigiendo el artículo 89 inciso a) del Código de Trabajo o el artículo 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia”⁵³.

El tema de la retribución del trabajo adolescente ya había sido debatido antes de que se dictara esta sentencia. En 1998 la Defensoría de los Habitantes solicitó a la Dirección Jurídica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social su criterio en relación con el cálculo del salario de la persona adolescente⁵⁴. En ese entonces, dicha dirección, consideró, en lo que interesa:

“...es criterio de esta Dirección Jurídica que la prestación de servicios de los menores de edad mayores de quince años, en jornada de seis horas diarias y treinta y seis semanales, debe ser remunerada a razón del valor que corresponde al número de horas laboradas y no a razón de lo correspondiente a una jornada ordinaria completa de ocho horas, que es la legalmente establecida para las personas mayores de edad”⁵⁵ (El subrayado no es del original).

Sin embargo, posteriormente el Ministerio de Trabajo rectificó el anterior criterio y emitió otro dictamen, que en lo sustancial señala:

53 Ibidem.

54 Tomado de: OIT-IPEC, INEC, MTSS. Estudio cualitativo sobre el trabajo infantil y adolescente en Costa Rica. San José, 2003, pp. 29 y 30.

55 Lic. Rolando Arnoldo Morris Burton, Asesor, Departamento de Asesoría Externa, Dirección de Asuntos Jurídicos, Oficio DAJ-D-224-98, 30 de noviembre de 1998. Con anterioridad a este dictamen, la Dirección de Asuntos Jurídicos, al resolver otra consulta afirmó en forma categórica: “En conclusión, y para dar respuesta a sus inquietudes debo indicarle que la empresa M.M.S.A., **DEBE** reducirle las jornadas diarias superiores a seis horas que estuvieren laborando los menores, y, por consiguiente, **PUEDE** ajustar sus salarios en forma proporcional al nuevo número de horas laboradas, lo que, por lo demás, no le acarreará responsabilidad alguna, puesto que su actuación tiene sustento en la ley”. DAJ-AE-184-98, 16 de junio de 1998.

*“...dentro de un marco legal especial, la protección que se brinda a los trabajadores que laboran jornadas especiales en cuanto a su duración —mixta, nocturna, sin límite—, por el perjuicio que eventualmente les puede causar o por las condiciones en que se dan, **no puede afectar la remuneración que se tiene asignada a su categoría**. Es decir, el salario requiere un tratamiento especial, si la ley, en aras de proteger intereses de los sujetos cuando las condiciones en que prestan sus servicios sean especiales, establece condiciones diferentes de contratación.*

(...)

... no resulta justo ni siquiera legal, dentro del ordenamiento jurídico que ahora tenemos, que la protección que el legislador otorgó a los adolescentes trabajadores en cuanto a la duración de su jornada laboral, con el fin de que no excedieran los límites que su corta edad y desarrollo físico les impone, afectara de modo directo su ingreso económico”⁵⁶.

Finalmente, este criterio quedó consignado en el Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes⁵⁷, que señala en su artículo 11:

“Devengarán como mínimo un salario igual al establecido en el Decreto de Salarios Mínimos para una jornada ordinaria de ocho horas, según cada categoría ocupacional teniendo en cuenta que la protección que se brinda en cuanto al tiempo en que debe ejecutarse las labores no puede incidir negativamente en el ingreso salarial”.

El criterio de los magistrados, según la sentencia comentada, difiere de lo establecido en este Reglamento, al considerar que la remuneración debe calcularse según la jornada de la persona menor de edad, argumentando que el trabajo de las personas menores de edad no está en igualdad de condiciones que el de las personas adultas.

56 Departamento de Asesoría Externa, Dirección de Asuntos Jurídicos, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, abril 1999.

57 Decreto N° 29220-MTSS del 30 de octubre de 2000, publicado en La Gaceta N° 7 del 10 de enero de 2001.

Hay que reconocer, no obstante que el pago de una jornada de ocho horas a una persona adolescente con una jornada establecida en seis horas, puede desmotivar a los empleadores a contratar a personas adolescentes, sin embargo, el sentido de la protección especial a la persona trabajadora es garantizar que tenga el tiempo para dedicarse al estudio y a otros derechos fundamentales, sin que esto redunde en un perjuicio económico, tal y como razonó el MTSS en su último dictamen y que motivó la inclusión de una disposición en ese sentido en el Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes.

El cuestionamiento de la existencia de la relación laboral

En otra sentencia de la Sala Segunda⁵⁸, se analiza el caso de los “juntabolas” o “caddies” que son, por lo general, adolescentes (aunque también puede haber niños), que recogen las bolas de tenis en los entrenamientos o partidos de ese deporte, que se dan en las instalaciones de un Club de recreación de San José. Aunque en la sentencia de la Sala Segunda no se hace referencia a la edad del “juntabolas” que es actor en el proceso que llega a ese tribunal, ni a las condiciones en que se da su trabajo, existe un expediente administrativo en el MTSS que revela los antecedentes, no tanto del caso concreto, sino, en general, de la situación de estas personas menores de edad trabajadoras.

Así, la situación de los “juntabolas” o “caddies” ha sido analizada por las autoridades administrativas desde el año 1997⁵⁹, año en que el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) recibió una denuncia acerca de las condiciones de trabajo de los “juntabolas” o “caddies” y realizó una visita al Club de recreación, en conjunto con funcionarios de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo

y de la Defensoría de los Habitantes. Según el informe, en esa visita se encontraron niños entre 12 y 15 años laborando, que la empresa no llevaba el registro de trabajadores menores de edad, y que tampoco estaban afiliados a la Caja Costarricense de Seguro Social ni al régimen de riesgos profesionales.

El representante de la empresa propietaria del club de recreación contesta el acta de inspección y prevención, señalando enfáticamente que los “juntabolas” o “caddies”, no son sus empleados y al no haber una relación laboral, no existe obligación de parte de la empresa de empadronar en el sistema de seguridad social ni en el de riesgos del trabajo, “... *pero si nuestra tesis no es finalmente aceptada, los altos costos de la seguridad social nos obligarían a prescindir del sistema y a prohibirle a estos menores el ingreso al Club*”⁶⁰.

Posteriormente, el Ministro de Trabajo emite una directriz sobre el trabajo de las personas menores de edad, en la que básicamente se hace un recuento de la legislación y de los Convenios internacionales aplicables.

En septiembre de 1998, cuando ya había entrado en vigencia el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA), los inspectores de trabajo a cargo del caso, reiteran su criterio en cuanto a la existencia de la relación laboral, “*al existir prestación personal de servicios, subordinación, la cual es emanada mediante instrucciones dadas por los asistentes de tenis y de golf y remuneración, pagado por los socios del club o por los empleados del mismo*”⁶¹. En consecuencia, mantienen las infracciones anteriormente señaladas a la empresa, lo cual es ratificado de manera formal por en la resolución 1707-98-D.N.I. de esa dependencia, y se resuelve proseguir con el trámite de ley, lo cual implica la formulación de denuncia ante el Juzgado de Trabajo respectivo.

58 N° 04-802 de las 9:30 hrs. del 24 de setiembre de 2004. Otra sentencia en la que también se cuestiona la existencia de la relación laboral y en la que una de las partes (la parte actora) es menor de edad es la siguiente: Sala Segunda, No 2004-00696 de 10:00 hrs. del 27 de agosto de 2004. La edad únicamente es mencionada en el testimonio rendido por el inspector de trabajo y no es un tema sometido a consideración de los magistrados.

59 Según el expediente que lleva la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, San José, SJ-AD-1831-97.

60 Ibidem.

61 Dirección Nacional de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Oficio N° 087-98 S.A.M, 22 de setiembre de 1988. Expediente SJ-AD-1831-97.

El expediente se mantiene inactivo hasta el año 2001, cuando el Ministro de Trabajo del momento, emite la Resolución 1073-2001, que ordena archivar el expediente y en su Artículo Único dice literalmente:

“De conformidad con lo expuesto, se ordena, a la Dirección Nacional de Inspección, archivar el expediente de CRCC S.A., sin perjuicio de que la misma Dirección mantenga su posición vigilante e inspectiva en razón de la tutela jurídica de los derechos de los niños y de las niñas que estamos llamados a ejercer, en este y en todos los centros de trabajo, haciendo cumplir las condiciones establecidas por la normativa existente en la materia”⁶².

Llama la atención la anterior resolución ministerial, por cuanto según el criterio técnico legal, tanto de la Inspección de Trabajo, como del PANI, en su momento, además de los lineamientos ministeriales emanados en 1998, debió haberse dado por agotada la vía administrativa y presentar el caso ante la autoridad jurisdiccional correspondiente. Es justamente en la vía jurisdiccional donde, finalmente, se dilucidó el caso, pero no por impulso del MTSS sino por la denuncia interpuesta por un “juntabolas” que fue despedido.

Así, la Sala Segunda⁶³ conoce el caso de un juntador de bolas que reclama que el club le pague lo correspondiente a preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones y aguinaldos de toda la relación laboral, salarios caídos a título de daños y perjuicios. Para resolver el asunto, debe pronunciarse acerca de si existe o no una relación laboral entre el juntador de bolas y el club.

Al respecto, la Sala hace un reconocimiento de que a veces es difícil encontrar los elementos típicos de una relación laboral⁶⁴. Sin embargo, en el caso concreto, los magistrados consideraron, con base en la prueba testimonial, que sí se daba la

subordinación –elemento definitorio de la relación laboral, la cual se manifiesta por los siguientes indicios:

- El Departamento de Tenis del Club, tenía entre sus funciones la de supervisar las labores de los “juntabolas”, verificando que no ingresen a zonas restringidas, velar para que se le pague la tarifa establecida por el comité de tenis, autorizar a los interesados a ser “juntabolas”, velar por el buen comportamiento de los “juntabolas”.
- Se les llama la atención cuando se considera que su comportamiento lo amerita, “lo que lleva a concluir que entre la accionada y el actor sí existió un poder de dirección y disciplinario”.
- La remuneración era establecida por el comité de tenis, integrado por socios del club.

Por lo tanto, se condena a la accionada al pago de las prestaciones laborales de preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones y aguinaldo de toda la relación laboral.

En conclusión, al tratarse de una relación laboral (aunque encubierta por la renuencia del club a pagar prestaciones laborales), se debió respetar la normativa relativa al trabajo de las personas adolescentes. Sobre el particular, la Sala no se pronuncia puesto que no es un tema sometido al conocimiento jurisdiccional (en ninguna de las instancias), por lo cual, queda sin sanción el empleo de personas menores de edad en condiciones ilegales.

Trabajos peligrosos

Una sentencia de la Sala Segunda⁶⁵, resuelve un recurso de casación interpuesto por un empleador dueño de una carnicería –quien alega la inexistencia de la relación laboral-, a la que frecuentaba un niño con el fin de aprender la labor de carnicero. A partir de cierto momento, el niño dejó los estudios primarios y se dedicó a trabajar de lleno en la carnicería, a la cual asistió solo dos días, pues el segundo día la máquina de moler carne –que era utilizada por el niño para despachar carne molida- le trituró la mano derecha.

62 Resolución 1073-2001 de las 10:00 horas del 7 de diciembre de 2001, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

63 Resolución, N° 04-802 de las 9:30 hrs. del 24 de setiembre de 2004.

64 En este mismo sentido, véase la sentencia antes citada: Sala Segunda, No 2004-00696 de 10:00 hrs. del 27 de agosto de 2004

65 Sala Segunda, No 2005-00095 de 10:00 del 16 de febrero de 2005.

La Sala determinó que en el caso se dio un contrato de aprendizaje –por el tiempo en que el niño llegaba con su padre a aprender la labor de carnicero- y luego un contrato laboral típico. En ninguno de los dos casos se puede obviar la responsabilidad del empleador por los riesgos del trabajo ni la de asumir las obligaciones que impone un contrato de aprendizaje, primero, y un contrato de trabajo, después. Los magistrados citando otra resolución de la Sala⁶⁶ afirmaron que: “*El contrato de aprendizaje tiene como fin la preparación de un neófito para el ejercicio de un arte u oficio. Sin embargo, esa actividad de enseñanza entraña además el aprovechamiento que del esfuerzo o trabajo del aprendiz, deriva el empresario. Aquél, en su empeño por aprender, realiza una rudimentaria prestación personal de servicios, la cual favorece a éste. Sea, que se da una subordinación de fuerza de trabajo a los fines de la empresa, lo que justifica la protección de la Ley, a través del régimen de riesgos profesionales. En dicho contrato, el aprendiz recibe un beneficio consistente en el aprendizaje, amén de algún estipendio. Tales consideraciones le hacen acreedor a la protección referida*”.

Además, el salario que devengaba el niño era muy por debajo del salario mínimo, el cual sería aumentado conforme el niño fuese adquiriendo mayor experiencia. Señalan los magistrados: “*Esa forma de fijar el salario lo que demuestra es un irrespeto a los derechos del menor que se venía dando, acudiendo al expediente de la falta de experiencia, le condicionaron los aumentos de este, mismo que no respondía al mínimo establecido para los ayudantes de carnicería...*”⁶⁷.

Se acreditó, además, que el empleador no tomó precaución alguna ante la maquinaria peligrosa que utilizó el niño y que, finalmente, le trituró la mano.

Finalmente, la sentencia concluye de la siguiente manera: “*Por haberse constatado que el demandado incurrió en quebrantamiento de lo dispuesto por el Convenio 138 de la Organización*

Internacional del Trabajo y la legislación nacional vigente, que prohíben la contratación de menores de quince años, amén de la utilización de un menor en labores peligrosas, comuníquese esta sentencia a la Inspección General de Trabajo para lo que en derecho corresponda. De igual forma comuníquese a la Caja Costarricense de Seguro Social, por no haber tenido asegurado al menor...”⁶⁸.

De la lectura de esa sentencia se deduce que el niño tenía menos de 15 años, por lo cual ni siquiera había alcanzado la edad mínima de admisión al trabajo. Sin embargo, la Sala Segunda, por su carácter de última instancia en materia laboral que analiza cuestiones de derecho expresamente sometidos a su conocimiento, no puede imponer sanciones. Por esa razón resuelve comunicar la sentencia a la Inspección General de Trabajo del MTSS, órgano que está facultado por la ley para iniciar un proceso por infracción de leyes laborales.

4.2.2 Jurisprudencia administrativa

Ya se han mencionado algunos casos que han sido conocidos en sede administrativa y también en sede jurisdiccional. Ahora interesa centrarse, específicamente, en la jurisprudencia administrativa en materia de trabajo de personas menores de edad. Esto nos lleva a analizar las resoluciones emanadas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que es donde más se ha encontrado jurisprudencia.

4.2.2.1 Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS

La Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS se ha pronunciado sobre algunos aspectos relacionados con el trabajo de las personas adolescentes, al dar respuesta a consultas que le han formulado personas particulares (abogados o empresas), que por lo general son empleadores o representantes de empleadores.

66 No se menciona el número y fecha de esta sentencia.

67 Sala Segunda, No 2005-00095 de 10:00 del 16 de febrero de 2005.

68 Ibidem.

Los pronunciamientos datan de los años 1998 y 1999, época que coincide con la entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, por lo cual principalmente se dirigen a clarificar algunos aspectos como edad mínima de admisión al empleo, jornada, remuneración, trabajo familiar, trabajos peligrosos. Ya se hizo referencia a los pronunciamientos relativos a la jornada y la remuneración al comentar una sentencia de la Sala Segunda, ahora se abordará los otros pronunciamientos.

¿Se aplica el régimen de protección al trabajo adolescente a una adolescente casada?

En el oficio DAJ-AE-018-99 del 25 de enero de 1999 se responde consultas acerca de las reformas al Código de Trabajo, específicamente al Capítulo VII “Del trabajo de las mujeres y de los menores de edad”. Se afirma que el Código de la Niñez y la Adolescencia “*reforma de manera tácita el contenido del artículo 89 del Código de Trabajo, al prohibir dicha norma el trabajo de las personas menores de quince años...*”.

Esta reforma tácita crea confusión, por cuanto las normas sobre trabajo infantil del Código de Trabajo continúan estando impresas en los textos de esos Códigos. Lo cierto es que la normativa sobre trabajo infantil del CT fue reformada desde 1976, con la ratificación del Convenio 138 de la OIT sobre edad mínima de admisión al trabajo, sin embargo tal reforma nunca fue llevada a la práctica, hasta que se promulgó el CNA⁶⁹.

Otro aspecto sobre el cual se pronuncia el Oficio en comentario de la Dirección de Asuntos Jurídicos del MTSS, es acerca de cuántas horas puede trabajar diaria y semanalmente una adolescente de 16 años casada. En su respuesta la Dirección de Asuntos Jurídicos, citando la normativa del Código Civil y del Código de Familia en el sentido de que el matrimonio válido de una persona menor de edad produce los efectos de la mayoría de edad, contesta que: “*se denota en forma clara que*

la persona menor de edad (casada de 16 años), se reputa como una persona mayor para los efectos de su contrato de trabajo, por lo que válidamente podrá contratársele como trabajadora en labores no insalubres ni peligrosas, en jornadas ordinarias de hasta ocho horas por día y hasta cuarenta y ocho horas semanales, conforme a lo dispuesto en los artículos 136 y siguientes del Código de Trabajo”.

Esta respuesta suscita algunos comentarios. En primer lugar, hay que recordar que la normativa aplicable a las personas menores de edad es (según el Art. 8 CNA): la Constitución Política, la Convención sobre los Derechos del Niño, los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia, los principios rectores del CNA, el Código de Familia, etc. Es decir, el Código de Familia y el Código Civil, están en un rango de aplicación inferiores a los otros instrumentos mencionados.

Así, según el CNA, las personas adolescentes, a partir de los quince años tienen plena capacidad laboral, individual y colectiva (Art. 86), no únicamente aquellas que han contraído matrimonio. Además, la afirmación de que “se reputa como una persona mayor” y que “puede trabajar según el régimen vigente para las personas mayores de 18 años”, habría que confrontarla con los principios de: presunción de minoridad (Art. 2 del CNA), de interés superior (Art. 5 CNA) y de aplicación de la norma más favorable (Art. 9 CNA). Es decir, prevalece su condición de adolescente frente a la de adulto, en virtud de su interés superior y de la aplicación de la norma más favorable.

En este sentido, si se toma en consideración que la jornada de una persona adulta le podría impedir su asistencia a un centro educativo o el disfrute de cualquier otro derecho fundamental, es dable afirmar que se le sigue aplicando el régimen de protección al trabajo adolescente del CNA, aunque se trate de una persona adolescente casada.

⁶⁹ Como ya se mencionó en el Cuadro 5 en que se resumen algunas observaciones de la CEACR, se le ha sugerido al Gobierno de Costa Rica modificar el Código de Trabajo a fin de armonizar sus disposiciones con lo que establece el Código de Niñez y Adolescencia, lo cual no se ha concretizado hasta la fecha.

Trabajos peligrosos

En el Oficio DAJ-AE-098-99 del 21 de abril de 1999, se contesta una consulta en relación a si existe algún impedimento para que las personas adolescentes laboren en la limpieza y pintura de barcos.

El MTSS en su respuesta, cita las disposiciones del CNA acerca de los trabajos prohibidos, y en cuanto a la labor específica de limpieza y pintura de barcos, recalca que *“no entramos a calificar si se trata de labores insalubres o peligrosos, en tanto de conformidad con lo que establece el artículo 294 del Código de Trabajo, adicionado por la Ley de Riesgos del Trabajo, ello es de competencia del Consejo de Salud Ocupacional”*. Finalmente, recomienda que mientras se aprueba una reglamentación sobre las labores prohibidas para personas adolescentes, *“sería conveniente que ante la menor duda que se pueda tener respecto a la insalubridad o peligrosidad de dichas labores, se deberá optar por la negativa a que los menores realicen dicha labor”*.

La reglamentación mencionada ya está vigente, se trata del “Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes” (Decreto N° 29220 del 30 de octubre de 2000), que en su Art. 5 contiene un listado de las actividades prohibidas para las personas adolescentes.

Trabajo familiar

En el oficio DAJ-AE-303-98 del 27 de octubre de 1998, se responde a la consulta sobre los perjuicios que podrían derivarse para los padres de familia que se hacen acompañar de sus hijos menores de edad en la actividad de recolección de coyol y qué implicaciones o consecuencias podría ocasionarle a la empresa empleadora.

Se trata del complejo tema del trabajo familiar, que ha sido común en actividades agrícolas como recolección de café, o de coyol –como en el caso concreto- en las cuales participa la familia entera, y que el MTSS aborda de una manera bastante clara, al dejar establecida la responsabilidad que asume la empresa empleadora cuando se beneficia del trabajo de personas menores de edad que acompa-

ñan a sus padres, sin que exista un contrato laboral expreso con las mismas: *“... a pesar de que pareciera que se pretende soslayar la responsabilidad de tipo laboral que se tiene con estos trabajadores, lo cierto es que existen antecedentes de que por los controles que se llevan, la forma y el lugar en que realizan su “trabajo” y otros pormenores que se dan en esta labor, se trata de una relación laboral sujeta a todas las obligaciones y responsabilidades que la ley señala para patrono y trabajadores”*.

4.2.2.2 Inspección de Trabajo

La Inspección General de Trabajo es la encargada de velar *“...porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social”*⁷⁰. Para ello, *“los inspectores de trabajo tendrán derecho a visitar los lugares de trabajo, cualquier que sea su naturaleza, en distintas horas del día y aún de la noche...”*⁷¹.

En el Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo⁷², se detallan, de manera meticulosa, los procedimientos a seguir en caso del despido ilegal de personas adolescentes trabajadoras y de la gestión patronal de despido de personas adolescentes trabajadoras, no así sobre las otras funciones que también son de competencia de la Inspección.

70 Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, N° 1860 del 21 de abril de 1955, Art. 88.

71 Ibidem, Art. 89. Según el CNA, las funciones que tiene la Inspección de Trabajo en relación con el trabajo de las personas adolescentes, son las siguientes:

- Visitar periódicamente “las empresas”, para determinar si emplean a personas menores de edad y si cumplen con las normas para protegerlas.
- Ser notificada del despido con responsabilidad patronal de una persona adolescente, con el fin de brindarle asesoramiento.
- Tramitar las gestiones de autorización para el despido con justa causa de una persona adolescente.
- Recibir informes sobre aquellos casos en que el trabajo afecte la asistencia o el rendimiento escolar de la persona adolescente.

72 Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, Reformas a la Directriz 1677, Publicada en La Gaceta N° 8 del 13 de enero del 2004.

RECUADRO N° 4
COSTA RICA: PROCEDIMIENTO QUE SIGUE LA INSPECCIÓN ANTE DENUNCIA
DE DESPIDO ILEGAL DE PERSONA ADOLESCENTE
(SÍNTESIS DE ASPECTOS COMUNES QUE APLICAN A DESPIDO CON O SIN RES-
PONSABILIDAD PATRONAL)

1. Acta de prevención, notificación y plazo para ponerse a derecho:
 - Visita del centro de trabajo para constatar veracidad de los hechos
 - Elaboración de acta de inspección y prevención
 - Notificación al patrono, se le otorga un plazo de cumplimiento inmediato o hasta 48 horas para presentar su descargo.
2. Visita para corroborar persistencia o no de infracción y acta de revisión:
 - Vencido el plazo, inspector verificará *in situ si persiste la infracción*
 - Inspector elabora acta de revisión en la que se especifica si persiste o no la infracción
3. Informe de denuncia y denuncia:
 - Dentro de un término no mayor a cinco días hábiles, el Inspector elabora un informe dirigido al Jefe Regional, con los pasos del ciclo inspectivo
 - Jefe Regional, en ocho días hábiles, formula y tramita la denuncia ante los Tribunales por la infracción de normas laborales
4. Recurso de revisión:
 - Empleador puede presentar oposición en el plazo fijado en el Acta de Inspección y Prevención
 - Se traslada el recurso al Jefe Regional, para que éste dicte resolución final.

Resumen de: Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo.

Según el “Informe Casos Especiales atendidos por la Inspección de Trabajo: Año 2004”⁷³, en ese año se atendieron 168 casos relacionados con el trabajo de las personas adolescentes (que representa el 24.1% del total de “casos especiales” atendidos por la Inspección), de los cuales, la gran mayoría se relaciona con el despido ilegal (153 casos).

73 En este Informe se entiende por casos especiales los “...asociados, casi todos con derechos o fueros especiales, tales como: trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, trabajadores adolescentes o menores de 15 años, persecuciones sindicales y prácticas laborales desleales, hostigamiento laboral o sexual y discriminación en razón de género, discapacidad o edad”. MTSS, Informe casos especiales atendidos por la Inspección de Trabajo: Año 2004, Unidad de Investigación y Calidad de la Gestión, Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, San José, 2005.

CUADRO N° 9.
COSTA RICA: INSPECCIÓN DE TRABAJO, CASOS DE TRABAJADORES ADOLESCENTES, SEGÚN LA INFRACCIÓN ASOCIADA, AÑO 2004

Infracción	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Despido ilegal	153	91.1	93.7	93.9
Restricción de derechos	3	1.8	1.8	95.7
Despido con responsabilidad patronal	4	2.4	2.5	98.2
Prohibiciones patronales y otros	3	1.8	1.8	100.0
Total	163	97.0	100.0	
No aplica	3	1.8		
No hay dato	2	1.2		
Total	5	3.0		
Total	168	100.0		

Fuente: MTSS, Informe casos especiales atendidos por la Inspección de Trabajo: Año 2004, Unidad de Investigación y Calidad de la Gestión, Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, San José, 2005.

Los casos de restricción de derechos (que puede incluir el no pago de salario mínimo, jornada mayor de seis horas, laborar en feriados, no pagar feriados, no contar con seguro social ni con seguro contra riesgos del trabajo, etc.), constituyen apenas el 1.8% de los casos que llegaron a esa dependencia.

Inclusive, la Inspección cuenta con un formulario estandarizado, denominado “despido menor de edad” que es el mismo que se aplica para otras situaciones, como la infracción conocida como “restricción de derechos”. Además, el procedimiento para esta infracción, una vez formulada la denuncia, se pone en marcha únicamente a instancia de parte interesada. Por ejemplo, en un caso específico (DNI-DRC-MEN-002-04) en que un adolescente trabajador se presentó a denunciar la restricción de sus derechos, el caso se cerró después de que el adolescente manifestara que dejó de laborar en la empresa donde supuestamente le habían restringido sus derechos. No se continuó con el procedimiento para verificar la infracción

y, eventualmente aplicar las sanciones dispuestas en el CNA.

En cuanto a cómo se resuelven los casos sobre personas adolescentes sometidos a conocimiento de la Inspección, los datos de esa dependencia señalan que cerca de la mitad termina con un “arreglo entre las partes” (46.2%), seguido, de lejos, por “denuncia ante los tribunales” (28.6%).

Al respecto, es importante señalar que una sentencia de la Sala Segunda que fue previamente analizada, fue enfática al afirmar que las conciliaciones prejudiciales o extrajudiciales, celebradas ante autoridad competente, adquieren carácter de cosa juzgada material, es decir que son casos que ya no pueden reabrirse en sede judicial, de ahí que sea tan importante que se tomen todas las previsiones para que ese arreglo entre las partes no se perjudique a la persona adolescente trabajadora.

En algunos expedientes analizados, se pudo constatar que el procedimiento que lleva a cabo

la inspección (visita al centro de trabajo, levantar acta de inspección, etc.) disuade al empleador de su intención de despedir sin el pago de los extremos laborales y a proponer un arreglo. Así, por ejemplo, en un caso que inclusive se resolvió en el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos Laborales (Exp. RAC 1735-09-2004, DNI SJ-AD-0834-04), se acordó el pago íntegro de las vacaciones, aguinaldo (que además constituyen derechos irrenunciables) y el 70% de monto total de preaviso y cesantía. Aunque aparentemente fue un arreglo que benefició a la persona adolescente trabajadora (si se toma en cuenta que le ahorró el tiempo que toma ventilar un caso como éste en la vía judicial), llama la atención que el adolescente trabajador se presentara a la conciliación, asistido por su madre pero sin ninguna asistencia letrada, es decir, de un profesional en derecho que le asesore sobre sus derechos y sus opciones.

En otro caso, es la persona adolescente trabajadora la que comunica que desiste de la denuncia por haber llegado a un acuerdo con su expatrono (DNI SJ-AD-0546-04), lo cual no se verifica. Además, no se procede el trámite respectivo ante la constatación de que esa persona adolescente trabajadora no estaba asegurada. El expediente queda archivado.

Y en otro caso (SJ-AD-0854-04), la persona menor de edad denuncia hostigamiento y acoso laboral e inclusive agresión física, sin embargo luego solicita se archive el caso puesto que llegó a un acuerdo con su empleador. La Inspección archiva el caso, cuando debió haber a realizar la denuncia respectiva para que se investigue la supuesta agresión.

En los dos últimos casos reseñados, la infracción señalada es despido sin responsabilidad patronal sin seguir el procedimiento que señala el CNA. Al respecto cabe preguntarse si el acuerdo al que llegan las partes exime a la Inspección de continuar el procedimiento que llevaría a la imposición de sanciones (Art. 101 CNA) por la infracción a la ley (despedir a una persona adolescente sin seguir el procedimiento de ley). Del análisis de los expedientes mencionados pareciera que en la práctica ha sido así. Sin embargo, en una nota suscrita por el Director Nacional e Inspector General de Trabajo referida a un caso en que se llegó a un acuerdo

entre las partes y en el que el empleador solicitó que se deje sin efecto la infracción a la ley laboral, se afirma que “...son dos procesos independientes y el hecho de que se llegara a un acuerdo en el proceso laboral, no quiere decir que se tenga que dejar sin efecto el proceso seguido por la infracción, la cual se dio al no haber solicitado (sic) el permiso respectivo a esta Dirección para despedir a una trabajador (sic) menor de edad, además las sanciones en ambos casos tienen destinos independientes, por lo que esta dirección no puede acceder a su solicitud, siguiéndose por ende el trámite respectivo hasta el dictado de la sentencia”⁷⁴.

De los ejemplos de casos conocidos en sede administrativa se puede apreciar la importante labor que desempeña la Inspección de Trabajo y la necesidad de fortalecer su trabajo para que se pueda dar un seguimiento efectivo a todos los casos.

4.3 Las peores formas de trabajo infantil

A partir de la reforma del Código Penal de 1999 se introducen tipos penales específicos relacionados con la explotación sexual comercial de personas menores de edad, su aplicación ha generado un grupo interesante de sentencias que han criticado, analizado y muchas veces enriquecido la reforma en cuestión. A continuación se presentan las sentencias más representativas, emanadas de la Sala Tercera, máxima instancia en materia penal.

4.3.1 Explotación sexual comercial

La Ley contra la explotación sexual de personas menores de edad (Ley N° 7.899 del 3 de agosto de 1999) reformó parcialmente el Título III (Delitos Sexuales), Secciones I (Violación, estupro y abuso deshonesto) y III (Corrupción, proxenetismo, rufianería) del Código Penal.

De acuerdo con quienes impulsaron esta reforma, “con la aprobación de esta ley, se logran avances importantes en la (re)formulación de

⁷⁴ Dirección Nacional de la Inspección de Trabajo, Oficio D.N.I. 00 1083-2004 de 11 de agosto de 2004, Caso CA-AD-1782-04-AC-048-04.

los delitos de agresión sexual que contemplaba el Código Penal, los cuales estaban cargados de conceptos sexistas y adultistas, como el de “mujer honesta”, y el de “menor corrupto”, para el delito de corrupción sexual. Se logra además una reconceptualización del delito de violación sexual y del antes denominado “abuso deshonesto”; se crean los delitos de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de 18 años; el de fabricación y producción de pornografía donde se utilice a personas menores de edad o su imagen y el delito de difusión de pornografía a personas menores de edad”⁷⁵.

La aplicación de estas reformas no ha estado exenta de problemas y confusiones que han llegado a la Sala Constitucional y la Sala Tercera (máximo Tribunal en materia penal) para ser dilucidados. Así, por ejemplo, se han presentado problemas con la reconceptualización de algunos delitos, como es el caso del delito de corrupción que ha dejado ciertas conductas delictivas sin incluir⁷⁶. Estas y otras críticas se han formulado a la Ley en mención⁷⁷, lo cual ha motivado la elaboración de propuestas que están ahora en marcha.

Sin embargo, es importante señalar los aciertos de la reforma, que se reflejan en algunos importantes fallos que se presentarán a continuación, a pesar de que aún no se ha adecuado la legislación penal a otros instrumentos de derecho internacional ratificados por el país (como el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuya descripción del tipo penal “trata de personas” es mucho más completo que el que actualmente contiene el Código Penal costarricense).

75 Issa El Khoury, Henry y Monge Naranjo, Ivannia. Lej contra la explotación sexual de las personas menores de edad, Comentada. Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU), Colección Legislación N° 5, San José, 2000, p. 9.

76 Sala Tercera N° 2001-581 de las 8:55 hrs. del 15 de junio de 2001. En este mismo sentido, las sentencias de la Sala Tercera: 2002-965 (sobre corrupción) y 2001-1000 (difusión de pornografía).

77 Al respecto, véase: OIT-IPEC. Explotación sexual comercial de personas menores de edad. Costa Rica, San José, 2002, pp. 53 y ss.

Responsabilidad estatal de prevenir la trata de personas

Una adolescente presenta un recurso de amparo contra la Dirección General de Migración⁷⁸, por cuanto no le quisieran entregar su pasaporte, sin que fuera acompañada de sus padres o representantes. La autoridad migratoria argumentó que las personas menores de edad no tienen capacidad de actuar y que, además, “se actúa con base en el artículo 17 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, a fin de brindarle protección a los menores, pues se tiene noticia de la explotación sexual de menores costarricenses en el extranjero, lo que se agravaría con la facilidad de éstos al viajar a países fronterizos como Nicaragua y Panamá, de donde podrían viajar a otras naciones como Corea del Sur, Holanda, Japón, México, etc, entre otras cosas”.

Los magistrados, consideraron que las medidas tomadas por la Dirección de Migración no son ilegítimas “porque hay valores superiores que se pretenden resguardar, como lo es evitar la trata de blancas o el trasiego de menores”.

De este fallo se desprende con claridad la responsabilidad estatal de prevenir delitos, como la trata de personas menores de edad, para lo cual se deben tomar todas las medidas de precaución que sean necesarias. El derecho que alude la persona menor de edad que recurre ante la Sala, es rebatido por las autoridades con el argumento de que las personas menores de edad no tienen capacidad de actuar. Desde la perspectiva del principio de interés superior, se podría decir que prevalece el derecho de la persona adolescente a ser protegida ante el posible riesgo de ser víctima de algún tipo de abuso, como la trata de personas, si no se toman las medidas del caso. Este fallo es un elemento más que confirma el deber estatal de prevenir la trata de personas, aunque los Magistrados de la Sala Constitucional utilizan el término afortunadamente ya superado de “trata de blancas”.

78 Sentencia de la Sala Constitucional N° 4373-2000 de 12:54 hrs. del 19 de mayo del 2000.

Relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad

El delito de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad “consiste en pagar o prometer pagar a una persona menor de edad para mantener relaciones sexuales con ella”⁷⁹.

La jurisprudencia de la Sala Tercera ha determinado que:

- El bien jurídico tutelado es “el normal desarrollo y trato sexual de los menores”⁸⁰ y que se les protege en atención a que son más vulnerables a la explotación a cambio de ventajas económicas. (...) “*la afectación del bien jurídico no puede hacerse depender de la percepción de las menores de que ‘no se las maltrató’, porque ello, ..., es consecuencia de la distorsionada autoimagen de las agraviadas, y de su incapacidad de identificarse como víctimas. Son precisamente estas circunstancias las que aprovecha el imputado para explotarlas sexualmente*”⁸¹.
- Es indiferente el mayor o menor conocimiento de la sexualidad que tenga la persona menor de edad víctima de este delito en relación con sus coetáneos, pues, independientemente de este factor, no resulta “*inmune a la distorsión que en su desarrollo representa el que se le ofrezca dinero por efectuar actos eróticos frente a otras personas...*”⁸².
- La promesa de pago que supone este delito no requiere que su realización sea inminente, real y material. Tampoco es necesaria la exhibición material de la compensación o su existencia real. Es suficiente demostrar que la promesa es real y no ficticia⁸³.

79 OIT-IPEC. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos..., op. cit., p. 10.

80 Sala Tercera, Resolución 2004-00590 de las 9:20 hrs. del 28 de mayo del 2004.

81 Sala Tercera, Resolución 2004-00590 de las 9:20 hrs. del 28 de mayo del 2004.

82 Sala Tercera, Resolución 2003-00782 de las 9:15 hrs. del 11 de setiembre de 2003.

83 Sala Tercera, Resolución 2003-00782 de las 9:15 hrs. del 11 de setiembre de 2003.

Fabricación y Difusión de pornografía

La reforma del Código Penal introdujo dos delitos relacionados con pornografía que involucra a personas menores de edad: fabricación o producción de pornografía (Art. 173)⁸⁴ y difusión de pornografía (Art. 174)⁸⁵.

En relación con el delito de fabricación o producción de pornografía, es importante resaltar la sentencia 2004-1391 de la Sala Tercera, en la cual, citando varios instrumentos de derecho internacional, se establece con meridiana claridad el bien jurídico tutelado y los alcances de este tipo penal:

- El bien jurídico tutelado es “*la dignidad del niño como persona y su derecho a un sano desarrollo. El tipo penal protege un bien jurídico individual ya que los actos que se reprochan deben darse en perjuicio de uno o varios menores determinados, sea porque se les utilice en la producción del material pornográfico o porque se use su imagen*”⁸⁶.
- “*El bien jurídico se lesiona desde el momento mismo en que se involucra a los menores de edad en la producción del material (verbigracia, posando en fotografías), o se emplea su imagen ya que ese acto supone un menosprecio de la dignidad y autoestima de los primeros*”⁸⁷.
- La producción del material pornográfico implica el proceso de creación o elaboración que culmina con la incorporación del mensaje en el soporte.
- “*la pornografía debe entenderse como la representación de los menores de edad en actividades sexuales o de los órganos sexuales de un niño con fines sexuales, cualquiera*

84 Artículo 173.- Quien fabrique o produzca material pornográfico, utilizando a personas menores de edad o a su imagen, será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años./ Será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años, quien comercie, transporte o ingrese en el país ese tipo de material con fines comerciales.

85 Artículo 174.- Quien comercie, difunda o exhiba material pornográfico a personas menores de edad o incapaces, será sancionado con pena de prisión de uno a cuatro años.

86 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 2004-01391 de las 9:50 hrs. del 3 de diciembre de 2004.

87 Ibidem.

que sea el medio o el soporte en que sé de esa representación, en tanto exista alguno”⁸⁸.

- *“Lo importante entonces, es que la representación esté inserta en un soporte material que muestre a un niño o una niña en un contexto sexual. No comprenderlo de esta manera quebranta el espíritu de la norma ya que se estaría desconociendo que el empleo de los menores de edad o sus imágenes en la elaboración de material pornográfico puede darse de innumerables maneras”*⁸⁹.

En cuanto al delito de difusión de pornografía, cuyos verbos activos son “comerciar, difundir o exhibir”, la Sala Tercera ha determinado que la acción de “exhibir” no requiere finalidad comercial⁹⁰ y que se protege “*el normal desarrollo psicosexual de los menores e incapaces, sean uno o varios y no el sano desarrollo psicosexual de colectividades*”⁹¹.

4.3.2 Utilización de personas menores de edad para la realización de actividades ilícitas

En una sentencia de la Sala Tercera⁹², se conoce el caso de la utilización de una adolescente con adicción a las drogas, como colaboradora policial. Los magistrados, hacen una exposición muy importante sobre la ilegalidad de utilizar personas menores de edad en operativos oficiales, lo cual es similar a la utilización de personas menores de edad en la realización de actividades ilícitas, solo que en el caso del operativo policial éstas son simuladas.

El fiscal y los oficiales de policía no repararon en el riesgo al cual sometieron a la adolescente, al utilizarla ilegalmente para realizar una compra con-

trolada de droga. La colocaron en condiciones de alta vulnerabilidad en vez de protegerla como era su deber, en virtud del rango de funcionarios públicos que ostentaban. Se aprovecharon de una relación de poder sobre la adolescente, manipulando el hecho de que ésta demostrara estar “enamorada” de uno de los oficiales. Ello denota un total irrespeto hacia la persona adolescente: “*todo lo cual revela un manejo inadecuado de las relaciones de poder entre los representantes de la autoridad y una menor digna de protección especial, que resulta inaceptable pues además no puede obviarse que se le coloca en una situación de altísimo riesgo, no sólo por su participación en el operativo, sino por ese contacto con las autoridades policiales, todos hombres y en clara situación de superioridad*”⁹³.

Esta es una sentencia interesante, por cuanto de manera muy clara se analiza la ilegalidad de utilizar a una persona menor de edad para la comisión de actividades ilícitas, aunque sean simuladas, y los Magistrados subrayan el hecho de que una adolescente con adicción a drogas está en una situación de vulnerabilidad que requiere protección por parte de los funcionarios públicos, utilizarla como agente encubierta sin tomar en cuenta el riesgo a la que se la expone, violenta sus derechos y los deberes estatales de protección.

4.3.3 Aspectos procesales

“Los aspectos procesales se refieren a la forma en que los delitos son conocidos y tramitados en los tribunales de justicia, a través de las denuncias y de las investigaciones que realizan los fiscales”⁹⁴.

Participar en un proceso penal suele ser una experiencia difícil y compleja, más aún para una persona menor de edad que es víctima de algún delito relacionado con las peores formas de trabajo infantil (p.e. explotación sexual comercial). En los procesos penales se tiende a revictimizar, e inclusive a culpabilizar, a las personas menores de

88 Ibidem.

89 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 2004-01391 de las 9:50 hrs. del 3 de diciembre de 2004.

90 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 2004-00256 de las 10:25 hrs. del 19 de marzo de 2004.

91 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 2004-00130 de las 11:30 hrs. del 20 de febrero de 2004.

92 Sala Tercera, N° 2002-150 de las 9:45 del 22 de febrero de 2002.

93 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, N° 2002-150 de las 9:45 del 22 de febrero de 2002.

94 OIT-IPEC. Explotación sexual comercial de personas menores de edad en Costa Rica, OIT, San José, 2002, p. 54.

edad, sometiéndolas a largos procesos en los que una y otra vez son interrogadas, dificultando de esta manera la recuperación psicológica del trauma vivido y la reintegración social.

A partir de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, la Corte Plena ha emitido una serie de circulares que son de acatamiento obligatorio para las autoridades judiciales, que pretenden –entre otras cosas evitar la revictimización de personas menores de edad víctimas de algún delito, particularmente de naturaleza sexual. Así, por ejemplo, en 1998, tras la entrada en vigencia del CNA, se emitió la circular N° 13-98 con las Reglas prácticas con ocasión de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia⁹⁵. Esta circular contiene reglas sobre la conformación y funcionamiento de los Equipos Interdisciplinarios previstos en el Código Procesal Penal y en el CNA, sobre las actuaciones de autoridades judiciales y administrativas en asuntos relacionados con personas menores de edad, sobre el derecho de acción y denuncia directa por parte de la persona menor de edad en asuntos de su interés, y, reglas relacionadas con la audiencia a la Procuraduría General de la República y al Patronato Nacional de la Infancia en asuntos penales concernientes a personas menores de edad.

En la circular N° 80-2003⁹⁶ se establecen reglas prácticas para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales. Otra circular es la N° 182-05 que establece la obligación de brindar un trato preferencial a las personas con discapacidad, adultos mayores, menores de edad, indígenas, víctimas y personas con una situación especial.

Estas son medidas importantes que contribuyen a fijar directrices claras para que los funcionarios judiciales eviten la revictimización de las personas menores de edad, sabiendo de manera práctica como ejecutar los preceptos contenidos en el CNA. Sin embargo, hay otros aspectos del proceso penal que también deben ser revisados como las causas

de extinción de la acción penal, el anticipo jurisdiccional de la prueba, la declaración de testigos, etc.⁹⁷.

En esta oportunidad, interesa destacar la revocatoria de instancia sobre la cual existe jurisprudencia relacionada con este instituto y su aplicación en el caso de personas menores de edad.

Revocatoria de instancia

La revocatoria de instancia, junto con la conciliación y el desistimiento, es una forma de extinguir la acción penal. La revocatoria de instancia –a diferencia de la conciliación y el desistimiento– únicamente la ejerce quien ostenta la calidad de víctima en un asunto de acción pública perseguible a gestión privada. Entre los delitos de explotación sexual comercial, es el de relaciones sexuales remuneradas con personas menores de edad (Artículo 159 del Código Penal) el que tiene la característica de ser un delito de acción pública perseguible a instancia privada (Artículo 18 inciso a) Código de Procedimientos Penales) y por lo tanto el único en el que procedería la revocatoria de instancia.

El Artículo 17 del Código Procesal Penal⁹⁸ establece que la víctima o su representante podrán revocar la instancia en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio.

En un primer momento, la jurisprudencia se pronunció por la improcedencia de la revocatoria de instancia en delitos cometidos contra personas menores de edad: “... *la revocatoria de instancia no es viable en procesos en que se trate de salvaguardar los derechos de un menor o se pretenda constatar hechos eventualmente cometidos en su detrimento (...) la revocatoria de instancia lleva a un sobreseimiento que puede redundar en una*

95 Esta circular ha sido reiterada en la circular No 49-2005.

96 Reiterada en la circular No50-2005.

97 Al respecto, puede consultarse el siguiente documento que contiene propuestas concretas de reforma de la legislación procesal penal: OIT-IPEC. Explotación sexual comercial. Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales, OIT, San José, 2004, pp. 56 y ss.

98 Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley 7594 del 10 de abril de 1996.

*mayor indefensión del menor que ha sido víctima de presión o violencia (...) pues hecha la revocatoria, el asunto no se puede reabrir*⁹⁹.

Sin embargo, posteriormente la Sala Tercera emitió otro fallo¹⁰⁰ en el cual determinó que sí es posible que una persona menor de edad revoque la instancia, su razonamiento se basó en los siguientes argumentos:

- La Sala Constitucional ha determinado que *“el menor es sujeto de derechos (...) que lo hace merecedor del reconocimiento de todas las garantías y derechos procesales, y que en consecuencia tiene plena capacidad jurídica para actuar en el proceso de que es objeto en procura de la mejor satisfacción de sus intereses”*¹⁰¹.
- *“Si se le reconoce al menor de edad capacidad completa para decidir como acusado (...) en asuntos en que está en juego su libertad, no hay razón para negársela cuando juega el papel de víctima”*¹⁰².
- *“El Código de la Niñez y la Adolescencia es claro en establecer cuáles institutos no pueden aplicarse cuando involucren el interés de un menor de edad: la deserción, el desistimiento (artículo 119) y la conciliación (artículo 155). No podría, por analogía, extenderse esa prohibición a la revocatoria de la instancia, sin violentar el principio de legalidad y prohibición de analogía, máxime cuando se protege legalmente su derecho a ser oído y a tomar en cuenta su opinión en los asuntos judiciales”*¹⁰³
- *“Y no puede en términos absolutos decirse que el interés superior del niño, cuando se encuentra en la condición de ofendido, será*

*siempre que los procesos lleguen hasta el final, dando como razón que, por su condición de minoridad, no estará en capacidad de decidir lo que más le conviene”*¹⁰⁴.

En consecuencia, una persona menor de edad víctima podría revocar la instancia –en los casos en que la ley lo faculta, como ya se mencionó– pues el principio de interés superior no exige necesariamente que las causas penales culminen tras la realización de un debate.

4.4 Recomendaciones

Las siguientes recomendaciones surgen de una primera consulta con un grupo de jueces y juezas costarricenses –principalmente del área laboral–, quienes revisaron una versión en borrador de este estudio, específicamente del capítulo dedicado a Costa Rica:

- Difundir los derechos de las personas adolescentes trabajadoras entre ellas mismas a fin de que “al acudir a la vía administrativa o plenaria los y las adolescentes soliciten en su petitoria el restablecimiento de sus derechos, en atención a la legislación dictada a su favor, lo redundará (...) en que el juzgador de instancia se tenga que avocar al análisis de los instrumentos jurídicos correspondientes”¹⁰⁵.
- Brindar asesoría legal a las personas adolescentes trabajadoras, lo cual puede estar a cargo del PANI, institución que puede realizar alianzas estratégicas con otras instituciones estatales o académicas como la Universidad de Costa Rica, entre otras¹⁰⁶.
- Profundizar los esfuerzos a lo interno del Poder Judicial sobre la adecuada preparación y sensibilización de los administradores de justicia en la temática del trabajo infantil, “con especial énfasis a los alcances de los convenios a su respecto, que posibiliten una mayor preparación para la resolución de los

99 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución 1040 de las 10:30 hrs. del 20 de agosto de 1999.

100 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 2001-001079 de 9:25 hrs. de 9 de noviembre de 2001.

101 Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución 08885-2000 de 14:54 hrs. del 11 de noviembre de 2000.

102 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 2001-001079 de 9:25 hrs. de 9 de noviembre de 2001.

103 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 2001-001079 de 9:25 hrs. de 9 de noviembre de 2001.

104 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 2001-001079 de 9:25 hrs. de 9 de noviembre de 2001.

105 Licenciada Adriana Chacón Catalán, Jueza Laboral de Cartago, 20 de marzo de 2006.

106 Ibidem.

casos y conlleve a interpretaciones distintas de la legislación ordinaria, todo en aras de dar un adecuada respuesta a dicha problemática”¹⁰⁷.

- Ampliar la capacitación y sensibilización, que ya se ha impartido a algunos funcionarios y funcionarias, a todos los jueces y juezas laborales y al personal de apoyo o auxiliar¹⁰⁸.
- Realizar otros estudios sobre la aplicación de la legislación, particularmente analizando la variable migración, pues “las subcontrataciones, los empleos de servicio doméstico, peones agrícolas, etc. son desarrolladas por migrantes que en ocasiones son personas menores de edad, por lo que la vulnerabilidad es mayor y constituye un factor a tomar en cuenta para la determinación de estrategias de seguimiento a convenios”¹⁰⁹.
- Analizar específicamente el papel del Patronato Nacional de la Infancia y su papel en los procesos laborales en los que participa una persona menor de edad¹¹⁰.
- Ampliar el estudio jurisprudencial a los juzgados y tribunales de trabajo tanto de San José como de las otras provincias¹¹¹.
- Incluir en el sistema computarizado del Poder Judicial “machotes” específicos para la atención de reclamos de personas adolescentes trabajadoras, mencionando los convenios de la OIT, el CNA y demás legislación conexas, así el o la jueza laboral estará precisada a su valoración como complemento a la formación y sensibilización que se le dé en este sentido¹¹².

- “...al haber presentado para su discusión y aprobación el Proyecto de Reforma Procesal Laboral, se incluya en el Capítulo VII denominado “Procesos Especiales”, una Sección Sexta que regule un procedimiento especial para tramitar el despido de un trabajador (a) adolescente acorde con lo establecido en los Convenios 138 y 182 de la OIT y en armonía con lo dispuesto al respecto en los Códigos de la Niñez y Adolescencia y de Trabajo”¹¹³.
- “...especializar el Tesoro de Jurisprudencia de la Sala Segunda y de los Tribunales de Segunda instancia que conocen de los asuntos laborales, en el sentido de crear en los índices temáticos descriptores y restrictores que contengan, por ejemplo, los vocablos “trabajadores adolescentes”, “contratación de trabajadores adolescentes”, “despido de trabajadores adolescentes”, “Convenios Internacionales OIT (138, 182) sobre el trabajo de adolescentes”, los cuales resulten alusivos al trabajo decente (excluyente del trabajo infantil), etcétera”¹¹⁴.
- Ampliar la base de datos de la Sala Segunda con los fallos de los juzgados de mayor cuantía cuando actúen como segunda instancia y los fallos de los Tribunales Superiores en todo el país¹¹⁵.
- Promover “en cada circuito judicial una base de datos que pueda contener los fallos clasificados en índices temáticos, con descriptores y restrictores referidos al problema del trabajo infantil, y que se incluyan los convenios de la OIT aprobados por Costa Rica”¹¹⁶.

107 Magistrado Orlando Aguirre Gómez y Letrada Alejandra Bogantes Rodríguez, Sala Segunda, Corte Suprema de Justicia, 20 de marzo de 2006.

108 Licenciadas Judy Madrigal Mena y Ana Luisa Meseguer Monge, Juezas de Trabajo, II Circuito Judicial de San José, 20 de febrero de 2006. En el mismo sentido, Licenciada Adriana Chacón Catalán, Jueza Laboral de Cartago, 20 de marzo de 2006.

109 Licenciada Carmen Blanco Meléndez, Jueza 4, 17 de marzo de 2006.

110 Licenciada Adriana Chacón Catalán, Jueza Laboral de Cartago, 20 de marzo de 2006.

111 Licenciadas Judy Madrigal Mena y Ana Luisa Meseguer Monge, Juezas de Trabajo, II Circuito Judicial de San José, 20 de febrero de 2006. En el mismo sentido, Licenciada Adriana Chacón Catalán, Jueza Laboral de Cartago, 20 de marzo de 2006.

112 Licenciada Adriana Chacón Catalán, Jueza Laboral de Cartago, 20 de marzo de 2006.

113 Licenciadas Judy Madrigal Mena y Ana Luisa Meseguer Monge, Juezas de Trabajo, II Circuito Judicial de San José, 20 de febrero de 2006.

114 Ibidem.

115 Licenciada Adriana Chacón Catalán, Jueza Laboral de Cartago, 20 de marzo de 2006.

116 Ibidem.

- Deben profundizarse las acciones para combatir las peores formas de trabajo infantil, aumentándose el presupuesto del Poder Judicial, programándose acciones estratégicas, capacitando juzgadores y persona auxiliar, impulsando programas de atención a las víctimas, reformando ciertas normas penales para que guarden armonía con los instrumentos internacionales, penalizar la posesión de material pornográfico, recomendada en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre

los Derechos del Niño e implementarse acciones y programas a nivel del Poder Ejecutivo dirigidas a la erradicación de las peores formas de trabajo infantil¹¹⁷.

- Ampliar el estudio jurisprudencial de la parte procesal penal correspondiente a las peores formas de trabajo infantil, con el estudio de otros institutos como la abstención privilegiada de testigos, y como afectan los procesos penales relacionados con las PFTI¹¹⁸ (Blanco Meléndez).

117 Licenciadas Judy Madrigal Mena y Ana Luisa Meseguer Monge, Juezas de Trabajo, II Circuito Judicial de San José, 20 de febrero de 2006.

118 Licenciada Carmen Blanco Meléndez, Jueza 4, 17 de marzo de 2006.

V. PANAMA

5.1 Los instrumentos de derecho internacional en la jurisprudencia constitucional

Es abundante la jurisprudencia emanada del Pleno de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁹, que se refiere a la jerarquía de los instrumentos de derecho internacional ratificados por Panamá.

La Constitución Política en su Art. 4 dispone que “La República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional”. Esta norma ha sido interpretada en el sentido de que “...*si bien los tratados internacionales aprobados por leyes de la República son de obligante cumplimiento, la consecuencia jurídica de esa obligación es la de adecuar la legislación interna a lo dispuesto en dichos convenios internacionales, porque estos sólo tienen formalmente valor de ley y carecen de jerarquía constitucional (...) excepcionalmente podrían integrar el bloque de constitucionalidad convenios internacionales que consagran derechos fundamentales*”¹²⁰.

En otra sentencia, los magistrados aclaran con mayor precisión cuándo ciertos instrumentos forman parte del bloque de constitucionalidad:

“...las normas sobre derechos humanos conforman el sistema de fuentes del Derecho Constitucional, en el evento de que tales preceptos amplíen o refuercen el marco tuitivo mínimo de los derechos fundamentales –derechos públicos subjetivos- consagrados en la Constitución formal o documental, o bien, que el ordenamiento supremo no los contemple y deba buscarse una solución vía integración constitucional”¹²¹ (El subrayado no es del original).

Algunos de los instrumentos de derecho internacional que integran el bloque de constitucionalidad, son los siguientes:

- El Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre las garantías judiciales de toda persona¹²².
- Los Artículos 7 al 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos sobre la igualdad de derechos de hombres y mujeres en cuanto al matrimonio y en caso de su disolución. En este fallo se elimina la condición de mayoría de edad para divorciarse, con lo cual se discriminaba a las personas menores de edad¹²³.
- El Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (lo cual será ampliado adelante).

Por el contrario, la Corte Plena ha declarado formalmente que no integran el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto solo tienen rango de ley:

- Los Convenios de la OIT, en virtud de los cuales el Estado de Panamá se compromete a adecuar su legislación, sin embargo, ésta no deviene en inconstitucional si contraviene algún precepto contenido en un Convenio de la OIT ratificado por el país¹²⁴.
- Los Artículos 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Artículos 15 y 16 de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, por cuanto el Artículo 19 de la Constitución consagra a plenitud la no discriminación por razón del sexo y no necesita integrarse¹²⁵.

119 En este sentido los siguientes fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia: 30 de julio de 1990, 3 de agosto de 1990, 16 de octubre de 1991, 22 de abril de 1994, 12 de agosto de 1994, 19 de Septiembre de 1996, 25 de octubre de 1996, 5 de junio de 1998)

120 Pleno de la CSJ, fallo de 12 de agosto de 1994.

121 Pleno de la CSJ, fallo del 30 de abril de 1998.

122 Pleno de la CSJ, fallo del 8 de noviembre de 1990 y del 19 de marzo de 1991.

123 Pleno de la CSJ, fallo del 12 de mayo de 1995.

124 Pleno de la Corte Suprema de Justicia, fallo del 30 de diciembre de 1993, reiterado por el fallo del 23 de marzo de 1999.

125 Pleno de la CSJ, fallos del 5 de septiembre de 1994, 27 de octubre de 1994, 5 de junio de 1997, entre otros.

- Los Convenios internacionales adoptados por Panamá que se relacionan con la protección del medio ambiente¹²⁶.

En relación con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), son varios los fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha consagrado que el Art. 3 de esa Convención forma parte del bloque de constitucionalidad. El Art. 3 de la CDN se refiere al interés superior del niño (véase Recuadro N° 5).

El Pleno de la CSJ, en su fallo del 20 de marzo de 1996, después de estudiar el caso “... estima

que la protección constitucional de los derechos humanos de los menores, los cuales forman parte de los Derechos Humanos de segunda generación, en nuestra Carta Fundamental se mencionan de manera general en el artículo 52, pero sin llegar a precisar los principios y derechos que les asisten en el ámbito procesal. De allí que el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño representa un complemento al texto constitucional al establecer que en todas las medidas que se adopten institucionalmente, por autoridades o tribunales, concernientes a niños, debe prevalecer el interés superior del menor”.

RECUADRO N° 5

ARTÍCULO 3 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Algunas derivaciones, señaladas por la jurisprudencia constitucional, del principio del interés superior, incorporado al bloque de constitucionalidad son las siguientes:

- Prevalece el interés superior sobre el principio del debido proceso¹²⁷. Esta derivación ha llevado al Pleno a admitir, e inclusive declarar con lugar, un recurso de amparo de garantías constitucionales, sin haber agotado las vías legales, al valorar que estaba en juego la seguridad e integridad psico-física de una persona menor de edad, lo cual es de mayor relevancia que el debido proceso.
- El concepto del interés superior, implica el derecho del niño a una protección especial y a la primacía de sus intereses¹²⁸.
- Solo se separará a una persona menor de edad de su familia en circunstancias excepcionales y con la finalidad de protegerla¹²⁹.
- Son los jueces de niñez y adolescencia los que, por su especialización en la materia y por tener un equipo interdisciplinario para evaluar cada caso, pueden proteger más eficientemente los derechos constitucionales de los niños y adolescentes y velar para que el interés superior prevalezca en todas sus decisiones¹³⁰.
- Las personas menores de 14 años deben estar acompañadas de su curador para brindarles protección en los interrogatorios, el Juez debe cuidar que “no se le sorprenda con el interrogatorio”¹³¹.
- Se reconoce el derecho de la persona menor de edad de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten¹³².

126 Pleno de la CSJ, fallo del 13 de septiembre de 1996.

127 Pleno de la CSJ, fallo del 22 de julio de 1998.

128 Pleno de la CSJ, fallo del 21 de enero de 2000.

129 Pleno de la CSJ, fallo del 7 de abril de 2000.

130 Pleno de la CSJ, fallo del 30 de mayo de 2000.

131 Pleno de la CSJ, fallo del 8 de septiembre de 2000.

132 Pleno de la CSJ, fallo del 5 de septiembre de 2003.

5.2 Trabajo infantil

5.2.1 Jurisprudencia judicial

La ley puede establecer excepciones a la edad mínima constitucional de admisión al empleo

En la sentencia del Pleno del 1 de septiembre de 1995 se clarifica cuál es la normativa aplicable al trabajo infantil. Se trata de una acción de inconstitucionalidad en contra de los Arts. 119 y 123 del Código de Trabajo¹³³, que permitían el trabajo de menores de 12 a 15 años en explotaciones agropecuarias y en labores domésticas.

Al respecto, el Pleno de la Corte, consideró no viable referirse al fondo del asunto, por cuanto los artículos mencionados, en lo que se refiere a las frases señaladas, ya no tenían vigencia, pues fueron derogadas expresamente por la Ley N° 3 de 27 de abril de 1994 a través de la cual se aprobó el Código de Familia. El Art. 838 del Código de Familia es claro al disponer que a partir de su vigencia quedan derogadas todas las disposiciones legales “referentes a la familia y a los menores y las demás leyes que en estas materias sean contrarias o incompatibles”.

El fallo en mención afirma que las frases acusadas “*ya no forman parte del mundo jurídico*”, y por ello su confrontación con el texto constitucional resulta intrascendente, en virtud de que se ha producido el fenómeno jurídico denominado “sustracción de materia”. En consecuencia, no se refiere al fondo del asunto y simplemente remite a la normativa contenida en el Código de Familia, que es la que rige la materia.

Sin embargo el Art. 716 del Código de Familia¹³⁴, prácticamente es una copia del Art. 123 del Código de Trabajo, reproduciendo una evidente inconstitucionalidad al permitir el trabajo de personas entre 12 y 14 años en actividades domésticas, lo cual riñe con el Art. 66 de la Constitución Política que expresamente prohíbe que las personas menores de 14 años se ocupen en ese tipo de actividades.

Lo anterior es conocido en otra acción de inconstitucionalidad, resuelta por el fallo del Pleno de 30 de noviembre de 1995. En este caso, se acusa la inconstitucionalidad de los Arts. 509¹³⁵ y 716 del Código de Familia, por considerar que infringen el artículo 66 de la Constitución Nacional¹³⁶, al admitir excepciones a la edad mínima para trabajar, establecida en 14 años por la Constitución. Sin embargo, el Pleno de la Corte consideró que no procede la inconstitucionalidad:

“No comparte la Corte el criterio externado por el actor. El precepto constitucional emplea la técnica de sentar primero la prohibición comentada, para someterla de inmediato a la cláusula de reserva legal, autorizando de este modo al legislador para que, con el recurso de la normativa legal, pueda salvar o reglamentar la prohibición. Por su parte, el artículo 509 del Código de la Familia sigue el formato conceptual de la norma superior, al: a) establecer la prohibición de cualquier trabajo a menores de catorce años, y b) introducir, a renglón seguido, una moderación o

133 Código de Trabajo. Art. 119: En las explotaciones agropecuarias, los menores de doce a quince años podrán ser empleados solamente en trabajos livianos y fuera de las horas señaladas para la enseñanza escolar.
Art. 123: Al menor con más de doce años le es permitido el trabajo en calidad de empleado doméstico, en trabajos livianos, previa autorización del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social y siempre que se cumpla lo dispuesto en el artículo 119 en lo que concierne a su instrucción. Es obligatorio para el empleador que tenga a su servicio a un menor de edad escolar enviarlo a un establecimiento de enseñanza por lo menos, hasta completar la escuela primaria.

134 Código de Familia. Artículo 716. Las mujeres y los menores entre doce (12) y catorce (14) años pueden realizar labores agrícolas y domésticas, según las regulaciones de horario, salario, contrato y tipo de trabajo que establece el Código de Trabajo.

135 Código de Familia. Artículo 509. “Es prohibido cualquier trabajo a menores de catorce (14) años de edad, salvo lo preceptuado en el Artículo 716 de este Código”.

136 Constitución Política, Artículo 66, segundo párrafo. “La jornada máxima podrá ser reducida hasta a seis horas diarias para los mayores de catorce años y menores de diez y ocho. Se prohíbe el trabajo a los menores de catorce años y el nocturno a los menores de diez y seis, salvo las excepciones que establezca la Ley. Se prohíbe igualmente el empleo de menores hasta de catorce años en calidad de sirvientes domésticos y el trabajo de los menores y de las mujeres en ocupaciones insalubres”.

*atenuación a ese mandato, autorizando las excepciones que consagra el artículo 716 de ese mismo cuerpo legal. Esta técnica se encuentra, entonces, en perfecta armonía con el inciso segundo del artículo 66 de la Ley Fundamental...*¹³⁷.

Entonces, a juicio de los magistrados, el legislador puede establecer excepciones a la prohibición del trabajo de las personas menores de catorce años, prácticamente sin ningún límite de edad¹³⁸, lo cual es contrario al Convenio 138 sobre edad mínima de admisión al empleo ratificado por Panamá en el año 2000.

La otra parte de la acción de inconstitucionalidad se refiere al Art. 716 del Código de Familia, réplica del Art. 123 del Código de Trabajo, que faculta a las personas entre 12 y 14 años a realizar actividades en explotaciones agropecuarias y domésticas. Los magistrados consideraron que “*el texto constitucional es claro al establecer una prohibición al empleo de menores hasta catorce años de edad en calidad de sirvientes domésticos, autorización que concede la normal legal atacada, sin que en este caso la Constitución tenga establecida reserva legal alguna*”¹³⁹.

Sin embargo, a juicio de los Magistrados “*nada prohíbe en cuanto al trabajo de menores de catorce años en labores agrícolas, por lo que carece de fundamento la alegación de que lo establecido a este respecto por el Código de la Familia infringe el Ordenamiento Superior*”¹⁴⁰.

Con estas dos sentencias (del 1 de setiembre de 1995 y del 30 de noviembre de 1995), particularmente con la segunda, se han establecido precedentes de interpretación de la Constitución panameña que podrían no estar acorde con los Convenios de la OIT ratificados por Panamá. De

137 Pleno de la CSJ, fallo del 30 de noviembre de 1995.

138 En este sentido: Murgas Torrazza, Rolando. Evolución del Derecho Laboral Panameño durante la Época Republicana. Conferencia en la Corte Suprema de Justicia, Panamá, 26 de junio de 2003. Es interesante notar que fue el Lic. Murgas Torrazza el accionante de los dos recursos en estudio (del 30 de setiembre de 1995 y del 30 de noviembre de 1995).

139 Pleno del 30 de noviembre de 1995.

140 Ibidem.

un lado se considera que la legislación puede establecer excepciones a la edad mínima de admisión al empleo, sin fijar ningún límite al respecto. Por otro lado, se considera constitucional que niños y niñas entre 12 y 14 años se desempeñen en trabajos livianos en explotaciones agrícolas, los cuales no son definidos y por lo tanto está latente el riesgo de que se expongan a los muchos riesgos inherentes al trabajo en explotaciones agropecuarias.

Aplicación de la normativa especial para personas trabajadoras menores de edad

Interesa analizar varios casos conocidos por los Tribunales de Justicia, en los cuales, a pesar de estar claro que se trata de una persona menor de edad trabajadora, el hecho de la edad no es tomado en cuenta por los juzgadores. Es importante aclarar que cuando los casos son conocidos por los tribunales de última instancia su competencia se limita a los elementos de derecho que son expuestos por los accionantes, pues los elementos de hecho son analizados en las primeras instancias. Esta puede ser una explicación de por qué no hay referencia alguna a la edad de la persona trabajadora en los fallos analizados y que ese factor no fue tomado en cuenta por los juzgadores de primera instancia.

- Se declara con lugar una acción de amparo de garantías constitucionales¹⁴¹ interpuesta contra la orden de un juez de menores que mantiene el régimen de visitas a la madre de una niña. Entre otros abusos, la madre obligaba a la niña a trabajar en horas de la noche en un bar. En la sentencia, se acoge el recurso y se ordena, en aras del interés superior de la niña, dejar sin efecto la orden del juez en cuanto al régimen de visitas. Sin embargo, no se hace mención alguna al trabajo al cual se le obligaba a realizar a la niña, en las peores condiciones y poniendo en riesgo su integridad.
- En el caso conocido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo¹⁴², una declaratoria de ilegalidad por parte de una Asociación que administra un centro educativo, contra la Resolución N° 262-96 D.G. de 14 de febrero de 1996 dictada por el Director de la Caja

141 Pleno de la CSJ, fallo del 22 de julio de 1998.

142 Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, 19 de setiembre de 2000.

de Seguro Social, por la cual se condena a la Asociación mencionada al pago de cuotas de seguro social no pagadas.

El centro educativo tenía a un grupo de adolescentes entre 15 y 17 años, así como a un grupo de profesores, realizando trabajos tales como limpieza del plantel, atención del kiosco en el cual se expenden artículos comestibles y trabajo en la cocina del plantel. El colegio les retribuía con una cantidad mensual, que no estaba incluida en la planilla regular, les pagaba vacaciones y décimo tercer mes. Sin embargo, a juicio de esa institución no se trataba de un trabajo, sino que “dichas jóvenes colaboraban de manera voluntaria en algunas actividades del colegio, sin que ello significara que mantenían con éste, una relación laboral”. La retribución que otorgaban a las adolescentes la consideraban “un apoyo económico para que pudiesen sufragar sus necesidades básicas inmediatas, pero no debía ser entendido como una remuneración por servicios prestados”.

La Sala Tercera resolvió que, efectivamente, se trataba de una relación laboral, debido a que la parte recurrente (el colegio) “no presenta prueba alguna, fuese contable, pericial, testimonial, documental o de cualquier otro tipo, que evidenciara que estas remuneraciones no tenían la categoría de salario”. Sin embargo, nada se menciona sobre cómo se daba el trabajo de las personas menores de edad: jornada, si se contaba con el permiso respectivo del MITRADEL, si la remuneración alcanzaba al mínimo legal, el tipo de labores encomendadas, etc.

- Asimismo, en las conciliaciones extra-judiciales entre empleadores y personas trabajadoras menores de edad, los juzgados conocen algunos casos para ordenar la ejecución de los acuerdos. Sin embargo, no se hace mención alguna de la aplicación del régimen especial para trabajadores menores de edad¹⁴³.

¹⁴³ Juzgado Cuarto de la Primera Sección de Trabajo, Auto 26 de 12 de febrero de 1990; Juzgado Cuarto de la Primera Sección de Trabajo, Auto 412 de 8 de septiembre de 2004; Juntas de Conciliación y Decisión N° 16, 036-PJCD/16.

5.2.2 Jurisprudencia administrativa

5.2.2.1 Procuraduría de la Administración

La Procuraduría de la Administración tiene la función de servir de consejero y asesor jurídico de los funcionarios de la Administración.

El MITRADEL, mediante nota N° 066-D.M.98 del 14 de febrero de 1998, consulta sobre la legalidad del Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo. La Procuraduría contesta (Consulta N° C-092-98) haciendo una breve descripción sobre las disposiciones constitucionales relacionadas con el trabajo de personas menores de edad (edad mínima, jornada permitida, labores prohibidas, etc.) y concluye que hay correspondencia y coherencia entre la disposición constitucional y el Convenio 138.

En otra consulta, formulada por una ONG, la Procuraduría analiza si el Ministerio de Trabajo puede autorizar el trabajo a las personas menores de edad en las áreas cafetaleras sin restricción de jornada y sin cumplir el requisito de la instrucción (N° 8C-332 de 5 de noviembre de 2002). En su respuesta, la Procuraduría enumera la normativa nacional aplicable (Constitución Política, Código de Familia y del Menor, Código de Trabajo), concluyendo:

“Todo ello nos lleva a concluir que las normas de derecho interno están sometidas al derecho internacional público, lo que significa, que en nuestro sistema se cumple el principio del Pacto Sund Servanda como principio que obliga a los Estados a respetar y cumplir los convenios internacionales como signatarios de los mismos. Adicionalmente, los artículos 510, 511 y 512 del referido Código de la Familia, son expresos al disponer que los menores no pueden laborar, si con ello se afecta su asistencia y rendimiento escolar, asimismo, indican los preceptos comentados que a contrario sensu los menores podrán trabajar siempre que las normas establecidas en el Código Laboral respecto de menores trabajadores no contradigan o sean incompatibles con las normas del Código de la Familia y del Menor y, finalmente, es enfático en fijar la jornada máxima laboral para

menores contratados, jornada que en ningún caso podrá ser alterada por otro instrumento de inferior jerarquía que este Código. En suma, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral no puede dictar normas o reglas que contradigan de algún modo la normativa de familia y menores vigente, pues, tales actos resultarían a todas luces ilegales y por tanto recurribles ante la Sala Tercera de lo contencioso-administrativo de la Corte Suprema de Justicia”.

A lo que no hace referencia la Procuraduría es al Art. 716 del Código de Familia que permite que las personas entre 12 y 14 años puedan trabajar en explotaciones agrícolas. Esta norma, según el fallo del pleno de 30 de noviembre de 1995 (antes citado), es constitucional.

5.2.2.2 Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Inspección de Trabajo

Es la Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral (MITRADEL) el ente encargado de velar por el cumplimiento de la normativa aplicable al trabajo de las personas menores de edad. Los inspectores de trabajo deben visitar los lugares de trabajo, a fin de verificar, en el caso de que se emplee a personas menores de edad, que se cumpla la normativa vigente.

En una inspección realizada el 13 de junio de 2002 (N° 3-157-02), se conoce el caso de una trabajadora menor de edad, que se desempeñaba como ayudante de confección de piñatas y “acompañante a la señora en su casa”. La persona menor de edad no tenía permiso de trabajo, su jornada era de ocho horas diarias y 48 semanales, laboraba horas extra que no le pagaban, y no estaba asegurada.

En su resolución del 28 de julio de 2003, el Director Nacional de Inspección Laboral presenta a la Secretaría Judicial solicitud de multa a la empresa en cuestión. Ésta en el plazo de traslado que se le da, argumenta que el horario de trabajo es de siete días semanales y 42 horas semanales, y si bien no se le paga seguro, “se le cubre sus necesidades y enfermedades médicas”. Finalmente argumenta: “esta menor si bien es cierto la acogimos por un acto de humanidad ya que nos la recomendaron ya

que era huérfana de padre y la abuela que la crió había fallecido, la misma devengaba un salario de setenta balboas (Bl. 70.00) líquido, más cuarenta y nueve (Bl. 49.00) que se le descontaba en concepto de vivienda, alimentación y transporte, o sea ciento diecinueve (Bl. 119.00) por quincena y que nuestro interés fue siempre ayudarla, por la situación que se nos planteo, por tanto solicito muy respetuosamente sea revocada la solicitud de multa invocada”.

La Inspección en su resolución final, acredita el incumplimiento de la normativa laboral (jornada, salario mínimo, seguro social, etc.), sin embargo, absuelve a la empresa de la multa que le correspondería pagar, sustentando que “...la propietaria de este negocio explica por que acepto contratar a esta persona, entendiéndose un actuar de buena fe y máxime que nuestra política es ser garantes del cumplimiento de las leyes, pero a la vez tratamos de mantener las fuentes de trabajo existentes en Panamá, y así que contribuya a disminuir los índices de desempleo que atraviesa el mundo, y en base a lo antes planteado libramos negar la solicitud, pero indicando a la juzgadora que debe corregir sus faltas y cumplir fielmente con nuestra legislación laboral”.

En otro caso¹⁴⁴, se detectó laborando a un adolescente de 16 años en una empresa de lavado de carros. Su jornada diaria era de 7:00 de la mañana a 11:00 de la noche, su remuneración era un porcentaje por cada carro lavado, no contaba con un salario fijo. En el traslado que se le dio al empleador, éste argumentó que el adolescente “no trabaja para él de manera formal”, puesto que no cumplía un horario, no devengaba salario, en fin, no existía subordinación. “La empresa, en este caso ha sido el medio para que personas que no tuvieron la oportunidad de obtener una educación formal, que les permita sustentar a sus familias, con la obtención de un buen empleo, puedan llevar de comer a sus casas...”. En su resolución final, la Inspección le impone al empleador la multa de cien balboas.

En los dos casos anteriores se puede ver que la justificación de parte de los empleadores de no dar cumplimiento a la legislación laboral, es porque

144 MITRADEL, Inspección de Trabajo, Resolución # 574 de 11 de noviembre de 2003.

consideran que les están haciendo un favor a las personas menores de edad que trabajan para ellos o niegan la relación laboral. En las resoluciones administrativas no se cuestionan estos argumentos, implícitamente se los apoya o se imponen sanciones mínimas.

5.3 Las peores formas de trabajo infantil

5.3.1 Delito de maltrato a menores

Antes del año 2004, en que se aprueba la Ley 16 de 31 de marzo de 2004¹⁴⁵, Panamá contaba con escasa legislación dirigida a sancionar las peores formas de trabajo infantil. Los tipos penales más utilizados eran los que se encuentran en el Título V, Capítulo V del Código Penal “De la violencia doméstica y el maltrato al niño, niña y adolescente”, el cual fue íntegramente modificado por el Artículo 13 de la Ley 38 de 2001 “Sobre violencia doméstica y maltrato al niño, niña y adolescente”; y, el Título VI “Delitos contra el pudor y la libertad sexual”, Capítulo III “Corrupción, proxenetismo y rufianismo”.

Según el Art. 215 D del Código Penal¹⁴⁶, las conductas que tipifican el maltrato de menores de edad son:

145 Ley 16 de 31 de marzo de 2004 “Que dicta disposiciones para la prevención y tipificación de delitos contra la integridad y la libertad sexual, y modifica y adiciona artículos de los Códigos Penal y Judicial”, Gaceta Oficial, N° 25.023 de 5 de abril de 2004.

146 Antes de la reforma producida mediante la Ley 38 de 10 de julio de 2001, estaba vigente la Ley 27 de 23 de junio de 1995, el delito maltrato de menores contemplado en el Art. 215 D (actual) correspondía al 215 C que rezaba: “El que maltrate a un menor será sancionado con prisión de 1 a 6 años. Las siguientes conductas tipifican el maltrato de menores:

1. Causar, permitir o hacer que se le cause daño físico, mental o emocional, incluyendo lesiones físicas ocasionadas por castigos corporales;
2. Cometer, inducir o ayudar a que se le cometa abuso sexual contra él, u otros actos lascivos o impúdicos, aunque no impliquen acceso carnal;
3. Utilizarlo o inducir a que se le utilice, con fines de lucro, en la mendicidad o publicidad no apropiada para su edad;
4. Emplearlo en trabajos prohibidos o contrarios a la moral, o que pongan en peligro su vida o salud;
5. Imponerle trato negligente y maltratos que puedan afectarle en su salud física o mental”.

1. Causar, permitir o hacer que se les cause daño físico, mental o emocional, incluyendo lesiones físicas ocasionadas por castigos corporales.
2. Utilizarlos o inducir a que se les utilice, con fines de lucro, en la mendicidad, pornografía o en propaganda o publicidad no apropiada para su edad.
3. Emplearlos en trabajos prohibidos o contrarios a la moral, o que pongan en peligro su vida o su salud.
4. Imponerles trato negligente y malos tratos que puedan afectarles en su salud física y mental.

La jurisprudencia ha interpretado que el sujeto activo del delito maltrato de menores, tipificado en el Art. 215 D del Código Penal (que corresponde al antiguo Art. 215 C) es una persona que no tiene vínculo de parentesco con el sujeto pasivo o víctima:

“... (el) hecho punible tipificado en el artículo 215-C del Código Penal, se refiere a personas ajenas al núcleo familiar que realicen cualesquiera de las conductas señaladas en los numerales de dicha norma. La disposición en examen es bien clara al señalar como sujeto activo del delito a “El que maltrate a un menor”, y ello es así, toda vez que el legislador quiso regular otras conductas que fueran ocasionadas contra menores de edad fuera de una relación de familia, como por ejemplo el de un maestro de enseñanza primaria que cause o permita que se lesione a un menor, física o emocionalmente”¹⁴⁷.

Sin embargo, en otra sentencia, contradictoria con la anterior, la misma Sala Segunda interpretó que todos los delitos incluidos en el Capítulo V “De la violencia doméstica y el maltrato al niño, niña y adolescente”, inclusive el Art. 215-D, tienen como sujeto activo a un familiar:

“...para poder subsumir la acción desplegada por (...). en el tipo penal de maltrato al adolescente es necesario que se acredite la existencia de alguno de los vínculos que enuncia la norma que antecede, en este caso,

147 Sala Segunda, 5 de marzo de 2004. En este mismo sentido: Sala Segunda, 27 de febrero de 2003.

*el parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción*¹⁴⁸.

A la luz de esta interpretación solo cometen el delito de maltrato a menores, aquellas personas con un vínculo de parentesco con la víctima, lo cual pareciera contrario a la letra clara del Art. 215-D (“La persona que maltrate a un niño, niña o adolescente menor de 18 años...”), como lo ha señalado la jurisprudencia anteriormente citada.

5.3.2 *Explotación sexual comercial*

Destaca un caso de redes de explotación sexual comercial (proxenetismo, relaciones sexuales remuneradas, trata de personas) que fue descubierto a raíz de una serie de reportajes, realizada por periodistas de un medio de comunicación extranjero. Con una cámara oculta, los periodistas, que se hicieron pasar por “clientes”, grabaron imágenes y voces sobre cómo operaba una red de proxenetas y explotadores.

El 21 de junio de 2000 la División de Delitos contra el Pudor y la Libertad Sexual de la Policía Técnica Judicial, recibió informe sobre las noticias difundidas por un canal de la televisión local, que referían la existencia de dicha red. Como parte de las pesquisas se recabaron las pruebas video filmicas que contenían un reportaje elaborado por periodistas de medios extranjeros, en los que aparecían las imputadas practicando actos de proxenetismo “con un número plural de mujeres”. También se recibieron declaraciones de un grupo de mujeres, algunas de ellas menores de edad, quienes refirieron su supuesta participación en el comercio sexual bajo las directrices de las imputadas.

El Juzgado respectivo las condenó a la pena de 40 meses de prisión como autoras del delito de proxenetismo consumado. El Tribunal que conoció la apelación confirmó el fallo emitido contra una de ellas y lo reformó en cuanto a la otra para establecer que su grado de participación fue en calidad de cómplice primaria. Las dos imputadas interponen recurso de casación, argumentando, en lo que interesa, error de derecho en la apreciación de la

prueba, ya que el medio de prueba –grabaciones y video filmaciones de conversaciones sostenidas con periodistas de medios extranjeros, sin el consentimiento de la parte afectada o del Procurador General de la Nación- está expresamente prohibido por la ley.

La Sala Segunda en su sentencia, confirma la resolución del Tribunal, considerando, en primer término, que el Ministerio Público actuó conforme a sus competencias constitucionales y legales, al iniciar una acción penal luego de conocer el reportaje periodístico que fue ampliamente difundido.

*“...siendo que al Ministerio Público, por mandato constitucional le corresponde perseguir los delitos (art. 217 num. 4), para lo cual puede ejercer la acción penal de oficio (art. 1953 del Código Judicial), en el caso del reportaje televisado respecto a la comisión de un delito tan grave como el de prostitución infantil en nuestro país, le correspondía al Ministerio Público reaccionar espontáneamente interviniendo en procura de la defensa de la sociedad, por medio de la investigación respectiva”*¹⁴⁹

Ante estos antecedentes, no era necesario que existiera una denuncia, el Ministerio Público estaba en la obligación de iniciar el trámite respectivo, tratándose de delitos de acción pública, como es el caso de proxenetismo infantil (según la legislación penal vigente en la época):

*“Lo anterior significa, que siempre que por impresión personal, de manera pública o por otro conducto, llegue a conocimiento de un agente del Ministerio Público la perpetración de un hecho punible de los que dan lugar a la acción pública, debe sin más trámites instruir el sumario de oficio”*¹⁵⁰.

Finalmente, en cuanto a la legalidad del reportaje televisivo y de las declaraciones allí vertidas, los juzgadores consideraron que el Ministerio Público los utilizó una vez que se convirtieron en públicos y notorios y no como consecuencia de que fueran presentados como prueba:

148 Sala Segunda, 29 de junio de 2004.

149 Sala Segunda 27 de enero de 2004.

150 Ibidem

“Ahora bien, en cuanto a que tales declaraciones fueron recabadas a consecuencia de un acto llevado por particulares -reportaje televisivo sobre prostitución infantil en Panamá-, es importante puntualizar que la actuación del Ministerio Público se produce no como consecuencia de que dicho reportaje hubiese sido presentado como prueba o como denuncia ante el Ministerio Público. Más bien, la actuación del Ministerio Público se produce una vez que la comunidad, a través de los medios televisivos, adquiere conocimiento de los hechos que posteriormente son investigados. Es decir, no es sino hasta cuando se convierte en público y notorio el contenido del reportaje televisivo sobre prostitución infantil en Panamá, realizado por periodistas de la prensa extranjera, que se inicia la acción penal de oficio por parte del Ministerio Público, siendo éste su deber constitucional y legal”.

Este es un antecedente importante, puesto que se logra desactivar una red de explotación sexual comercial, de tratantes de personas menores de edad y proxenetas. Los jueces sientan jurisprudencia en cuanto al deber del Ministerio Público de actuar ante hechos no solo públicos y notorios sino de la gravedad como los señalados. Además, la cobertura en los medios de comunicación que se dio a este caso, levantó en la agenda pública el tema de la explotación sexual comercial de las personas menores de edad y como se había desarrollado de este “negocio” ante la mirada indiferente de la sociedad.

La reforma sustancial que se produjo en el Código Penal y el Código Judicial y otras leyes, mediante la Ley 16 del 31 de marzo del 2004, que ya ha sido citada, es de alguna manera una respuesta a la falta de mecanismos jurídicos que imperaba y que propiciaba la impunidad de los explotadores.

VI. GUATEMALA

Es escasa la jurisprudencia encontrada en Guatemala. Los casos que a continuación se presentan sirven de marco referencial para fundamentar el deber estatal de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a partir de los preceptos constitucionales y de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Además, dado el contexto particular de Guatemala, caracterizado por la pobreza, la marginación de cerca de la mitad de la población compuesta por grupos indígenas y la violencia que ha permeado esa sociedad por muchos años, el tema de niños, niñas y adolescentes -muchos de ellos en estado de abandono-trabajadores de la calle y expuestos a múltiples peligros, cobra una particular importancia.

Es revelador el hecho de que no se presenta ningún caso específico de trabajo infantil. Al momento de recabar la jurisprudencia (mayo, 2005), en la Procuraduría de la Defensa al Trabajador del Ministerio de Trabajo y Previsión Social se informó de la existencia de cinco expedientes de demandas promovidos por esa Dirección ante los Juzgados de Trabajo y Previsión Social. Sin embargo, al estar en trámite no fue posible tener acceso a esa información.

En cuanto a las peores formas de trabajo infantil solo se presentan dos casos, ambos relacionados con explotación económica y mendicidad. Sin embargo, las estadísticas del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial del Organismo Judicial, indican que para el año 2004 se procesaron 121 casos por los delitos de corrupción de menores y trata de personas, tipos penales en los cuales se incluye explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. No fue posible tener acceso a estos casos.

6.1 Los instrumentos de derecho internacional en la jurisprudencia constitucional

La Corte de Constitucionalidad ha establecido jurisprudencia importante sobre la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y su jerarquía en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

“Tal Convención fue aprobada y ratificada por Guatemala, por lo que en materia de derechos del niño es ley de la República y debe ser aplicada”¹⁵¹.

A partir de su ratificación en 1990, ese alto Tribunal ha resuelto varios casos en los que ha aplicado los principios de la CDN. Aún más, mediante el recurso de amparo, la Corte de Constitucionalidad ha restituido el disfrute de los derechos de las personas menores de edad, contenidos en la CDN:

“El amparo es protector de los menores de edad cuando en actuaciones judiciales no conste que se haya considerado y aplicado el principio de supremacía de sus intereses, como lo ordena la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁵².

En síntesis, la Corte de Constitucionalidad ha “operativizado” la CDN aún varios años antes de promulgarse la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2003) que es la ley vigente inspirada en la CDN:

“La normativa de la Convención sopesa y da lineamientos para hallar una solución

151 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 1042-97 del 8 de septiembre de 1998. En este mismo sentido: Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de sentencia de amparo, Expediente 1100-2002, 13 de enero de 2003.

152 Corte de Constitucionalidad, Expediente N° 49-99, apelación de sentencia de amparo, 6 de abril de 1999.

equilibrada en casos como éste, para satisfacer especialmente el interés superior de los menores”¹⁵³.

La Corte de Constitucionalidad se ha referido a la primacía del enfoque de derechos humanos. Así, en una sentencia de ese Tribunal¹⁵⁴, que versa sobre la aplicación de los principios del debido proceso y de proporcionalidad de los procedimientos de disciplina escolar, la Corte hace un análisis sobre el derecho a la educación de las personas menores de edad y de la aplicación de una normativa especial, de superior jerarquía, cuando están en discusión los derechos fundamentales de las personas menores de edad.

“Al respecto, esta Corte estima que de manera inmediata debe invocarse la legislación especial que regula determinada materia, pero esto no excluye, sino estimula, que su orientación interpretativa se sustente en valores, principios y normas atinentes de superior jerarquía”¹⁵⁵.

Al citar esa “normativa especial de superior jerarquía”, la Corte se refiere a la Declaración sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Llama la atención que no haga referencia a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que ya había sido ratificada por Guatemala en el momento de esta sentencia¹⁵⁶. Además, es probable que haya un error material, por cuanto la Declaración sobre los Derechos del Niño es del 20 de noviembre de 1959. De todas maneras, el planteamiento que hace la Corte de Constitucionalidad, y que es de gran importancia para este trabajo, es que la normativa de derechos humanos, contenida en la Declaración mencionada y en la Constitución, priman sobre un enfoque privatista o civilista, como el que adoptó la institución educativa en este caso concreto de expulsión de un grupo de niños de su centro por una falta disciplinaria:

“De manera que, para decidir sobre un caso como el que estudia, son pertinentes los enunciados de la Constitución y también los de la declaración sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ambas de la Asamblea General de Naciones Unidas. En particular el señalamiento anterior se hace necesario dado cierto acento privatista o civilista que domina la exposición de la autoridad educativa privada que se impugna”¹⁵⁷.

Por otro lado, el interés superior, uno de los principios cimeros de la CDN, es recogido en varias sentencias de la Corte de Constitucionalidad, al igual que el derecho de NNA de expresar su opinión, lo cual se relaciona con el principio de autonomía progresiva contenido en la CDN.

La Corte ha interpretado que el interés superior es sinónimo de bienestar supremo de la persona menor de edad:

“Ya se ha expresado en fallos anteriores de esta Corte (...) que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, en la jurisdicción de menores resulta primordial atender el interés superior de la niñez, que supedita los derechos que puedan alegar instituciones o personas adultas al deber de procurar el mayor beneficio que para los menores pueda obtenerse”¹⁵⁸.

El interés superior no es un concepto estático, todo lo contrario, es dinámico y evoluciona conforme evolucionan las necesidades de la persona menor de edad, y prevalece sobre la seguridad jurídica:

“En ese sentido no puede respaldarse la existencia de una situación jurídica fija, señalada en un sentencia de divorcio, como no sea la que pone fin al vínculo matrimonial, desde luego que ello es lo que especialmente se persigue; empero, si como consecuencia decide también aspectos que afectan a menores, la situación de los últimos carece de aquella

153 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 866-98 de 11 de mayo de 1999.

154 Expediente 787-2000 de 29 de agosto de 2000, tomado de: Solórzano, Justo. Doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, fotocopias, s.f., pp. 146 y ss.

155 Ibidem.

156 Guatemala ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 6 de julio de 1990.

157 Corte de Constitucionalidad Expediente 787-2000 de 29 de agosto de 2000.

158 Corte de Constitucionalidad, Apelación de sentencia de amparo, Expediente 368-2000 de 16 de agosto de 2000.

*rigidez y, por el contrario, es su interés el objeto a apreciar posteriormente”*¹⁵⁹.

El interés superior, conjuntamente con los derechos de niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y participar en los asuntos que le afecten, adquieren carácter de principios procesales que sustentan una nueva visión del debido proceso:

*“Sin embargo, en la sentencia emitida por la autoridad reclamada, no aparece en los razonamientos que los elementos de opinión de los niños e interés y bienestar supremo hayan sido valorados y tomados en cuenta, como se ordena en la citada Convención. Antes bien, se aprecia que no fueron tomados en cuenta con la intensidad regulada. Esta situación vulnera el debido proceso y derechos del niño representados por la postulante, por lo que debe otorgarse el amparo promovido y habiendo resuelto en tal sentido el tribunal a quo, debe confirmarse la sentencia apelada”*¹⁶⁰.

*“Tales normas referidas (de la CDN), como se aprecia, otorgan a la declaración de voluntad del niño, de acuerdo a su edad y a su interés y bienestar supremos, un valor preponderante para decidir judicialmente asuntos que le afecten y le conciernen”*¹⁶¹.

Ante la Corte de Constitucionalidad también se han presentado organizaciones de la sociedad civil, solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto 4-2000 del Congreso de la República por el cual se suspendía la puesta en vigencia del Código de la Niñez y la Juventud (que había sido debidamente aprobado en 1996) de manera inde-

finida. Se alegaba que este Decreto contradecía el Art. 46 de la Constitución Política que se refiere a la preeminencia del derecho internacional frente al derecho interno, así como el deber estatal de proteger los derechos de niños, niñas y adolescente, contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte no entró a valorar los argumentos de fondo, pero sí consideró inconstitucional el Decreto en mención, al violentar el Art. 180 de la Constitución relativo al plazo necesario para que una ley empiece a regir, la cual no puede quedar suspendida en forma indefinida¹⁶².

En el año 2003 finalmente el Congreso emitió el Decreto N° 27-2003 de 4 de junio de 2003, la actual Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Esta aprobación fue producto de la presión de la sociedad civil organizada, con acciones como este recurso de inconstitucionalidad que desempolvó un proyecto de ley engavetado desde el año 1996.

6.2 Las peores formas de trabajo infantil

Únicamente se han podido encontrar dos casos que tienen correspondencia con las peores formas de trabajo infantil. Sin embargo, como ya se dijo, las estadísticas del Centro Nacional de Análisis y Documentación Judicial del Organismo Judicial, antes citadas, dan cuenta del procesamiento de varios casos relacionados con explotación sexual comercial. Asimismo, un estudio realizado en el 2003 hace un recuento sobre las dificultades para el procesamiento de estos delitos, debido a la insuficiencia de la legislación penal¹⁶³. La reforma al Código Penal introducida por el Decreto 14-2005, relacionada con la trata de personas, es un paso hacia el abordaje de esta problemática.

Los casos encontrados, y que se presentan a continuación, están relacionados con medidas de protección dictadas a favor de personas menores de edad que se dedican a la mendicidad y que son

159 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 743-99 de 28 de diciembre de 1999.

160 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 1042-97 del 8 de septiembre de 1998.

161 Ibidem. En este mismo sentido: Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de Sentencia de Amparo, Expediente 911-2003, 18 de diciembre de 2003; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación de sentencia de amparo, Expediente 1100-2002 de 13 de enero de 2003.

162 Corte de Constitucionalidad, Expediente 1351-2000 de 14 de febrero de 2002.

163 OIT-IPEC, Universidad de San Carlos. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Guatemala, San José, 2003.

explotadas económicamente por personas adultas, en situaciones análogas a la esclavitud.

En el primer caso (Expediente 1589-2003, Juzgado Primero de Instancia de Niñez y Adolescencia, 1 de septiembre de 2004) se solicitan medidas de protección a favor de un niño a quien su padre obligaba a pedir limosna y vender en la calle. Se consideran vulnerados los derechos a la integridad, seguridad, protección contra la explotación económica, estabilidad de la familia, todos ellos contemplados en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El segundo caso es un amparo contra la resolución que declara medidas de protección a favor de un niño, presentado por su madre, por cuanto se decidió retirarle la patria potestad, al tenerlo en situación de abandono. El amparo es declarado sin lugar, puesto que se comprobó que *“declarar la protección del menor era lo más aconsejable,*

*-especialmente porque, según se hizo constar, su hermano por instancias de la postulante está siendo orillado a la mendicidad”*¹⁶⁴.

Estos ejemplos de casos relacionados con las peores formas de trabajo infantil, conocidos por los tribunales de justicia, no son representativos de lo que sucede en la realidad. Según un estudio¹⁶⁵, la mayor parte de los delitos relacionados con las PFTI, particularmente con explotación sexual comercial no llegan a ser conocidos ni procesados por los tribunales, por las deficiencias de la legislación penal, la falta de una tipificación clara de los delitos relacionados con este tipo de explotación y las bajas penas que se contemplan actualmente¹⁶⁶. Además, las niñas, niños y adolescentes que son víctimas de este tipo de delitos y sus familiares, muy pocas veces interponen denuncias, prevalece el miedo a enfrentarse a un sistema jurídico-institucional que culpabiliza a las víctimas, las revictimiza y las somete a largos y complejos procesos.

164 Corte de Constitucionalidad, apelación de sentencia de amparo, Expediente 1487-2003 de 11 de noviembre de 2003.

165 Villareal, Ma. Eugenia. Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Guatemala, ECPAT, Casa Alianza, versión electrónica, s.f., pp.75 y ss.

166 Se encuentra en el Congreso un proyecto de ley de reforma del Código Penal que pretende introducir una tipificación más adecuada de los delitos de explotación sexual comercial, Dictamen favorable conjunto con modificaciones de la Iniciativa No 2630, la cual propone reformas al Código Penal, 8 de marzo de 2006. (<http://www.congreso.gob.gt/uploadimg/archivos/dictamenes/447.pdf>).

VII. NICARAGUA

7.1 Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico

El Art. 46 de la Constitución Política de 1987 se refiere a la plena vigencia de los principales instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales son enumerados expresamente:

“Artículo 46.- En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

Con las reformas a la Constitución de 1995, también se incorporó en su texto la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Artículo 71.- Es derecho de los nicaragüenses constituir una familia. Se garantiza el patrimonio familiar, que es inembargable y exento de toda carga pública. La ley regulará y protegerá estos derechos.

La niñez goza de protección especial y de todos los derechos de su condición requiere, por lo cual tiene plena vigencia la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Niña.

De la lectura de estos dos artículos de la Constitución “surge una duda interpretativa acerca de la jerarquía correspondiente a las normas de derechos humanos de origen internacional conte-

nidas en otros pactos o convenciones, que fueron o sean suscritos y ratificados por el estado nicaragüense con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución y que, en consecuencia no pudieron ser incluidos en la enumeración del Art. 46¹⁶⁷, ni en el Art. 71 tratándose de derechos de la niñez y adolescencia. Este es un tema pendiente que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua clarificar, sin embargo, no se ha encontrado jurisprudencia sobre el particular.

No obstante, pareciera ser que en Nicaragua los instrumentos de derecho internacional, debidamente ratificados adquieren jerarquía supralegal¹⁶⁸, con excepción de aquellos expresamente enumerados por la Constitución que, por tal razón, adquieren rango constitucional.

7.2 Trabajo infantil

7.2.1 Jurisprudencia judicial

En Nicaragua, el derecho laboral tiene como última instancia la Sala Laboral del Tribunal de Apelaciones de cada Circunscripción. Para la circunscripción de Managua se encontró únicamente un caso.

Se trata de la Sentencia N° 41/2003 del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, Sala Laboral, del 27 de marzo de 2003, en que dos trabajadores menores de edad despedidos, reclaman el pago de salarios no pagados, indemnización por años de servicio, vacaciones y décimo tercer mes por el período laborado.

167 Pásara, Luis. *Jueces y derechos humanos en Centroamérica*. <http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/edppas.htm>

168 Ibidem. También, véanse en la bibliografía los estudios sobre Nicaragua que han sido consultados, en ellos aunque no se hace referencia directa a la jerarquía de los instrumentos de derecho internacional, sí se abunda sobre los esfuerzos de la legislación nacional por adecuarse a los instrumentos internacionales ratificados por el país.

Ambos trabajaban como meseros en un restaurante. Uno de ellos empezó a trabajar a la edad de siete años hasta que cumplió los dieciocho, del otro trabajador no se menciona su edad, aunque también laboró siendo menor de edad y por un lapso de tres años. Laboraban en jornadas nocturnas. No estaban incluidos en las planillas de la empresa, por cuanto no se consideraban “empleados fijos”, sino temporales, aunque cumplían horarios. El pago que recibían era inferior al salario mínimo y en su liquidación final, al ser despedidos, no se tomó en cuenta lo que les correspondía por concepto de propinas.

En su sentencia, la Sala resuelve que debe pagarse un mes de salario por vacaciones, un mes de salario en concepto de décimo tercer mes, un mes de salario en concepto de vacaciones, así como cuatro meses de salario a un demandante y cinco meses al otro por concepto de años de servicio.

Llama poderosamente la atención que la Sala no hace mención alguna, ni se deduce de la lectura del expediente que lo hayan hecho los jueces que tuvieron conocimiento anterior del caso, a la edad de los trabajadores y al hecho de que, al menos uno de ellos, trabajara desde la edad de los siete años. Este hecho únicamente se menciona como de importancia para determinar la cantidad de años que laboró y no para la aplicación de la normativa que claramente establece que la edad mínima para trabajar son los 14 años (Art. 131 del Código de Trabajo y C138 ratificado en el año 1981). Tampoco se hace mención alguna a la jornada de trabajo y al hecho de que trabajaran en jornadas nocturnas, ni a las condiciones de trabajo. Obviamente, al no estar incluidos en las planillas de la empresa, tampoco estaban asegurados, lo cual no es mencionado por los juzgadores. La sentencia se centra en determinar si la propina debe o no tomarse en cuenta como parte del salario.

7.2.2 *Jurisprudencia administrativa*

La Dirección de Inspectoría del Trabajo Infantil, fue creada mediante el Decreto 71-98 que reglamenta la Ley de Organización y Competencia del Poder Ejecutivo, Ley 2-90. Es una dependencia de la Dirección General de Inspección del Ministerio de Trabajo, cuyo objetivo principal es vigilar el

cumplimiento de la legislación Laboral, previniendo el trabajo de niños y niñas, así como garantizar el cumplimiento de los derechos laborales del adolescente trabajador. Además, desarrolla funciones de educación y vigilancia del cumplimiento de las leyes laborales en las empresas públicas y privadas de todo el país, con el fin es establecer relaciones armónicas de trabajo entre el empleador y el empleado.

Según el Art. 135 del Código de Trabajo, recientemente reformado¹⁶⁹, las funciones de la Inspectoría en relación con el trabajo de las personas menores de edad son las siguientes:

- Conocer y sancionar las denuncias sobre la violación a la edad mínima de admisión al trabajo.
- Supervisar el trabajo de los y las adolescentes comprendidos entre las edades 14 a 16 años no cumplidos que celebren contratos de trabajo con el permiso de sus padres o representante legal.
- Aplicar las sanciones a las violaciones a los derechos laborales de los y las adolescentes que trabajan.

Pero, además, le corresponde a la Dirección de Inspectoría de Trabajo Infantil otorgar constancias solicitadas a adolescentes trabajadores entre los 14 y los 16 años.

La labor precautelar –vigilar el cumplimiento de la normativa vigente–, comprende básicamente la visita a los centros de trabajo de oficio y en forma periódica, de acuerdo con el Plan Anual de Inspecciones de las empresas por sector económico.

En el caso de las denuncias de violaciones a los derechos laborales, las Inspectorías Departamentales y sus delegaciones actúan de la siguiente forma¹⁷⁰:

169 Código de Trabajo, Ley N° 185 de 30 de octubre de 1996, reformado por Ley 474 de 15 de octubre de 2003.

170 Tomado de: Ministerio de Trabajo, Oficio al Procurador Especial de la Niñez y la Adolescencia, sin fecha.

- Se le da curso a la denuncia enviando a un inspector laboral a realizar la inspección y verificar in situ la denuncia.
- Tratándose de quejas presentadas por adolescentes trabajadores, estos pueden acompañar al inspector, siempre que estén al servicio de la empresa o sean representantes de los trabajadores.
- El inspector elabora un “Acta de informe de inspección” que indica las violaciones a la ley laboral.
- Se procede a una etapa de conciliación. Si no se logra llegar a un acuerdo, el inspector elabora un Acta dando un plazo prudencial para solucionar la infracción, de modo contrario se emite un “Auto resolutivo” en el que se aplica una multa, según la gravedad de la infracción
- Se concede al sancionado el recurso de apelación ante el Inspector General de Trabajo, dentro de las veinticuatro horas después de notificado.
- Si el sancionado al pago de la multa persistiere en desobedecer las resoluciones dictadas por el inspector, se pone la denuncia y se remite todo lo actuado ante el juez de trabajo competente.

Las denuncias que se resuelven no tienen ningún formato de resolución, son actas firmadas, al igual que las actas de inspección y los autos resolutivos, que no van numerados, ni generan un número de expediente. Las dos actas (providencias) que se encontraron en Managua¹⁷¹, son de apercibimiento al empleador, que utilizan un formato muy breve, después de la imposición de la respectiva multa al empleador infractor, se le advierte que de seguir persistiendo en desobediencia se procederá a denunciar y remitir todo lo actuado ante el Juez de Trabajo competente.

¹⁷¹ Dos resoluciones de la Inspectoría Departamental del Trabajo Infantil, Managua, ambas del 5 de diciembre del 2001, la primera de las 7:45 hrs. de la mañana y la segunda de las 8:30 hrs. de la mañana.

7.3 Las peores formas de trabajo infantil

7.3.1 Explotación sexual comercial

El Código Penal de Nicaragua data de 1974 (Decreto 297 de 1 de abril de 1974) y aunque su Código Procesal Penal es de 2001 (Ley N° 406 de 18 de diciembre de 2001), lo cierto es que se carece de los instrumentos jurídico-penales adecuados para enfrentar la explotación sexual comercial, lo cual se espera que sea subsanado mediante la aprobación de un proyecto de ley que está en conocimiento de la Asamblea Nacional¹⁷². “En Nicaragua no existe una ley sobre explotación sexual comercial, ni existe tipificación de los delitos que conforman la explotación sexual comercial en nuestro Código Penal, razón por la que se hace difícil el procesar a las personas que utilizan a niños, niñas y adolescentes víctimas de Explotación Sexual Comercial, para practicar conductas típicas dentro de estos delitos, la única conducta que tiene Nicaragua tipificada es la trata, que se encuentra en los Artos 203, y 552 del Código Penal pero en relación a la pena estos se contradicen y en el caso del 552 se habla de trata de blancas”¹⁷³. Ante esta falta de legislación, las conductas delictivas asociadas a explotación sexual comercial se procesan bajo los delitos de violación, corrupción de menores y abusos deshonestos.

A continuación se presenta, a modo de ejemplo, tres casos de explotación sexual comercial que han sido procesados por los tribunales de justicia nicaragüenses.

¹⁷² La Asamblea Nacional de Nicaragua está conociendo de un proyecto de ley de Código Penal que contiene un nuevo capítulo de delitos sexuales, entre los cuales se encuentran tipificaciones más adecuadas de los delitos de explotación sexual comercial: Proyecto de Código Penal de la República de Nicaragua, Comisión de Justicia, Asamblea Nacional (<http://www.asamblea.gob.ni/>); Guatemala: Dictamen favorable conjunto con modificaciones de la Iniciativa No 2630, la cual propone reformas al Código Penal, 8 de marzo de 2006

¹⁷³ Informe de la Consultora Janeth del Carmen Castillo Medal, Managua, Nicaragua, abril, 2005. Un análisis de la legislación penal nicaragüense se encuentra en: OIT-IPEC, MUPADE. *Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Nicaragua, San José, 2002, p. 35 y ss.

Violación, tentativa de violación y corrupción

El primer caso es conocido por Juzgado Primero de Distrito del Crimen, León, 28 de mayo del 2002. Las víctimas son cinco niños menores de 16 años, cuatro de ellos fueron víctimas de violación y uno de tentativa de violación. Además, el imputado ejecutó actividades sexuales remuneradas con ellos por diferentes períodos de tiempo, y les pagaba por tomarles fotografías pornográficas, *“aprovechándose de su ingenuidad y de su crítica situación económica de sus madres y el poco apoyo familiar que han observado durante su infancia”*¹⁷⁴.

Al imputado se le encontró más de cuatro mil archivos en la carpeta de su computadora, con fotografías pornográficas de personas menores de edad, tanto descargadas de Internet como escaneadas por él mismo. Las fotografías eran reveladas en un estudio fotográfico comercial, por lo cual algunos empleados de este estudio también fueron procesados.

No se sabe la pena impuesta al imputado, por cuanto la sentencia únicamente ordena la prisión del imputado por los delitos de violación, tentativa de violación, corrupción de menores y uso indebido de nombre en virtud de que utilizaba un nombre falso con el fin de facilitar la comisión de las actividades delictivas y eludir su obligación legal. Sin embargo algunas de sus actividades delictivas quedarán impunes, como es la producción, tenencia y, muy probablemente, distribución y transmisión de pornografía infantil, por no estar tipificadas en el Código Penal nicaragüense.

Abusos deshonestos en grado de tentativa

El segundo caso, Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Managua, Sala Penal Número dos, 12 de mayo de 2004 a las 10:05 de la mañana, Expediente N° 356-0504-03, se trata de la apelación de una sentencia de un Juzgado Penal, que condenó al imputado a la pena de dos años y seis meses de prisión por el delito de abusos deshonestos en grado de tentativa en perjuicio de una niña de 12 años. La discusión que se plantea ante el Tribunal

de Apelaciones es si es posible que exista el delito de abusos deshonestos en grado de tentativa.

El Tribunal estimó que una serie de expresiones verbales, con contenido sexual agresivo, que el imputado profería en especial a una niña de 12 años vendedora ambulante y la solicitud que formuló a su madre de llevársela para la concesión de favores sexuales, a cambio de dinero, no pueden considerarse “como principio de la acción ilícita”.

“Aquí lo que resulta evidente es la manifestación de la idea delictiva, pero en este momento, tales frases, por desagradables que sean al pudor y decoro aceptados en sociedad, y por mucho, que a través de ellas se pueda interpretar en el sujeto que las manifiesta algo impropio y ajeno al orden común convencional, lo que manifiestan no constituye en sí mismo con ese acto de habla una conducta punible, no se puede castigar al sujeto ni entenderse a partir de ellas el principio de ejecución del tipo penal atribuido”.

Es interesante observar en el razonamiento del tribunal la utilización de los conceptos “desagradables al pudor y decoro”, los cuales no interpretan la violencia a los derechos de la persona menor de edad víctima de los ofrecimientos y del acoso del imputado.

Por otro lado, sobre la oferta directa que le hiciera el acusado a la niña de 12 años, si estaba dispuesta a salir con él, el Tribunal consideró que:

“Pero estas pasadas o encuentros fortuitos, estas frases, como hemos dicho aun entendiéndose como actos preparatorios, aun poniendo un íntimo desagrado en nuestra conciencia, aun cuando puedan denotar algo anómalo en la persona que las dice, no pueden considerarse el principio directo de la ejecución del delito. Es pues necesario un acto inequívoco de agresión al derecho o interés tutelado por la ley, una acción vinculada directamente a la esfera del sujeto pasivo del atentado en su persona”.

¹⁷⁴ Sentencia de Juzgado Primero de Distrito del Crimen, León, 28 de mayo del 2002.

Finalmente, concluyó el Tribunal que las conductas del acusado son atípicas y, por lo tanto, no se puede considerar que se trate del delito de abusos deshonestos en grado de tentativa, como había sostenido el Juzgado.

Corrupción de menores

El tercer caso, Sala Penal del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Atlántico Sur, Bluefields, 26 de marzo de 2003, es una apelación presentada por el imputado a la sentencia condenatoria por el delito de corrupción de menores en perjuicio de tres adolescentes. La defensa solicita la excarcelación de su defendido en virtud de tratarse de una persona valetudinaria con problemas crónicos de salud.

Sin embargo, en juicio se demostró que el acusado inducía a las adolescentes a *“tomarse fotos desnudas, ... realizaba tocamientos, a cambio les daba dinero y les pedía atender a sus amigos de su misma nacionalidad”*. Además, en el examen médico realizado a las víctimas se comprobó *“... que el ilícito de corrupción que nos ocupa se debe considerar como masivo, aunque se debe aplicar la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el numeral 7) del arto. 29 Pn.; acerca de la conducta anterior constantemente buena del procesado”*.

La sentencia del Tribunal de Apelaciones anuló el beneficio de arresto domiciliario que el juzgado le había concedido al imputado en razón de la edad y de su estado de salud, considerando que *“los reos de estos delitos, aunque sean mayores de setenta años o valetudinarios, no podrán ser favorecidos con fianza ni arresto domiciliario; y en caso de enfermedad no curable en la cárcel, deberán ser hospitalizados con vigilancia policial; al respecto y atendiendo a las anteriores disposiciones legales esta Sala observa que en autos no consta que el reo esté sumamente grave y que al mismo se le ha tratado con todos los derechos ciudadanos y humanos que corresponde...”*. El Tribunal de Apelaciones le impuso la pena de diez años de prisión.

7.3.2 Algunos casos presentados ante la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH)

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, según su ley creadora es el órgano encargado de tutelar, promover y defender los Derechos Humanos. Esta institución tiene tres Procuradurías Especiales: la de Niñez y la Adolescencia, la de la Mujer, la de las Poblaciones Indígenas y Comunidades Étnicas.

La Procuraduría Especial de la Niñez y la Adolescencia es la encargada de tutelar, promover y defender los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes. La Procuraduría tiene dos direcciones sustantivas: Promoción y Defensa, correspondiéndole a la Dirección de Defensa la tramitación, investigación y resolución de las denuncia de violación a los derechos humanos.

Las denuncias recibidas son clasificadas en casos de competencia y de orientación. Son de competencia aquellos casos en que los denunciados son funcionarios del Estado, y son casos de orientación cuando los denunciados son particulares.

En el caso de las denuncias contra funcionarios del Estado, se han revisado doce casos que van del año 2000 al 2004, en los que se describen actuaciones irregulares por parte de funcionarios públicos (muchos de ellos judiciales) que redundan en la impunidad, denegación de justicia y atropello de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes y de la sociedad en general¹⁷⁵.

Todos estos casos se refieren a delitos de violación sexual contra niños, niñas y adolescentes. Es difícil determinar cuántos de ellos se relacionan con explotación sexual comercial, por los vacíos de la legislación penal –como ya se ha dicho–, sin embargo, generan una profunda preocupación por los problemas del sistema judicial que no logra responder a las situaciones de violación de derechos de niños, niñas y adolescentes.

175 Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Resolución 30-99 de las 11:10 hrs. del 27 de enero de 2000; Resolución 147-2001 de las 8:05 hrs. del 12 de julio de 2001; Resolución 404-2002 de las 8:30 hrs. del 4 de agosto de 2003; Resolución 404-2002 de las 8:30 hrs. del 4 de agosto de 2003; Resolución 342-2003 de las 9:45 hrs. del 20 de abril de 2004.

VIII. REPÚBLICA DOMINICANA, EL SALVADOR Y HONDURAS

Estos tres países tienen en común que es escásima la jurisprudencia encontrada. Esto se debe, como ha sido reiterado en varias partes de este estudio, tanto a la dificultad de localizar sentencias por la inexistencia de índices de jurisprudencia de consulta pública, como al hecho de que son realmente pocos los casos, relacionados con trabajo infantil y sus peores formas, que llegan a conocimiento de los tribunales de justicia de estos países.

8.1 República Dominicana

8.1.1 *Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico*

La Constitución Política de República Dominicana establece en su Art. 3 párrafo 2:

“La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado, y se pronuncia a favor de la solidaridad económica de los países de América y apoyará toda iniciativa que propenda a la defensa de sus productos básicos y materia prima”.

Este reconocimiento de las normas del Derecho Internacional no hace referencia a la jerarquía de las mismas; y no se ha encontrado jurisprudencia que clarifique el particular, no obstante la referencia a ellas por parte de algunas leyes, como el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, hace pensar que tienen rango suprallegal y, por lo tanto, la legislación debe adecuarse a sus disposiciones.

8.1.2 *Trabajo infantil*

A continuación, se presentan tres sentencias judiciales relacionadas con trabajo infantil. En lo que respecta a la jurisprudencia administrativa, según el Departamento de Inspección de la

Secretaría de Estado de Trabajo (SET), los casos de personas menores de edad trabajando de manera ilegal que se detectan en las visitas que realizan los inspectores, usualmente se resuelven por la vía de la conciliación, ya sea porque se procede al despido o a la indemnización. Sin embargo, estas conciliaciones no se llegan a documentar. Además, es difícil para un inspector saber cuando una empresa tiene personas menores de edad laborando, pues no aparecen en la nómina y si aparecen no son registrados como personas menores de edad¹⁷⁶.

8.1.2.1 *Jurisprudencia judicial*

Las tres sentencias relacionadas con el trabajo de las personas menores de edad, que se han podido localizar en los tribunales de justicia, guardan similitudes entre sí. En los tres casos, en que las personas adolescentes trabajadoras reclaman el pago de sus extremos laborales porque afirman haber sido despedidas injustificadamente, los empleadores niegan la existencia de la relación laboral. Los juzgadores resuelven que la carga de la prueba le corresponde a la parte demandante, es decir al adolescente trabajador, y al no haber esas pruebas, fallan en contra del trabajador, es decir, confirmando el dicho del empleador, en el sentido de que no existió, o no se probó, ninguna relación laboral y, por lo tanto, no procede ningún tipo de indemnización.

Así, la Tercera Sala del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional¹⁷⁷ rechaza la solicitud del demandante –adolescente trabajador– que alega haber tenido un contrato de trabajo con la demandada y haber sido despedido injustificadamente. La principal razón del juzgador, es que el adolescente no logró probar la relación laboral, la cual fue rechazada por la parte empleadora:

¹⁷⁶ Informe de la Consultora Marianela Carvajal Díaz, Santo Domingo, República Dominicana, abril, 2005.

¹⁷⁷ Tercera Sala del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, Sentencia N° 314-03 del 29 de agosto de 2003.

“CONSIDERANDO: Que el Principio Fundamental IV del Código de Trabajo establece que el Derecho Común es supletorio y que el artículo 1315 del Código Civil traza la regla aplicable en todos los procesos de que: “El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación.”

CONSIDERANDO: Que el demandante no probó haberle prestado un servicio personal a la demandada o que haya existido un contrato de trabajo entre las partes en litis, hecho que es necesario determinar ya que los fines y propósitos de la demanda de que se trata es el de reclamar el pago de compensaciones y derechos que son resultantes de su ejecución. CONSIDERANDO: Que por tales razones este Tribunal rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta por improcedente, mal fundamentada y carente de base legal y especialmente por falta de pruebas”.

En otro caso¹⁷⁸ que es un recurso de apelación interpuesta por un adolescente -representado por su madre- contra la sentencia del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional que rechazaba la demanda contra la parte empleadora por pago de prestaciones e indemnizaciones laborales y otros derechos, en razón de haber sido despedido injustificadamente luego de laborar como ayudante de carpintería por tres años. La parte demandada argumentó que no existía ninguna relación laboral con el adolescente, al cual acusa de robo. Los juzgadores rechazan la apelación, por cuanto *“el reclamante no probó por ninguno de los medios puestos a su alcance, haber prestado servicios personales a favor de (...) procede a rechazar los términos de la instancia de demanda y del presente recurso de apelación”.*

Y, finalmente, en el caso más reciente¹⁷⁹, se conoce la demanda laboral interpuesta por un adolescente de 16 años, por el pago de prestaciones laborales y daños y perjuicios en contra de una empresa. La parte demandante no se presenta a la

audiencia de conciliación. La empresa demandada niega la existencia de la relación laboral.

En su sentencia, el juez cita el Principio XI del Código de Trabajo: *“Los menores no pueden ser empleados en servicios que no sean apropiados a su edad, estado o condición o que les impida recibir la instrucción escolar obligatoria’, protección ampliada y regulada por los Convenios 5, 7, 10, 138, 182, entre otros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)...”*, con lo cual constituye la primera sentencia que menciona los Convenios 138 y 182 de la OIT. Sin embargo, al igual que los dos casos anteriores, el juez considera que *“...corresponde a todo aquel que alega un hecho en justicia probarlo, en consecuencia, recae el fardo de la prueba en el presente proceso, sobre el demandante, quien debe demostrar los hechos en que fundamenta su demanda”*. Al no haber demostración de los hechos alegados por el trabajador adolescente, se rechaza la demanda.

En estos tres casos, los jueces utilizan criterios propios del proceso civil en el sentido de que la carga de la prueba pesa sobre quien reclama. Si bien éste es un principio procesal básico, lo es para procesos de tipo civiles, no así para procesos laborales y menos aún cuando están de por medio derechos de personas menores de edad. En virtud del principio protector *“in dubio pro operario”* del derecho laboral, consagrado en el Principio VIII del Código de Trabajo dominicano¹⁸⁰, que también se refiere a la aplicación de la norma más favorable, el principio civilista de carga de la prueba debería invertirse. Más aún, si se trata de personas menores de edad, para las cuales, el principio de interés superior del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes es el aplicable:

“PRINCIPIO V. INTERES SUPERIOR DE NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE: El principio del interés superior del niño, niña o adolescente, debe tomarse en cuenta siempre en

178 Sentencia N° 287/2004, Expediente N° 0789/2004. Corte de Trabajo del Distrito Nacional, Primera Sala.

179 Sala Sexta del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, Sentencia N° 152/2005 de 14 de abril de 2005.

180 **“Principio VIII.** En caso de concurrencia de varias normas legales o convencionales, prevalecerá la más favorable al trabajador. Si hay duda en la interpretación o alcance de la ley se decidirá en el sentido más favorable al trabajador” (Código de Trabajo de República Dominicana, Ley 16-92 del 29 de mayo de 1992).

la interpretación y aplicación de este código y es de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que les sean concernientes. Busca contribuir con su desarrollo integral y asegurar el disfrute pleno y efectivo de sus derechos fundamentales.

Para determinar el interés superior del niño, niña y adolescente, en una situación concreta, se debe apreciar:

- a. La opinión del niño, niña y adolescente.
- b. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías del niño, niña y adolescente y las exigencias del bien común.
- c. La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.
- d. La indivisibilidad de los derechos humanos y por tanto, la necesidad de que exista equilibrio entre los distintos grupos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y los principios en los que están basados, de acuerdo a lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.
- e. La necesidad de priorizar los derechos del niño, niña y adolescente frente a los derechos de las personas adultas.

8.1.3 Peores formas de trabajo infantil

8.1.3.1 Trata de personas

En el año 2003 se aprobó la Ley 137-03 sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, sobre la cual se ha generado alguna jurisprudencia.

En particular interesa una sentencia del 2005¹⁸¹, en la cual la juzgadora interpreta los alcances del artículo 3 de esa ley que tipifica el delito de trata de personas: “Se considera pasible del delito de trata de personas el que mediante la captación, el transporte, el traslado, la acogida o receptación de personas, niños, adolescentes, mujeres, recurriendo a la amenaza, fuerza, coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder, situaciones de

vulnerabilidad, concesión o receptación de pagos o beneficios, para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, para que ejerza la mendicidad, cualquier clase de explotación sexual, pornografía, trabajo o servicio forzado, servidumbre por deudas, matrimonio servil, adopción irregular, esclavitud o sus prácticas análogas, la servidumbre o la extracción de órganos, aún con el consentimiento de la persona víctima, y será condenado a las penas de 15 a 20 años de reclusión y multa de 175 salarios mínimos”.

Un aspecto que no se deduce claramente de la lectura del artículo transcrito es si, tratándose de personas menores de edad, se requiere el uso de los medios coercitivos (amenaza, fuerza, coacción, etc.) y los fines de explotación para que se configure el delito de trata de personas, pues la norma primero se refiere a los medios coercitivos, pero luego señala “aún con el consentimiento de la persona víctima”. La Ley 137-03 se basa en el *Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños* que complementa la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, que es muy claro en su definición de trata de personas en establecer que tratándose de personas menores de 18 años el delito de trata se configura con las acciones típicas y los fines de explotación, independientemente de los medios utilizados.

Sin embargo, en la sentencia en comentario se consideró que “...para el caso que nos ocupa no aplican las disposiciones establecidas en la Ley 137 sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, ya que (...) en la especie no se demostró que la entrada de las menores a laborar a (...) fuera mediante el uso de esos medios (los medios coercitivos enumerados por el artículo 3), ni que se le pagó a las personas que tienen autoridad sobre las mismas para obtener el consentimiento de que estas laboraran ahí”. Con esta interpretación pareciera, entonces, que el delito de trata de personas menores de edad conlleva las acciones típicas enumeradas por el artículo 3 de la Ley 137-03, la utilización de medios coercitivos y los fines de explotación.

181 Cuarta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago, Sentencia No 127 del 17 de mayo del 2005.

8.2 El Salvador

8.2.1 *Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico*

La Constitución Política salvadoreña reconoce los instrumentos de derecho internacional de la siguiente manera:

Art. 144.- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Además, el Art. 145 prohíbe la ratificación de tratados cuyo contenido sea contrario a la Constitución, a menos que se formulen las reservas correspondientes, cuyo efecto será el de no reconocerse efecto legal a esas reservas. Finalmente, el Art. 149 establece que la facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos constitucionales, se ejercerá por los tribunales dentro de la potestad de administrar justicia.

Según estas normas constitucionales los instrumentos de derecho internacional tienen rango inferior a la Constitución Política y superior a las leyes¹⁸².

8.2.2 *Trabajo infantil*

De acuerdo con una entrevista realizada a funcionarios judiciales¹⁸³, no se han recibido demandas sobre personas menores de edad que estén trabajando en contravención de los Convenios o del Código de Trabajo.

¹⁸² En este sentido: OIT-IPEC. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Una evaluación rápida. El Salvador, San José, 2002, p. 30.

¹⁸³ Entrevista realizada a Dra. Irma Arelys Zelaya Gómez, Jueza del Tribunal Cuarto de lo Laboral, San Salvador, El Salvador, abril 2005.

En la Inspección de Trabajo, los funcionarios entrevistados¹⁸⁴, manifestaron que efectuaban inspecciones programadas, con el fin de detectar si los centros de trabajo son generadores de trabajo infantil en los que se ponga en peligro la vida de los niños y su salud. Además, señalaron que generalmente recibían avisos y no denuncias formales, de personas menores de edad que se encontraban trabajando en labores que los ponían en riesgo, sin embargo al llegar a realizar la inspección no lograban verificarlo. El número de avisos generalmente se incrementa en el período de la zafra, específicamente en el mes de diciembre, pero solamente han logrado detectar un caso¹⁸⁵.

8.2.3 *Las peores formas de trabajo infantil*

8.2.3.1 **Explotación de la mendicidad**

El delito de explotación de la mendicidad está tipificado en el Art. 205 del Código Penal salvadoreño¹⁸⁶ y tiene una sanción de quince a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública, la forma agravada se configura “si se traficare con menores de 18 años, se empleare violencia o se les suministre sustancias perjudiciales para la salud”, ante lo cual la pena es de uno a tres años de prisión.

¹⁸⁴ Se entrevistó al Licenciado Nelson González, Director General de Inspección de Trabajo, quién remitió con el Jefe del Departamento de Inspección Agropecuaria, Licenciado Boris González. Informe de la Consultora Karla Patricia Serrano, San Salvador, El Salvador, abril 2005.

¹⁸⁵ Ibidem. No se tuvo acceso a los expedientes debido a que los funcionarios encargados manifestaron que el Código de Trabajo lo prohibía, tampoco pudieron dar un dato exacto de cuantos avisos tenían registrados, así como tampoco cuantos casos habían comprobado de personas menores de edad que se encontraban laborando en contravención por lo dispuesto en las leyes.

¹⁸⁶ “Art. 205.- El que utilizare o prestare a un menor de dieciocho años de edad para la práctica de la mendicidad, será sancionado con quince a treinta jornadas semanales de trabajo de utilidad pública. Si para este mismo fin se traficare con menores de dieciocho años, se empleare con ellos violencia o se les suministrare sustancias perjudiciales para la salud, la sanción será de uno a tres años de prisión”.

En un caso¹⁸⁷ en que se condenó a los imputados, padrastro y madre de dos niñas por el delito de explotación de la mendicidad en concurso con el de violación agravada cometida por el primero ante la actitud negligente de la segunda, en contra de las niñas, la sanción impuesta por el delito de explotación de la mendicidad fue de quince jornadas semanales. A pesar de que el imputado obligaba a las víctimas a la mendicidad a fuerza de agresiones físicas, con lo cual su conducta encuadraba en la forma agravada del delito, el Tribunal no impuso la pena correspondiente en virtud del principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, por cuanto la Fiscalía no la había solicitado.

8.2.4 Explotación sexual comercial

En el año 2003, los medios de comunicación dieron a conocer el hallazgo de videos y material pornográfico incautados por la Policía Nacional Civil en un registro realizado en la casa de habitación de un conocido abogado, a partir de los cuales se le incriminó en diversos delitos relacionados con abuso sexual contra niñas y adolescentes¹⁸⁸.

El 28 de mayo de ese año la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) recibió manifestaciones de preocupación de una ONG, en el sentido de que el hecho quedara en la impunidad debido a las vinculaciones sociales y políticas de la persona implicada.

El material incautado por la policía fue expuesto a los medios de comunicación por parte de los funcionarios policiales, sin proteger la identidad de las niñas y adolescentes explotadas, éstos difundieron ampliamente las imágenes, explotando el amarillismo y la morbosidad. Como consecuencia, dos centros educativos intentaron expulsar a sus alumnas, que habían sido reconocidas como las víctimas que aparecían en el material difundido.

La Procuradora de Derechos Humanos se manifestó en contra de la manera cómo la policía manejó esta situación, puesto que se vulneraron los

derechos de las víctimas. En su pronunciamiento manifestó:

- “c) *Insto a la PNC, a la FGR y a los tribunales a que profundicen en la investigación y el procesamiento de las personas y redes que estén cometiendo delitos relacionados con el abuso sexual, la explotación sexual comercial y el tráfico ilegal de niños, niñas y jóvenes, al punto que se aplique la justicia a cualquier persona que resulte involucrada. Coordinando acciones y no con mutuas recriminaciones, es que comenzaremos a ver frutos en el combate de este tipo de delitos.*
- d) *Exijo que se respete la identidad de las víctimas, quienes al ser expuestas innecesariamente en los medios informativos resultan ser objeto de estigmatización en sus comunidades, llegando en ciertos casos a inhibirlas de la denuncia, por el temor a seguir enfrentando la exposición pública. La Policía Nacional Civil, la Fiscalía General de la República y los tribunales concernidos deben tomar las medidas para que a víctimas y testigos les sean protegidas su intimidad personal y su imagen”¹⁸⁹.*

8.3 Honduras

8.3.1 Los instrumentos de derecho internacional en el ordenamiento jurídico

La Constitución hondureña se refiere a los instrumentos de derecho internacional y su jerarquía “de un modo bastante completo”¹⁹⁰. El Art. 15 establece como principio general:

“Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respecto de la autodeterminación de los pueblos, a la no

187 Tribunal Primero de Sentencia, 8 hrs. del 16 de mayo de 2001.

188 PDDH. Informe especial sobre los derechos de la niñez de El Salvador, San Salvador, 2004.

189 Alamanni de Carrillo, Beatriz. Pronunciamiento de la Señora Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos en relación al Abuso Sexual cometido contra Niños, Niñas y Adolescentes, San Salvador, 3 de junio de 2003.

190 Pásara, Luis. Jueces y Derechos Humanos en Centroamérica. <http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/edppas.htm>

intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales.

Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional”.

Posteriormente, el Art. 16 estipula que todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo y que los tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno. Según el Art. siguiente, si un tratado internacional afectare una disposición constitucional debe ser aprobado con el mismo procedimiento que rige la reforma a la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo.

Finalmente, el Art. 18 claramente señala que “en caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley prevalecerá el primero”.

De acuerdo con estas disposiciones el rango de los instrumentos de derecho internacional es superior a las leyes pero inferior a la Constitución.

Además, “la sola ratificación de una convención faculta su aplicación directa en los juicios, denuncias, querellas y demás actividades interpuestas ante la jurisdicción nacional, salvo que se declaren reservas al respecto. De esa forma, los vacíos y lagunas existentes en el marco legal vigente en el país pueden superarse con el uso del marco internacional ratificado, mediante la aplicación de los mismos instrumentos, o a través de leyes que en ellos se fundamenten”¹⁹¹.

8.3.2 Trabajo infantil

Únicamente se pudieron localizar dos sentencias judiciales relacionadas con trabajo infantil.

No se tuvo acceso a la jurisprudencia administrativa que pueda haber emanado de la Secretaría de Estado en los Despachos de Trabajo y Seguridad Social (STSS). En la STSS está la Dirección

General de Previsión Social, donde funciona el Programa de Erradicación Gradual y Progresiva del Trabajo Infantil, que es la competente para extender autorizaciones para trabajar a niños y niñas mayores de 14 años, a la luz del Código de la Niñez y la Adolescencia y del Reglamento sobre Trabajo Infantil (Arts. 14 al 19)¹⁹². Además, está la Inspectoría General del Trabajo, que cuenta con la figura del “Inspector de Trabajo Infantil”, encargada de controlar la aplicación de las leyes laborales, incluidos los convenios ratificados por Honduras, vigilando los centros de trabajo, investigando situaciones sometidas a su conocimiento ya sea mediante denuncia o de oficio, entre otras funciones¹⁹³. Recientemente, se ha elaborado el “Manual de Inspección para la incorporación plena de la Inspección de Trabajo Infantil dentro de la función propia de la Inspección General del Trabajo de la STSS”¹⁹⁴, que realiza una serie de sugerencias para mejorar el procedimiento inspectivo.

8.3.2.1 Jurisprudencia judicial

El primer caso¹⁹⁵, se trata de una trabajadora menor de edad que demanda el pago de sus prestaciones laborales, ante el rompimiento del contrato de trabajo. El empleador, en su respuesta, se allana a la demanda, “con el fin de evitar más dilaciones y hacerle efectivo su pago a la obrera despedida”. La jueza declara con lugar la demanda y allí termina el caso. No se hace mención alguna a las condiciones de trabajo de la trabajadora, ni a ninguna disposición del CNA referente al régimen especial aplicable a las personas menores de edad que trabajan.

En el segundo caso¹⁹⁶, se conoce la situación de una persona menor de edad (no se menciona la edad) que ha trabajado en una empresa como ayudante de máquina, y al ser despedido injustifi-

191 OIT-IPEC, CEM-H. Explotación Sexual Comercial de niños, niñas y adolescentes. Honduras, San José, 2002, p. 37.

192 Reglamento sobre trabajo infantil en Honduras, Acuerdo Ejecutivo No STSS-211-01 de 10 de octubre de 2001.

193 Reglamento sobre Trabajo Infantil. Además, véase: OIT-IPEC. Estudio de la legislación sobre trabajo infantil doméstico en Honduras, San José, 2004.

194 OIT-IPEC, STSS. Manual de Inspección para la incorporación plena de la Inspección de Trabajo Infantil dentro de la función propia de la Inspección General del Trabajo de la STSS, Tegucigalpa, 2005, borrador.

195 Juzgado Segundo de Letras de Tegucigalpa, 13 de marzo de 2003.

196 Juzgado Segundo de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, 18 de septiembre de 2003.

cadamente y en forma verbal, demanda el pago de sus derechos adquiridos.

El empleador es declarado en contumacia ya que no contesta la demanda, y *“el Derecho Procesal Laboral impone la obligación de contestar la demanda y al no comparecer a la audiencia Primera de Trámite, renunció a hacer uso de los derechos que la Ley le otorga”*. Sin embargo, en el expediente administrativo, que se llevó ante la Inspectoría de Trabajo, el empleador negó haber despedido al empleado y *“que el menor no tiene permiso o autorización para trabajar y que el Contrato de Aprendizaje no está supervisado por el INFOP”*. Estos aspectos no son retomados en la sentencia, puesto que el empleador no contestó la demanda, ni presentó prueba alguna.

La jueza, en sus considerandos, expresa que al trabajador *“le asiste el derecho a que le haga efectivo el pago de sus derechos adquiridos”* y que estos derechos *“se encuentran incorporados definitivamente al patrimonio del trabajador”*. Los derechos adquiridos no son tema de prueba, afirma la jueza, *“y se otorgan a los trabajadores sea cual fuere la causa de la terminación contractual”*, entre estos están: el décimo tercer mes en concepto de aguinaldo y las vacaciones proporcionales. Afirma que *“le corresponde al patrono la obligación legal de demostrar el pago de los derechos que por concepto de vacaciones y aguinaldo proporcional y reajuste del cuarto mes y del salario mínimo y no al trabajador que no se las pagaron”*.

Además, establece que ha quedado acreditada la relación laboral que existió entre las partes *“en aplicación de la presunción que establece el artículo 30 del Código de Trabajo¹⁹⁷ en que a falta de existencia del Contrato de Trabajo será imputable al patrono y si éste no lo celebra se tendrán como ciertas las afirmaciones del trabajador”*.

197 “Artículo 30.-La inexistencia del contrato escrito exigido por este Código es imputable al patrono. El patrono que no celebre por escrito los contratos de trabajo, u omite algunos de sus requisitos, hará presumir, en caso de controversia, que son ciertas las estipulaciones de trabajo alegadas por el trabajador, sin perjuicio de prueba en contrario” Código de Trabajo de Honduras, Decreto No. 189 del 15 de julio de 1959.

Esta es una sentencia que ejemplifica la aplicación de algunos principios del Derecho Procesal Laboral: la carga de la prueba la tiene el empleador y, por lo tanto, se tienen por ciertas las demandas del trabajador, mientras el patrono no demuestre lo contrario; además, el juez laboral no está sujeto *“a la tarifa legal de la prueba”* y que forma su convencimiento libremente, conforme a la sana crítica y expresando los principios de equidad. Estos fundamentos rebasan la visión civilista que impera en otros países y se torna, más social, más acorde con los principios del derecho laboral.

Sin embargo, no se hace referencia al Código de la Niñez y la Adolescencia, ni a la edad del trabajador –para saber si está en edad de trabajar-, ni a su jornada, ni al tipo de trabajo y condiciones del mismo. Tampoco se hace referencia al Reglamento sobre Trabajo Infantil, que es más específico en cuanto a las jornadas laborales, autorizaciones para trabajar y las condiciones de trabajo.

8.3.4 Las peores formas de trabajo infantil

Aunque para el presente estudio no se tuvo acceso a ninguno de los casos que se han conocido en los tribunales de justicia y que se relacionen con las PFTI, es importante citar, a modo de ejemplo, un caso que fue ampliamente publicitado tanto a nivel nacional como internacional.

Se trata del caso –estudiado por Casa Alianza¹⁹⁸– de un norteamericano explotador sexual, que fue detenido en la ciudad de La Ceiba en 1996 tras varios años de explotar sexualmente a niños en México, República Dominicana, Brasil, Puerto Rico, Costa Rica y Honduras. El explotador sabía sobre las deficiencias de las legislaciones nacionales y se atenía a éstas para llevar a cabo sus actividades delictivas. En un diario personal que se le

198 Bahr, Sergio Fernando. Investigación Regional sobre Tráfico, Prostitución, Pornografía Infantil y Turismo Sexual Infantil en México y Centroamérica. Honduras, ECPAT, Casa Alianza, versión electrónica, s.f., www.casa-alianza.org/es/index.php/site/content/download/329/1245/file/ESCHonduras.pdf.

decomisó relata la facilidad con la cual ingresaba a hoteles y otros sitios públicos en compañía de sus víctimas, las cuales eran, en su mayoría, niños de la calle que vivían en pobreza extrema. El explotador les remuneraba, en efectivo o en especie, por los favores sexuales que recibía, pero también los violaba y los abusaba sexualmente.

Según el estudio citado, a pesar de la evidencia en contra de este explotador (su propio diario, declaraciones de testigos de los niños abusados) y de que fue encontrado culpable del delito de violación y condenado a 10 años de prisión, que luego se redujo a seis años tras interponer una apelación, se le otorgó la libertad condicional con solo 3 años y medio de haber cumplido la sentencia impuesta. “Las bases de la liberación partían de su declaración de inocencia en el cargo violación de niños de la calle. La Corte de Apelaciones de la ciudad de La Ceiba consideró un criterio restringido de lo que es violación. Los jueces anularon los cargos debido a que Rounds, ‘no había penetrado por vía anal a los niños’”¹⁹⁹, argumentaron –además- que no se

probó el uso de la fuerza que es propio del delito de violación, según la legislación penal vigente en la época. Al quedar en libertad condicional y obligado únicamente a firmar cada cierto tiempo, el explotador huyó del país y regresó a Estados Unidos donde está registrado como maestro de educación especial en Filadelfia. A pesar de las gestiones y de las campañas públicas que se han realizado, no ha sido posible que en Estados Unidos sea juzgado por los delitos cometidos o deportado a Honduras.

Es un caso que ejemplifica no solo la debilidad de la legislación, sino los prejuicios de los jueces que, desde una visión restringida de la legislación penal, contribuyeron a que un explotador sexual quedara impune. Actualmente, esa debilidad ha sido en parte subsanada con la reciente reforma del Código Penal (Decreto N° 234-2005 del 30 de agosto de 2005), específicamente de su capítulo sobre delitos sexuales, que introduce una tipificación más adecuada en relación con la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes.

A MODO DE CONCLUSIONES

1. Los esfuerzos de la década pasada y principios de ésta han estado encaminados hacia la ratificación de los instrumentos de derecho internacional relativos al trabajo infantil y sus peores formas; el reto siguiente ha consistido en la armonización de las legislaciones nacionales con los instrumentos ratificados, lo cual en cierta medida ya se ha logrado, aunque aún hay vacíos importantes, particularmente en lo que respecta a las peores formas de trabajo infantil.
2. El reto actual es la aplicación. Cuando los operadores jurídicos –jueces y funcionarios administrativos- aplican la ley, realizan una labor de interpretación, en la cual su formación, su ideología y el medio cultural en el que se desenvuelven tienen una influencia importante. El estudio de la jurisprudencia permite conocer cómo se está aplicando la legislación.
3. Los informes de los órganos de control de la OIT, en particular de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), constituyen una orientación a los gobiernos sobre la aplicación de los Convenios y Recomendaciones. Para el caso de los países de la subregión, la CEACR ha insistido, en cuanto al C. 138, en expresar su preocupación por el importante número de niños y niñas que están debajo de la edad mínima y que trabajan. Para algunos países en particular (como Costa Rica, Honduras y Nicaragua), la Comisión ha recomendado reformas específicas a los Códigos de Trabajo.
4. En cuanto a la aplicación del C. 182 la CEACR ha hecho énfasis sobre la necesidad de crear mecanismos jurídicos para combatir las peores formas de trabajo infantil. Los países de la subregión han logrado avances significativos en cuanto a las reformas de sus legislaciones penales para combatir la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, aún queda mucho trabajo que hacer para combatir las otras formas de explotación.
5. La aplicación de los convenios y sus recomendaciones es un proceso complejo que supone transformaciones que van más allá de lo jurídico. Los comentarios de la CEACR pueden ser guías orientadoras para encausar esas transformaciones.
6. Es muy poca la jurisprudencia existente en la subregión en materia de trabajo infantil y sus peores formas, y menos aún la que se ha encontrado, lo cual está relacionado con la inexistencia de índices de jurisprudencia por materia que sean accesibles a la consulta pública. Las excepciones las constituyen Costa Rica y Panamá, países en los que se encontró un mayor número de resoluciones.
7. Pero, además, constatar que hay poca jurisprudencia es un primer hallazgo que revela la poca aplicación de la legislación, lo cual va de la mano con el desconocimiento de la misma, tanto por parte de la persona menor de edad como de los mismos operadores jurídicos (jueces y funcionarios administrativos) y de la población en general. También revela que aún persiste una cultura que no se ha transformado, que se continúa visualizando a las personas menores de edad como objetos de protección y no como sujetos de derechos, y que se tolera la inobservancia de la legislación.
8. Del análisis general de la poca jurisprudencia encontrada, es aventurado hablar de conclusiones en el sentido estricto de la palabra, pues hay una gran desproporción en la información encontrada, lo cual se refleja en el hecho de que se encontraron más de 30 resoluciones de Costa Rica, mientras que para otros países apenas se encontraron unas cuantas, estando en el extremo contrario El Salvador donde solo se encontró una sentencia. Sin embargo, es posible citar las siguientes tendencias a modo de reflexiones:

- a. Las Constituciones Políticas de todos los países de la subregión incorporan los instrumentos de derecho internacional a sus ordenamientos jurídicos. Para la mayoría de los países, estos instrumentos adquieren jerarquía supralegal, con excepción de Costa Rica y de Panamá. En el primer país, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos priman sobre la Constitución cuando amplían esos derechos. Por el contrario, en el caso de Panamá, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en varios fallos que dichos instrumentos adquieren jerarquía de ley, a menos de que el Pleno de manera expresa lo incorpore al bloque de constitucionalidad.
 - b. La jurisprudencia constitucional de Costa Rica, Panamá y Guatemala, se ha pronunciado acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño y ha realizado interesantes análisis sobre cómo se operativiza dicha Convención a nivel de principios que nutren a los ordenamientos jurídicos nacionales y los impregnan de la visión de derechos humanos de las personas menores de edad.
 - c. La riqueza conceptual emanada de los instrumentos de derecho internacional –y del análisis realizado por la jurisprudencia constitucional de los países antes mencionados– aún no se ha traducido en la “relectura” de todo el ordenamiento jurídico, pues se cree que “es materia” de los jueces de niñez y adolescencia y/o de familia, sin embargo, quienes son competentes para conocer sobre asuntos relacionados con trabajo infantil y sus peores formas son los jueces laborales y penales, en sede judicial, y funcionarios de trabajo (ministerios de trabajo y afines) y de la policía, en sede administrativa. Aunque con algunas excepciones notables, la mayoría de las sentencias analizadas aún aplican el enfoque de la doctrina de la situación irregular de las personas menores de edad.
 - d. Un detalle común de la mayoría de las resoluciones analizadas en materia de trabajo infantil, es que se ignora que una de las partes es una persona menor de edad y no se aplica la legislación especial existente (ya sea en los Códigos de Trabajo o en las leyes de niñez y adolescencia). En los casos en que ésta sí se ha aplicado, es notable que persiste la idea de que el trabajo de las personas menores de edad es de menor valor que el trabajo adulto, lo cual es una creencia propia de la doctrina de la situación irregular.
 - e. No se ha encontrado un ejemplo en el que se apliquen las sanciones establecidas por la legislación laboral al empleador que emplee personas menores de 14 años (o de 15 años para el caso de Costa Rica) o que lo haga sin tomar en cuenta el régimen de protección al trabajo adolescente.
 - f. En sede administrativa, de la poca jurisprudencia encontrada, se deduce que la mayoría de los casos se resuelven por medio de la conciliación o el desistimiento de la acción. En los casos en que se llegue a un arreglo entre el empleador y la persona trabajadora menor de edad, es evidente que la persona menor de edad está en situación de doble desventaja: como trabajadora y como menor de edad.
 - g. En cuanto a las peores formas de trabajo infantil, y específicamente de explotación sexual comercial, la mayoría de los países han realizado reformas recientes a su legislación penal, de lo cual aún no hay jurisprudencia, con la excepción de Costa Rica cuya reforma data de 1999.
9. Finalmente, hay que reiterar la importancia de promover la aplicación de los instrumentos de derecho internacional y de la legislación interna que se ha promulgado recientemente en cuanto a trabajo infantil y sus peores formas. Esto pasa por la sensibilización y capacitación de los operadores jurídicos, por una mayor divulgación de la legislación, por buscar asistencia técnica de instancias como la CEACR que pueda asesorar a los distintos países en problemas relacionados con la aplicación de los convenios y recomendaciones. Todo lo anterior sin descuidar las tareas pendientes en materia de armonización de la legislación, particularmente en lo que respecta a las peores formas de trabajo infantil.

FUENTES UTILIZADAS

Alamanni de Carrillo, Beatriz. Pronunciamiento de la Señora Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos en relación al Abuso Sexual cometido contra Niños, Niñas y Adolescentes, San Salvador, 3 de junio de 2003.

Bahr, Sergio Fernando. Investigación Regional sobre Tráfico, Prostitución, Pornografía Infantil y Turismo Sexual Infantil en México y Centroamérica. Honduras, ECPAT, Casa Alianza, versión electrónica, s.f., www.casa-alianza.org/es/index.php/site/content/download/329/1245/file/ESCHonduras.pdf.

Cabanella de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Decimocuarta edición, Buenos Aires, 2000.

Carvajal Díaz, Marianela. Informe, consultoría de recopilación de jurisprudencia, Santo Domingo, República Dominicana, abril 2005.

Castillo Medal, Janeth del Carmen. Informe, consultoría de recopilación de jurisprudencia, Managua, Nicaragua, abril 2005.

Cillero Bruñol, Miguel. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios, versión electrónica.

Collado Merilane, Contrato de trabajo de los menores de edad: Prohibición vs. Regulación, Tesis, República Dominicana, s.f.

Godínez, Alexander. El Trabajo y la Educación: dos Derechos de los Adolescentes, IPEC-OIT, San José, 2004, sin publicar.

Issa El Khoury, Henry y Monge Naranjo, Ivannia. Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad, Comentada. Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU), Colección Legislación N° 5, San José, 2000.

Izaguirre, Kenia Lizzeth. Informe de consultoría de recopilación de jurisprudencia, Tegucigalpa, Honduras, 12 de mayo de 2005.

Javier Sagastume, María Carmelina. Informe, consultoría recopilación de jurisprudencia, Guatemala, 31 de mayo de 2005.

Maxera, Rita. *Los derechos humanos de los niños, las niñas y los y las adolescentes*. En: Análisis situacional de los derechos de las niñas y las adolescentes en Costa Rica, UNICEF, UCR, San José, 1999.

MTSS, Informe casos especiales atendidos por la Inspección de Trabajo: Año 2004, Unidad de Investigación y Calidad de la Gestión, Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, San José, 2005.

Murgas Torrazza, Rolando. Evolución del Derecho Laboral Panameño durante la Época Republicana. Conferencia en la Corte Suprema de Justicia, Panamá, 26 de junio de 2003.

OIT-IPEC. Consideraciones jurídicas sobre el trabajo infantil en Panamá, Versión preliminar, sin publicar, 2005.

OIT-IPEC. Estudio de la legislación sobre trabajo infantil doméstico en Honduras, San José, 2004.

OIT-IPEC. Explotación entre cuatro paredes: investigación sobre el trabajo infantil doméstico (en Nicaragua), San José, 2005.

OIT-IPEC. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Costa Rica, San José, 2002.

OIT-IPEC. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Una evaluación rápida. El Salvador, San José, 2002.

OIT-IPEC, CEM-H. Explotación Sexual Comercial de niños, niñas y adolescentes. Honduras, San José, 2002.

OIT-IPEC, MUPADE. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Nicaragua. San José, 2002.

OIT-IPEC, Universidad de San Carlos. Explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. Guatemala. San José, 2003.

OIT-IPEC. Visión regional de las legislaciones de Centroamérica, Panamá y República Dominicana en materia de trabajo infantil, Serie Documentos de Trabajo # 185, OIT, San José, 2004.

OIT-IPEC, INEC, MTSS. Estudio cualitativo sobre el trabajo infantil y adolescente en Costa Rica, San José, 2003.

PDDH. Informe especial sobre los derechos de la niñez de El Salvador, San Salvador, 2004.

Rodríguez Oconitrillo, Pablo. Derechos fundamentales, Editorial Juricentro, San José, 2001.

Villareal, Ma. Eugenia. Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes. Guatemala, ECPAT, Casa Alianza, versión electrónica, s.f.

Serrano, Karla Patricia. Informe de consultoría sobre recopilación de jurisprudencia, San Salvador, El Salvador, abril 2005.

Solórzano, Justo. Doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala, fotocopias, s.f.

Varela, Julia. Manual de Procedimientos Laborales, Investigaciones Jurídicas S.A., 3ª Edición, San José, 2005.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, caso Villagrán Morales y otros contra la República de Guatemala.

Costa Rica

Sala Constitucional

N° 1319-1997 de las 14:50 hrs. del 4 de marzo de 1997.
N° 04453-2000 de las 14:56 hrs. del 24 de mayo de 2000.
N° 1982-94 de las 16:00 hrs. del 26 de abril de 1994.
N° 1999-09274 de las 16:00 del 24 de octubre de 1999.
N° 2001-02075 de las 8:52 hrs. del 16 de marzo de 2001.
N° 4373-2000 de 12:54 hrs. del 19 de mayo del 2000.
N° 08885-2000 de 14:54 hrs. del 11 de noviembre de 2000.
N° 2001-07238 de 9:01 hrs. del 27 de julio de 2001.
N° 2005-14059 de 10:47 hrs. del 14 de octubre de 2005.

Sala Segunda

N° 00170-99 de las 9:50 hrs. del 18 de junio de 1999.
N° 99-211 de las 10:30 hrs. del 28 de julio de 1999.
N° 04-802 de las 9:30 hrs. del 24 de setiembre de 2004.
N° 2004-00696 de 10:00 hrs. del 27 de agosto de 2004.
N° 2005-00095 de 10:00 del 16 de febrero de 2005.

Sala Tercera

N° 1040 de las 10:30 hrs. del 20 de agosto de 1999.
N° 2001-581 de las 8:55 hrs. del 15 de junio de 2001.
N° 2001-001079 de 9:25 hrs. de 9 de noviembre de 2001.
N° 2002-150 de las 9:45 del 22 de febrero de 2002.
N° 2004-00130 de las 11:30 hrs. del 20 de febrero de 2004.
N° 2004-00256 de las 10:25 hrs. del 19 de marzo de 2004.
N° 2004-00590 de las 9:20 hrs. del 28 de mayo del 2004.
N° 2004-01391 de las 9:50 hrs. del 3 de diciembre de 2004.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Resolución 1073-2001 de las 10:00 hrs. del 7 de diciembre de 2001.
Dirección Jurídica
Oficio DAJ-AE-184-98, 16 de junio de 1998.
Oficio DAJ-D-224-98, 30 de noviembre de 1998.
Oficio DAJ-AE-303-98 del 27 de octubre de 1998.
Oficio DAJ-AE-018-99 del 25 de enero de 1999.
Oficio DAJ-AE-99, abril 1999.
Oficio DAJ-AE-098-99 del 21 de abril de 1999.
Dirección Nacional de Inspección de Trabajo
SJ-AD-1831-97.
DNI-DRC-MEN-002-04.
DNI SJ-AD-0834-04.
DNI SJ-AD-0546-04.
SJ-AD-0854-04.
Oficio D.N.I. 00 1083-2004 de 11 de agosto de 2004, Caso CA-AD-1782-04-AC-048-04.

Panamá

Pleno de la Corte Suprema de Justicia

8 de noviembre de 1990.
19 de marzo de 1991.
30 de diciembre de 1993.
12 de agosto de 1994.
5 de septiembre de 1994.
27 de octubre de 1994.
12 de mayo de 1995.
1 de septiembre de 1995.
30 de noviembre de 1995.
20 de marzo de 1996.
13 de septiembre de 1996.
5 de junio de 1997.
30 de abril de 1998.
22 de julio de 1998.
23 de marzo de 1999.
21 de enero de 2000.
7 de abril de 2000.
30 de mayo de 2000.
8 de septiembre de 2000.
25 de enero de 2002.
5 de septiembre de 2003.

Sala Segunda

27 de febrero de 2003.
27 de enero de 2004.
5 de marzo de 2004.
29 de junio de 2004.

Sala Tercera de lo Contencioso

Administrativo

19 de septiembre de 2000.

Juzgado Cuarto de la Primera Sección de Trabajo

Auto 26 de 12 de febrero de 1990.
Auto 412 de 8 de septiembre de 2004.

Procuraduría de la Administración

Nº C-092-98.
Nº 8C-332 de 5 de noviembre de 2002.

Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Inspección de Trabajo

Nº 3-157-02 de 13 de junio de 2002.
Nº 574 de 11 de noviembre de 2003.

Guatemala

Corte de Constitucionalidad

Gaceta Jurisprudencial, núm. 18, p. 99,
Sentencia 19-10-90.
Expediente 1042-97 del 8 de septiembre de
1998.
Expediente Nº 49-99 de 6 de abril de 1999.
Expediente 866-98 de 11 de mayo de 1999.
Expediente 743-99 de 28 de diciembre de
1999.
Expediente 368-2000 de 16 de agosto de 2000.
Expediente 787-2000 de 29 de agosto de 2000.
Expediente 1351-2000 de 14 de febrero de
2002.
Expediente 1100-2002 de 13 de enero de 2003.
Expediente 1487-2003 de 11 de noviembre de
2003.

Juzgado Primero de Instancia de Niñez y Adolescencia

Expediente 1598-2003 de 1 de septiembre de
2004.

Nicaragua

Sala Laboral del Tribunal de Apelaciones de Managua

Sentencia Nº 41/2003 del 27 de marzo de
2003.

Sala Penal del Tribunal de Apelaciones de Managua

Expediente Nº 356-0504-03 de 12 de mayo
de 2004.

Sala Penal del Tribunal de Apelaciones del Atlántico Sur, Bluefields

Sentencia del 26 de marzo de 2003.
Juzgado Primero de Distrito del Crimen, León
Sentencia de 28 de mayo del 2002.

Ministerio de Trabajo, Inspectoría Departamental del Trabajo Infantil, Managua

5 de diciembre del 2001 a las 7:45 hrs. de la
mañana.
5 de diciembre del 2001 a las 8:30 hrs. de la
mañana.

***Procuraduría para la Defensa de los
Derechos Humanos, Procuraduría Especial
de la Niñez y la Adolescencia***

Resolución 30-99 de las 11:10 hrs. del 27 de enero de 2000.

Resolución 147-2001 de las 8:05 hrs. del 12 de julio de 2001.

Resolución 404-2002 de las 8:30 hrs. del 4 de agosto de 2003.

Resolución 404-2002 de las 8:30 hrs. del 4 de agosto de 2003.

Resolución 342-2003 de las 9:45 hrs. del 20 de abril de 2004.

República Dominicana

Tercera Sala del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, Sentencia N° 314-03 del 29 de agosto de 2003.

Primera Sala, Corte de Trabajo del Distrito Nacional, Sentencia N° 287/2004, Expediente N° 0789/2004.

Sala Sexta del Juzgado de Trabajo del Distrito Nacional, Sentencia N° 152/2005 de 14 de abril de 2005.

Cuarta Sala de la Cámara Penal del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Santiago, Sentencia N° 127 del 17 de mayo del 2005.

El Salvador

Tribunal Primero de Sentencia, 8 hrs. del 16 de mayo de 2001.

Honduras

Juzgado Segundo de Letras de Tegucigalpa, 13 de marzo de 2003.

Juzgado Segundo de Letras del Trabajo, Tegucigalpa, 18 de septiembre de 2003.



www.oit.or.cr/ipec