ISSN: 2215-6682

Revista

VOLUMEN 2, 2023, COSTA RICA

DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA

DEFENSA PÚBLICA

EL SALARIO MÍNIMO:

base para la igualdad salarial, no discriminación y aplicación del principio de la intangibilidad del salario

M.Sc. Mariana Herrera Solís[1]

Resumen:

El presente ensayo versa sobre el análisis del derecho a percibir salario mínimo de ley como derecho humano y sus derechos afines como la igualdad salarial y la no discriminación. Asimismo, se realiza un contraste de lo que sucede por la transgresión de los mismos, siendo la violencia y exclusión social algo reticente hacia personas en situación de vulnerabilidad, con el reto del Estado costarricense como garante de las personas habitantes a través de la aplicación de políticas públicas y control de convencionalidad para mermar las desigualdades y dar eficacia al principio de intangibilidad del salario.

Palabras clave:

Salario mínimo de ley, derecho humano, igualdad salarial, principio de intangibilidad del salario, discriminación.

Abstract:

This research deals with the analysis about the right to receive minimum salary as a human right and its related rights such as equal pay and non-discrimination. Likewise, a contrast that happens due the transgression of these rights, being violence and social exclusion something reticent towards people in vulnerable situations, as well as the challenge of the Costa Rican State as guarantor of the inhabitants through the application of public policies and control of conventionality to reduce inequalities and give effectiveness to the principle of the intangibility of the salary.

Key words:

Minimum salary of law, human right, equality salary, principle of intangibility of salary, discrimination.

[1]Defensora Pública Laboral en la oficina de San José. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (2015).

1. INTRODUCCIÓN

El presente análisis se divide en cuatro temas, en los cuales los tres primeros se enfocan en plantear una síntesis del derecho al salario mínimo de ley, igualdad salarial y no discriminación, así como el principio de intangibilidad del salario mínimo de los mínimos o lo que se ha indicado en latín como "minimum minimorum", los cuales son pilares necesarios para poder plasmar las vicisitudes que la transgresión de estos derechos humanos implica a nivel social y económico.

Para ello, se realiza un análisis normativo nacional e internacional, jurisprudencial y social sobre estos temas claves y cómo proceder ante su transgresión, reflejando el poder de la integridad del salario como fuente de sustento en las personas trabajadoras y sus familias. Además, se analiza el incremento en el nivel de pobreza que ha generado esta transgresión a través de los años por la precarización laboral y las formas contemporáneas/modernas de esclavitud o equiparables, haciendo un especial énfasis en las personas que por criterios de interseccionalidad han sido mayormente violentadas a nivel estructural por razones de género, nacionalidad, y condición socioeconómica.

Debido a ello, se pretende generar una reflexión sobre la problemática nacional que se da en el empleo de las personas trabajadoras, siendo la pregunta clave de la problemática: ¿Se transgreden los derechos humanos por exclusión social de las personas trabajadoras con alguna condición de vulnerabilidad en Costa Rica?, con ello se busca examinar si existen opciones laborales a través de normativas o tratamiento judicial eficiente, integral e inclusivo que garantice los derechos fundamentales a las personas trabajadoras o si, por el contrario, existe carencia de las mismas como forma de violencia, discriminación y exclusión social.

2. EL DERECHO AL SALARIO MÍNIMO DE LEY

El derecho de la persona trabajadora a percibir salario como contraprestación de sus labores, es un derecho fundamental de orden indisponible e irrenunciable. Aquel que pertenece "al ser humano, sin distinción alguna, constituyendo dentro de su esfera, una garantía de respeto y protección de la persona" (Briones, 2017, p.218), medio fundamental para mantener una vida digna.

La legislación nacional sobre salarios mínimos de ley tiene larga data. Desde 1841, con el Código General de Carrillo, se reguló precariamente para la actualidad (acorde a la época), el tema de salarios, pero no directamente sobre mínimos, ya que se plasma el título "Del salario de las gentes de servicio", el pago de salario de "criados" y jornaleros, pero sin indicar claramente si existen mínimos pues solo hace referencia de y cito "salarios correspondientes" (artículo 1181). Asimismo, un artículo previo, refiere que los salarios son "convencionales" y cuando falte convención el "señor" (entiéndase patrono) posee la credibilidad en cuanto a lo que dijese del salario y sus pagos.

En 1933, la Ley de Salario Mínimo N°14, según Cascante, G. (2010, p. 53) "estableció que en el país ningún trabajador ganaría menos de un colón (¢1.00) por jornada". Asimismo, en 1943 se crean las Comisiones Mixtas de Salarios que generaron un cambio sustancial debido a que se encargaron a nivel nacional de fijar los salarios mínimos de ley hasta la creación del Consejo Nacional de Salarios en el año 1949, mediante Ley N°832. No obstante, fue hasta 1995, mediante Ley N°7510 que se le otorga autonomía con personalidad y capacidad jurídica instrumental.

Igualmente, la Constitución Política mediante el artículo 57 regula el derecho humano al salario mínimo de ley e indica que toda per-

sona trabajadora tendrá derecho a percibir el mismo con fijación periódica y por jornada normal, que, a la vez, le procure bienestar y una existencia digna. Además, el salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia, lo cual se verá más adelante en cuanto a su intrínseca relación con el derecho a la igualdad salarial.

El Consejo Nacional de Salarios (en adelante "C.N.S") es el órgano de origen técnico permanente, de desconcentración máxima, encargado de fijar y revisar los salarios mínimos para todas las actividades laborales del sector privado en nuestro país. Está integrado por nueve miembros propietarios y tres suplentes que representan igualitariamente a patronos, personas trabajadoras y Estado (MTSS, 2022).

La Ley N°832 que se citó supra, "Ley de Salarios Mínimos y Creación del Consejo Nacional de Salarios", declaró de interés público todo lo relativo a la fijación de salarios, como un medio de contribuir al bienestar de la familia costarricense y de fomentar la justa distribución de la riqueza, el cual debe realizar periódicamente la lista respectiva que se publica mediante Decreto Ejecutivo. Asimismo, se emanó el Decreto 25619-MTSS, Reglamento a la Ley 832 del C.N.S, en donde se ratifica la autonomía, personalidad y capacidad jurídica instrumental. La Oficina de Salarios del Ministerio de Trabajo y Previsión Social se considera como un Departamento del C.N.S. (artículo 11).

El artículo 15 (Ley N°832) refiere que la fijación del salario mínimo se hará para las actividades intelectuales, industriales, agrícolas, ganaderas o comerciales de acuerdo con las diferentes circunscripciones territoriales o económicas. También, procede a la vez, para una empresa determinada ya que las revisiones salariales específicas se pueden realizar por solicitud escrita de cinco patronos o quince trabajadores de una misma actividad. Tratándose de salarios determinados para una sola empresa, la solicitud la podrá hacer el patrono o cinco personas trabajadoras de la misma empresa.

En este orden de ideas, es una obligación patronal el otorgar salario mínimo de ley e incrementar el mismo en el porcentaje que realice y apruebe el C.N.S.. Además, el artículo 176 del Código de Trabajo (en adelante C.T.), indica que cuando se ocupe diez o más personas trabajadoras se debe mantener un libro de salarios autorizado y sellado por la Oficina de Salarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, siendo una actuación de control para velar sobre el adecuado pago.

De igual forma, para poder comprender a cabalidad la categorización de todos los puestos y salarios mínimos, ya que los Decretos Ejecutivos únicamente indican nomenclaturas y los puestos con mayor ocupación a nivel nacional, se emana la resolución administrativa Nº 03-2000 que especifica todos los perfiles ocupacionales en el sector privado. La resolución simplifica la aplicación de los montos mínimos a las ocupaciones según las características de las labores y/o requisitos del puesto, colocándole en el renglón salarial correspondiente ya que toda categoría es amplia y cubre no solo ocupaciones que comúnmente conocemos sino también deja el catálogo abierto para que se cataloguen ocupaciones a futuro (producto de la globalización), por lo que las distintas categorías no se basan en la enumeración simple de tareas, sino especialmente en la complejidad de las labores que se deben desarrollar, experiencia requerida, consecuencias del error, estudios y otros requisitos necesarios o no para desempeñar el puesto.

Por otro lado, la regulación de los salarios mínimos del Estado es potestad constitucional de Poder Ejecutivo. No obstante, como indica el numeral 178 C.T., "Sin embargo, aquel y estas harán anualmente al elaborar sus respectivos presupuestos ordinarios, las rectificaciones necesarias al efecto de que ninguno de sus trabajadores devengue salario inferior al mínimo que le corresponda". Además, el numeral 695 C.T. torna vinculantes los acuerdos logrados a través de la Comisión Negociadora de Salarios en el sector público centralizado y descentralizado (adicionado mediante Ley Nº 9343).

El C.T mediante el Título III, Capítulos IV y V, regula en específico el tema del salario y las medidas que lo protegen. Indicando que el salario, aunque se pueda estipular de forma libre en el sector privado, naturalmente este no puede ser inferior al que se fije como mínimo según el C.N.S y su Decreto vigente (artículo 163 del C.T). Más adelante se regula la modalidad del pago del mismo (mes, quincena, semana, día, hora), la moneda en que debe cancelarse (y sus prohibiciones como fichas, mercaderías, vales, cupones, etc que sustituya la moneda), el salario en especie, la fijación de su importe, plazo para cancelarlo, lugar de pago, etc.

Igualmente, importante destacar que, el artículo 166 C.T indica en cuanto al salario en especie, en su último párrafo:

(...) No obstante lo dispuesto en los tres párrafos anteriores, no se computarán como salario en especie los suministros de carácter indudablemente gratuito que otorgue el patrono al trabajador, los cuales no podrán ser deducidos del salario en dinero ni tomados en cuenta para la fijación del salario mínimo.

Este artículo es de vital importancia ya que el salario mínimo lo que pretende garantizar es la vida digna de la persona trabajadora y su familia. Por lo que, de ninguna forma, se puede deducir del salario una porción por salario en especie o utilizarse este para arribar al mínimo de ley, tal como suele inferirse de forma antojadiza en la realidad práctica.

En esa misma línea, para asegurar el goce de las necesidades básicas de la persona trabajadora, el artículo 172 C.T. indica que son inembargables los salarios que no excedan del que resulte ser el menor salario mensual establecido en el decreto de salarios mínimos vigente (no precisamente el salario mínimo de ley del puesto que ostente la persona) al decreto de embargo. Además, especifica que:

(...)Los salarios que excedan de ese límite son inembargables hasta en una octava parte de la porción que llegue hasta tres veces aquella cantidad y en una cuarta parte del resto. Sin embargo, todo salario será embargable hasta en un cincuenta por ciento como pensión alimenticia. Por salario se entenderá la suma líquida que corresponda a quien lo devengue una vez deducidas las cuotas obligatorias que le correspondan pagar por ley al trabajador. Para los efectos de este artículo las dietas se consideran salario. Aunque se tratare de causas diferentes, no podrá embargarse respecto a un mismo sueldo sino únicamente la parte que fuere embargable conforme a las presentes disposiciones.

Este artículo es la expresión del principio de la intangibilidad del salario que se verá en el acápite posterior. Además, para proteger todo fraude de ley, el último párrafo indica que la simulación de embargo se podrá de-

mostrar mediante incidente creado al efecto dentro del juicio en que aduzca u oponga dicho embargo. Al efecto, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia sin sujeción a las reglas comunes sobre el particular. Si se comprobare la simulación, se revocará el embargo, debiendo devolver al embargante las sumas recibidas.

Asimismo, a nivel internacional, los salarios mínimos están garantizados mediante la Organización Internacional del Trabajo (en adelante O.I.T), a saber, el Convenio N°26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (industria), Convenio N°95 sobre la protección del salario (agricultura), Convenio N°99 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos y Convenio N°131 sobre la fijación de salarios mínimos. Siendo él último el que genera un mayor aporte sobre garantías, estableciendo en su primer artículo que "Todo Estado Miembro de la Organización Internacional de Trabajo se obliga a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema".

Además, el artículo 2 le otorga fuerza de ley a los salarios mínimos, siendo que no podrán reducirse y las personas que incumplan estarán sujetas a sanciones penales o demás (opción de sanciones abierta), respetando siempre la negociación colectiva que garantice mejor salario. Incluso, su numeral 3 analiza los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos, siendo vital incluir según la práctica y las condiciones nacionales:

- Las necesidades de las personas trabajadoras y de sus familias, habida cuenta del nivel general de salarios en el país, costo de vida, prestaciones de seguridad social y nivel de vida relativo de otros grupos sociales.
- Los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.

Estos dos elementos aseguran lo que nuestro artículo 57 constitucional pregona, un ingreso que procure bienestar y existencia digna tanto a nivel personal como familiar, ya que ésta es la base de la sociedad con protección especial del Estado (artículo 51 constitucional).

Pero, ¿Qué opciones tiene la persona trabajadora individualmente y a nivel nacional ante el incumplimiento del pago de salario mínimo de ley? A nivel práctico, las siguientes:

1) Rompimiento contractual. De conformidad con el artículo 83 C.T, inciso A, es causa justa para dar por terminado el contrato de trabajo con responsabilidad patronal, cuando el patrono no cancele el salario completo en fecha y lugar convenidos o acostumbrados. No obstante, dicho cuerpo normativo no regula como ejecutarlo, siendo que ha sido la jurisprudencia de la Sala Segunda la que estableció que, por los principios de buena fe y equidad, de previo a ejecutar unilateralmente el rompimiento contractual, se debe procurar el agotamiento de las vías conciliatorias y/o apercibimiento para poder declararlo así en la vía judicial (véase votos 284-1994, 80-1995 y 797-2007).

2) Denuncia ante la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Se realiza inspección al patrono incumpliente, se constatan faltas, se apercibe o bien si nada de ello ocasio-

na que se otorgue el salario mínimo legal, se interpone el proceso por la infracción de leyes laborales ante el juzgado de trabajo competente.

3) Demanda judicial ante el juzgado de trabajo competente. La persona trabajadora puede optar por presentar una demanda judicial para el pago de todas las diferencias salariales no canceladas entre el mínimo de ley y el percibido, junto con el pago de intereses e indexación.

4) Conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La persona trabajadora puede solicitar una conciliación ante la Dirección General de Asuntos Laborales, en donde solo se podría conciliar para el otorgamiento completo de los salarios mínimos de ley no cancelados por ser un derecho indisponible e irrenunciable.

5) Conciliación previa judicial ante los juzgados de trabajo competentes. De conformidad con el artículo 459 C.T. (reformado mediante Ley 9343), la persona trabajadora puede optar por una conciliación de orden judicial como acto previo a la demanda y con las mismas advertencias sobre la indisponibilidad e irrenunciabilidad supraindicados.

Es importante hacer la aclaración que las conciliaciones administrativas y judiciales, únicamente serán válidas y eficaces cuando se refieran a derechos disponibles (artículo 570 del C.T), o bien se pacte el pago de la totalidad íntegra de los derechos irrenunciables (con reajuste si es que continúa laborando) y se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley N°7727 sobre Resolución Alterna de Conflictos.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA IGUALDAD SALARIAL Y NO DISCRIMINACIÓN

El principio de igualdad es un derecho inespecífico regulado a nivel constitucional mediante el numeral 33 que recalca que toda persona es igual ante la ley y no puede practicarse discriminación alguna contraria a la misma. Concatenado con el derecho al salario mínimo de ley, se encuentra el derecho a percibir en igualdad de condiciones con las demás personas trabajadoras, el mismo salario sin distinción alguna, es decir, el derecho a la igualdad salarial. Igual salario para trabajo en iguales condiciones de eficiencia (artículo 57 constitucional).

En cuanto a recibir el mismo salario sin distinción, el tema de la discriminación es intrínseco, entendiéndose como toda "distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; así como cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación" (Convenio N°111 O.I.T, artículo 1). Claramente se puede enlazar la transgresión del derecho a la igualdad salarial por conductas discriminatorias al limitar el salario de una persona en términos de igualdad de condiciones con otra persona, lo cual en la realidad probablemente tenga su origen en alguno de los motivos indicados.

Asimismo, el artículo 68 constitucional indica específicamente en el ámbito laboral que, bajo ninguna forma, "podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores. En

igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense." Este artículo pareciere ser una garantía en un inicio, pero su última línea, si se analiza de forma indiscriminada, genera discriminación por sí sola en razón de nacionalidad. Sin embargo, la Sala Constitucional ha esgrimido su criterio en cuanto a ello, y refiere que si una norma legal reduce el criterio de diferenciación entre una persona trabajadora nacional y una extranjera a la nacionalidad de ambos, ello si constituye una flagrante discriminación. Por ello, el voto N°1059-1995 de la Sala Constitucional, expresa que:

Si es razonable y aceptable en cambio, que se impongan limitaciones a la actividad laboral extranjera, partiendo de la base de que en nuestro país no existen condiciones de pleno empleo, ni en el área aeronáutica, ni prácticamente en ninguna otra, de tal forma que el legislador está obligado a priorizar entre beneficiar principalmente a quienes con criterios de estabilidad, pertenencia y arraigo conforman un grupo social (...) sin que eso implique que no tendrán acceso al mercado de trabajo, sino que lo tendrán más reducido atendiendo a las circunstancias particulares de la actividad en un momento histórico determinado.

Lo anterior, partiendo de la necesidad de proteger a la persona costarricense que labora y de la función económica y social que ésta tiene dentro de la sociedad, siendo su aplicación algo casuístico social e históricamente. Es por ello que, el Estado debe procurar el mayor bienestar a todas las personas que sean habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza (artículo 50 constitucional), siendo trascendental que no se menoscabe la dignidad o que se degrade a la persona a la condición de simple mercancía.

Igualmente, el artículo 167 C.T indica que el importe del salario en cada clase de trabajo tendrá en cuenta la cantidad y calidad del mismo, relacionado con el numeral 405 C.T que refiere que todas las personas trabajadoras que se desempeñan en iguales condiciones subjetivas y objetivas gozarán de los mismos derechos en cuanto a jornada laboral y remuneración, respaldado a nivel internacional mediante el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Convenios de la O.I.T N°100 sobre la igualdad de remuneración y N°111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, entre otros.

"El Convenio de la O.I.T N°100 establece como pautas importantes y novedosas que, debe existir igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor".

El Convenio de la O.I.T N°100 establece como pautas importantes y novedosas que, debe existir igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor. Además, recalca que cada Estado debe adoptar las medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos de éste y que las diferencias entre las tasas de remuneración que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor (artículo 3).

Por su lado, el Convenio de la O.I.T N°111 establece lo que es discriminación en el empleo u ocupación relacionado con el Titulo Octavo del reformado C.T que presenta todo un catálogo abierto sobre las formas de discriminación que son prohibidas en el trabajo al indicar en su norma que se prohíbe "cualquier otra forma análoga de discriminación".

También, el artículo 2 de dicho Convenio establece que cada Estado parte debe formular y ejecutar una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacional, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación en aras de eliminar cualquier discriminación. Reflejado a nivel normativo en nuestro país con la Reforma Procesal Laboral 9343, aunque lamentablemente existen bastos años entre dichos convenios (años 50s) y la reforma del 2017.

Con la implementación de los procesos especiales de protección en fueros y tutela del debido proceso, mediante el artículo 540 C.T, último párrafo, se implementa la vía sumarísima por discriminación en contra de personas trabajadoras que tengan lugar en el trabajo o con ocasión de él. Esta solicitud de tutela debe presentarse ante los juzgados de trabajo competentes, teniendo un trámite expedito y traslado a las 24 horas siguientes de recibida la solicitud para requerir a la demandada un informe acerca de los hechos demandados (artículo 543 C.T), el cual debe rendirse en 5 días. Además, es importante destacar que, en actuaciones con resultados lesivos, en el traslado se puede disponer de la suspensión de los efectos del acto y reponer a la persona trabajadora a la situación previa del acto discriminatorio que se impugna (sobre el trámite procesal, véase artículos 540 al 547, 566, 571 al 577 del C.T).

A nivel judicial, el trato diferenciado/desigual a una persona en los términos que esboza el 404C.T debe contener el sustento fáctico en el que se funda, los términos de comparación y los indicios probatorios de ello (artículo 409 C.T y voto de Sala Segunda N°1259-2010).

Por ello, el artículo 478 C.T, inciso 10 establece que le corresponde a la empleadora probar la justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas señaladas como discriminatorias. Para mayor profundidad, véase el voto N°12408-2005 de la Sala Constitucional.

Igualmente, con la aplicación de la Ley 9343, la Sala Segunda mediante voto N°116-2019 en un caso del sector privado, en contraposición al artículo 35 y 500 C.T (limitación de adicionar nuevos elementos a la carta de despido, analizado en el voto salvado del magistrado Jorge Olaso Álvarez), permitió que se ampliara (de forma práctica) en juicio oral, la carta de despido con responsabilidad patronal, para poder llegar a comprobar si había o no elementos objetivos para el despido que se decía discriminatorio por salud. Por lo tanto, para poder obtener una tutela judicial y sentencia con resultados positivos en resguardo de la persona discriminada, sea cual sea su ámbito de discriminación, se debió demostrar al menos un indicio y los hechos comparativos de ello.

Entonces, ¿Qué opciones tiene la persona trabajadora individualmente y a nivel nacional ante la transgresión laboral por discriminación y/o igualdad salarial, incluyendo el momento de la contratación?

1) Rompimiento contractual. De conformidad con el artículo 83 C.T, son causas justas para dar por terminado el contrato de trabajo, cuando la persona empleadora, con especial relevancia en el tema de discriminación y lesión a la igualdad salarial, realice las siguientes acciones:

- Inciso A) Cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados.

- Inciso I) Cuando el patrono viole alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 70. A saber, con implicación directa a los ingresos de la persona trabajadora: A)

Inducir o exigir a las personas trabajadoras a que compren sus artículos de consumo a determinados establecimientos o personas. B) Exigir o aceptar dinero de las personas trabajadoras como gratificación para que se les admita en el trabajo o por cualquier otra concesión o privilegio que se relacione con las condiciones de trabajo en general. E) Hacer colectas o suscripciones obligatorias en los establecimientos de trabajo. I) Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que la persona trabajadora tenga conforme a la ley.

- Inciso J) Cuando el patrono incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

- Inciso K) Cuando la parte patronal incurra en actos discriminatorios contra alguna persona trabajadora con VIH. (Adicionado por el artículo 49 de la Ley General N° 9797).

Además, en estos casos, se debe recordar que toda persona trabajadora en el ejercicio de sus funciones relativas a reclutamiento, selección, nombramiento y/o movimientos de personal que incurra en conductas discriminatorias, incurre en falta grave al contrato de trabajo y puede ser despedido con justa causa (artículo 410.CT), ya que atentó contra los principios generales del derecho de trabajo. Igualmente, aplican las reglas prácticas indicadas supra sobre el agotamiento de vías conciliatorias pero, el cuadro fáctico de cada discriminación debe revisarse de forma minuciosa para verificar si encuadra o no en los incisos de dicho numeral.

2) Denuncia ante la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Se realiza inspección con el patrono incumpliente, se constatan faltas, se apercibe y si no se detiene el acto discriminatorio, se interpone la infracción de leyes laborales ante el juzgado de trabajo competente.

3) Demanda judicial ante el juzgado de trabajo competente. De conformidad con los artículos 409, 410 y 540 al 547 C.T, la persona trabajadora puede optar por presentar una demanda judicial (proceso especial) con la solicitud del cese de la discriminación (sea cual sea el acto) y/o reinstalación al centro de trabajo (como medida precautoria), nulidad del acto discriminatorio, pago de daño moral subjetivo y/o objetivo, salarios dejados de percibir por despido discriminatorio (si se efectuó medida de despido), intereses, indexación, y si no desea ser reinstalada, el pago de sus prestaciones laborales.

4) Conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La persona trabajadora puede solicitar una conciliación ante la Dirección General de Asuntos Laborales, conciliando el cese de la medida que se dice discriminatoria y todas las demás pretensiones esbozadas en el punto 3.

5) Conciliación previa judicial ante los juzgados de trabajo competentes. De conformidad con el artículo 459 C.T (reformado por Ley 9343), la persona trabajadora puede optar por una conciliación de orden judicial como acto previo a la demanda.

4. EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DEL SALARIO VRS LA LIBRE DISPONIBILIDAD: APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Por medio del derecho al salario, igualdad salarial y no discriminación en el empleo, se desprende que el Estado ha emanado garantías para la vida digna, intentando asegurar un salario mínimo de orden intangible (minimum minimorum) y liberando de deducciones ese núcleo con las excepciones legales que se mantienen.

En ello, resulta importante analizar que con la entrada en vigencia el 20 de junio del 2020 de la Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N°9859, conocida como Ley Contra la Usura Crediticia, se ha generado un cambio en el orden económico y financiero. En lo que interesa, a nivel laboral, el artículo 44 ter indica:

Derecho del trabajador consumidor financiero. Los trabajadores tienen derecho a solicitar la retención por parte del patrono de las cuotas para el pago de sus créditos (...) No podrán hacerse deducciones del salario del trabajador que afecten el salario mínimo intangible e inembargable, al que se refiere el artículo 172 de la Ley 2, Código de Trabajo, de 27 de agosto de 1943. Se exceptúa de esta disposición lo que corresponda a la pensión alimentaria. (Resaltado no es del original)

Según el artículo 34 constitucional, esta norma solo puede ser eficaz después de la vigencia de la misma, ya que "(...) A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas (...)". De igual forma, se generó todo un cambio, pero no solamente en entidades bancarias, sino en Cooperativas, Asociaciones Solidaristas, etc., siendo que incluso mediante voto N°11995-2021, la Sala Constitucional anuló el párrafo tercero (el supramencionado es el vigente) mayormente por los efectos que produjo en dichas entidades y las múltiples interpretaciones realizadas contrarias al espíritu de la ley y derechos fundamentales.

Asimismo, la Sala Segunda recientemente mediante voto 656-2022 esboza puntos importantes en cuanto al principio de intangibilidad del salario en contraposición con la libre disponibilidad y, aunque no da la razón al accionante en cuanto a la aplicabilidad del artículo 44 ter supramencionado (contrajo deudas con anterioridad a la vigencia de dicha norma), si otorga parcialmente con lugar el recurso y, anula el fallo impugnado, ordenando al Ministerio de Educación Pública a suspender los rebajos salariales para el pago de deudas contraídas, lo cual solo puede aplicar respetando el mínimo intangible (el cual variará en cada persona trabajadora y va más allá del criterio restrictivo del salario mínimo de la persona servidora doméstica) que se extrae de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 172C.T, exaltando la visión de la integridad del salario como fuente de dignidad humana (artículo 57 C.P, 169 C.T y 10 del Convenio N°95 de la O.I.T).

Es importante destacar que, en el caso analizado, la persona trabajadora no posee embargos salariales de orden judicial, sino que el rebajo salarial es de índole automático (con base en el artículo 69 C.T, inciso k) y que el mismo solicitó que se le hiciera cuando contrajo préstamos con las instituciones accionadas.

En el voto 656-2022, se analiza el Dictamen CJ 104-2019 de la Procuraduría General de la República, que vislumbra el Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones rendidos en la Conferencia Internacional del Trabajo N°91 Reunión 2003, relativa a la necesidad de fijar límites razonables y proporcionales a las deducciones del salario, aunque éstas hayan sido autorizadas por la persona trabajadora, denominado como Estudio general de las

memorias relativas al Convenio N°95 y a la Recomendación N°85 sobre la protección del salario. En él, el consentimiento de la persona accionante no es un aspecto que legitime la afectación al principio de intangibilidad del salario, siendo necesario establecer límites a la libre disponibilidad del salario, orientado según el párrafo 1 de la Recomendación por dos objetivos interrelacionados:

> "La cuantía neta del salario recibido por el trabajador deberá ser suficiente para proporcionar ingresos que garanticen un nivel de vida digno para los trabajadores y sus familias. (...) la remuneración neta no deberá ser disminuida mediante descuentos que hagan perder todo sentido al principio consagrado en el artículo 6 del Convenio relativo a la libertad del trabajador de disponer de su salario (párrafo 296)."

De igual forma, independientemente de las antinomias contenidas en diversos cuerpos normativos por las palabras embargo, retención voluntaria o deducción autorizada, existe un mandato legal que protege a la persona trabajadora de situaciones que lo dejen sin ingreso económico, pues, a pesar de esa autorización, debe privar el derecho a recibir un salario con mínimos intangibles que no sufran menoscabos que atenten a su necesidad alimentaria, poniendo en riesgo la supervivencia digna de la persona trabajadora y su familia, esto de conformidad con las fuentes normativas nacionales e internacionales supracitadas (control de convencionalidad) y pronunciamientos de la Sala Constitucional (voto 6562-2008).

El garantizar el salario minimum minimorum de naturaleza inembargable e intangible puede mermar el incremento de pobreza de poblaciones laborales que no pueden cubrir sus necesidades básicas por el pago exorbitante de deudas, es decir, se pretende no vaciar de contenido el derecho fundamental al salario mínimo consagrado supraconstitucionalmente, pues con los préstamos se cubriría una necesidad para destapar otra, generando un endeudamiento cíclico en la sociedad que no respeta vidas humanas.

5. LA INTEGRIDAD DE SALARIO COMO FUENTE DE SUSTENTO BÁSICO Y SU PERSPECTIVA SOCIAL: EL CASO DE PERSONAS MIGRANTES

El salario como se ha expuesto, es un derecho fundamental para la persona trabajadora con especial protección en el ordenamiento nacional e internacional ya que está vinculado con la satisfacción de necesidades básicas que en muchas ocasiones lamentablemente se transgrede y, por ende, pone en riesgo la supervivencia de la persona trabajadora y su familia.

Para nadie es un secreto que en Costa Rica existe un alto nivel de personas migrantes, refugiadas y desplazadas forzosamente que ha aumentado en los últimos años en búsqueda de oportunidades laborales y el mayor bienestar de sus familias. Para enero de 2020, la Organización de Naciones Unidas, mediante su Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, contabilizó un 10,2% de la población total en condición migrante, teniendo en noviembre de 2022, según la Dirección Nacional de Migración y Extranjería por el Sistema de Movimiento Migratorio Electrónico, un rechazo mensual al ingreso del país de 938 personas migrantes (con 334.519 personas que ingresan al país mensualmente, incluidos nacionales).

Históricamente, debido al "favorable desarrollo económico y a su estabilidad política, Costa Rica ha sido un país atractivo para la migración, principalmente de países vecinos" (OEA, 2020, p.21). Aunado a ello, lastimosamente los conflictos y crisis políticas en Venezuela y Nicaragua han generado desde el 2016, según la O.E.A (2020, p.27), un incremento en desplazamientos migratorios forzados y solicitudes de refugio, siendo que muchas de esas personas suelen optar por el ingreso y permanencia irregular en busca de salvaguardar su vida y la de sus familiares.

En el 2017, con relación a las causas de migración, un estudio realizado por CID Gallup para la Organización Internacional para las Migraciones revela que el 64% de las personas encuestadas afirmó que dejaba su país en busca de trabajo, "el 14 % señaló que buscaba mejorar su calidad de vida, el 6% mejorar su salario y el 3 % para conseguir dinero. De esto se deduce que más del 87 % migró a Costa Rica porque lo consideraron un país que podría satisfacer sus necesidades básicas" (OEA, 2020. p.43), siendo vital percibir salario mínimo y en igualdad de condiciones para las labores que efectúan. En 2018, "la fuerza de trabajo extranjera (proveniente de Nicaragua y de otras nacionalidades) asciende a 261,746 personas trabajadoras, lo que representa el 12,69% de la fuerza de trabajo del país" (OEA, 2020. p.82), cifra realmente elevada.

Acuña González et al (2011) citado por OEA, indica que las personas migrantes vivencian graves lesiones de sus derechos laborales, pero que no proceden a demandar por su situación migratoria, "los informantes señalaron que no es común que presenten denuncias (..) debido al temor de represalias y la posible expulsión del país. Afirman que, al no contar con el permiso laboral, no se consideran "en posición" para presentar las denuncias" (2020, p.88), situación alarmante ya que constituyen cifras negras que se legitiman aún y cuando el Estado otorga y costea patrocinio letrado a través de las personas abogadas de Asistencia Social de la Defensa Pública (artículo 454 C.T). Además, la circular 220-2014 del Consejo Superior deja claro que no es necesario portar un documento de identidad vigente para presentar demandas judiciales ya que no es un requisito de admisibilidad (artículo 495 C.T) y se le puede identificar por medio del patrono en el proceso laboral ya que opera el principio protector.

De igual forma y de especial relevancia, el artículo 72 de la Ley General de Migración y Extranjería contempla la posibilidad de otorgar permanencia provisional (plazo discrecional) a la persona extranjera que deba apersonarse a un proceso judicial si así lo ordena una autoridad judicial o tribunal administrativo, pudiendo solicitarse como medida cautelar atípica en los procesos judiciales laborales.

Adicionalmente, debido al estado de emergencia provocado por el COVID-19, al impedirse el ingreso irregular de personas y debido al abordaje que el gobierno de Nicaragua tuvo respecto a la pandemia, se agravó el desempleo, pobreza, y el hacinamiento insalubre, además:

(...) la OEA recibió información sobre algunos actos de discriminación y mensajes de odio en contra de migrantes que los asociaban con el esparcimiento del virus (OEA, 2020. p.36)

En ello, la interseccionalidad cobra relevancia, término acuñado por Kimberlé Crenshaw en la Conferencia Mundial contra el Racismo en Sudáfrica en 2001, citada por Expósito (2012, p.210) ya que hay categorías como etnia, nacionalidad y género que se enlazan y por ende influyen en la vida de todas las personas. Por ejemplo, los efectos del racismo influyen distinto entre hombres y mujeres negras y éstas a su vez no vivían las consecuencias del sexismo de igual forma que las mujeres blancas.

Por lo que, si se parte del caso de las personas migrantes enlazando condiciones de etnia, género, edad, clase social y, adicional a ello, trabajo informal y familia a su cargo, no debe ser visto como una simple suma de desigualdades, sino que cada desigualdad se intercepta de forma distinta y agrava conforme el

contexto histórico y la condición personal. Es allí donde el Estado a través de sus políticas interinstitucionales debe actuar, como se vislumbró incluso con la pandemia COVID-19, ya que, de lo contrario, sus omisiones causarían aún mayor desigualdad, violencia y desinformación de vías legales en contra de la sociedad misma.

6. REFLEXIONES FINALES

El Estado costarricense debe tutelar el derecho al acceso a la justicia para que se garantice un ingreso mínimo salarial, sin discriminación, ya que de lo contrario se atenta contra la dignidad como parte integrante de las políticas destinadas a superar la pobreza y reducir la desigualdad con las que viven muchas personas y en su mayoría, personas migrantes.

El desarrollo humano, definido por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2010) citado por Mac Donald, J. & Rojas, M. (2010, p.31) como "el proceso de ampliación de las opciones de la gente, aumentando las funciones y las capacidades humanas", no se garantiza en Costa Rica. Las personas migrantes al buscar empleo reciben obstáculos al haber negativa de las personas empleadoras para realizar trámites y permisos para que estos laboren de forma legal. Lo anterior, se concatena con la problemática de negar seguro social, no cancelar salario mínimo, discriminar por razón de su nacionalidad, entre otros, forzando a la persona trabajadora migrante a mantenerse en dichas condiciones para conservar un ingreso salarial, aún y cuando sea precario y por ello hablamos de una explotación laboral moderna.

La Organización Mundial de la Salud (OMS, 2002), indica que el "uso deliberado de fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones" es violencia. Por ello, la violencia se encuentra para donde quiera que miremos, íntimamente ligada a la situación de vulnerabilidad de las personas, aún más en el caso de personas migrantes según como le atañe la interseccionalidad.

Se debe reflexionar que, el Estado es el encargado de crear una serie de políticas públicas en lo relativo a educación, migración, empleo, vivienda, salud, trabajo, entre otros. Por ello, cuando el Estado falla, a quien le falla es a las personas que no pueden ver sus derechos humanos resguardados, como el derecho al salario mínimo, seguro social y, por ende, al derecho a la salud, igualdad, no discriminación, ocupación digna, entre otros. Esto, genera exclusión social entendida según Sojo, C. como "la condición social colectiva que experimentan sectores sociales concretos, producto de marcos normativos (leyes) y prácticas institucionales, tanto públicas como privadas, que impiden la realización de sus potencialidades humanas" (2006, p.12), así como el acceso a los derechos que les asisten y las oportunidades de prosperidad laboral, económica y material.

La elaboración de políticas adecuadas (incluyendo interinstitucionales), acordes a la realidad nacional, denuncias/demandas accesibles y realmente céleres (factor vital) para todas las personas con el fin de mermar la violencia estructural, y asegurar salarios mínimos e igualdad de salario y no discriminación, mitigarían las tasas de pobreza y explotación laboral moderna, pues se establecerían mejo-

res condiciones de vida y mayor desarrollo humano para todas las personas dentro de una sociedad más inclusiva y justa.

No cabe duda de que la violencia está inmersa en cualquier relación entre personas, la cual posee múltiples manifestaciones, por lo que es necesario que el Estado implemente soluciones mediante abordajes interinstitucionales que nos permitan crear una sociedad apartada de esta, la discriminación y la exclusión social. El Estado no debe ser un ente más que violenta y transgrede de forma estructural y masiva a la población.

7. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.ohchr.org/es/universal-declaration-of-human-rights

Asamblea Legislativa. (14 de enero de 1998). Ley de Resolución Alterna de Conflictos. [Ley No°7727]. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Asamblea Legislativa. (04 de noviembre de 2011). Ley de Salarios Mínimos y Creación del Consejo Nacional de Salarios [Ley N°832].

Asamblea Legislativa. (20 de junio de 2020). Reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor [Ley N° 9859].

Bolaños, F. (2011). Estudios de derecho laboral moderno. 1era ed. Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Briones, E. (2017). Manual práctico empresarial de relaciones laborales. 1era ed. Costa Rica: Editorial Isolma S.A.

Cascante, G. (2010). Manual práctico de legislación laboral. 2da ed. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Constitución Política de la República de Costa Rica [Const.]. (07 de noviembre de 1949) 34 ed. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Código de Trabajo. [Código]. (2022) 1 ed. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Consejo Nacional de Salarios. (2022). Resolución administrativa N°03-200. Perfiles ocupacionales.

Consejo Superior del Poder Judicial. (23 de setiembre de 2014). Disposiciones para el acceso efectivo a los procesos judiciales laborales de las personas migrantes, solicitantes de la condición de refugio y refugiadas. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&param2=1&nValor1=1&nValor2=78416&nValor3=98794&strTipM=TC&lResultado=3&nValor4=1&strSelect=sel

Cumbre Judicial Iberoamericana. (4 a 6 de marzo de 2008). Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Recuperado de http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037

Dirección Nacional de Migración y Extranjería. (2022). Informes estadísticos anuales. Recuperado de https://www.migracion.go.cr/Paginas/Centro%20de%20Documentaci%C3%B3n/Estad%C3%ADsticas.aspx

Expósito Molina, C. (2012). ¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España. Grupo de Investigación Multiculturalismo y Género, Investigaciones Feministas, 3,

203-222. Recuperado de https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/%20article/viewFile/41146/39358

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. (FLACSO, 2006). Pobreza, exclusión social y desarrollo, visiones y aplicaciones en América Latina. En Sojo, C. (Comp.), Cuaderno de Ciencias Sociales (pp.11-40), Costa Rica: FLACSO.

Mac Donald, J. & Rojas, M. (2010). La violencia como un problema de salud pública en Costa Rica. Costa Rica: UNED.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS, 2022). Consejo Nacional de Salarios. Recuperado de https://www.mtss.go.cr/elministerio/consejostripartitosydialogosocial/consejo-nacional-de-salarios/consejo-nacional-de-salarios.html

Organización Internacional de Trabajo. (30 de mayo de 1928). Convenio N°26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312171

Organización Internacional de Trabajo. (08 de junio de 1949). Convenio N°95 sobre la protección del salario. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:::NO:::

Organización Internacional de Trabajo. (08 de junio de 1949). Recomendación N°85 sobre la protección del salario. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312423:NO

Organización Internacional de Trabajo. (06 de junio de 1951). Convenio N°99 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:::NO:::

Organización Internacional de Trabajo. (06 de junio de 1951) Convenio N°100 sobre la igualdad de remuneración. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:::NO:::

Organización Internacional de Trabajo. (04 de junio de 1958). Convenio N °111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:::NO:::

Organización Internacional de Trabajo. (03 de junio de 1970). Convenio N°131 sobre la fijación de salarios mínimos. Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12000:::NO:::

Organización Mundial de la Salud (OMS, 2002). Informe mundial sobre la violencia y la salud. [Traducido al español de WorldReportonViolence and Health: Summary]. Washington: Organización Panamericana de la Salud.

Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de los Estados Americanos (OEA, 2020). Costa Rica: Caracterización y análisis de las políticas en materia de migración internacional y refugiados.

Recuperado de http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/InformeMigrantes-CostaRica.pdf

Organización de Naciones Unidas (ONU, 2022). Portal de datos sobre migración. Recuperado de https://www.migrationdataportal.org/es/international-data?i=stock_abs_&t=2020&cm49=558

Procuraduría General de la República. (08 de abril de 2019). Dictamen CJ 104-2019.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº1059-1995.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº534-2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº12408-2005.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº6562-2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº11995-2021.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 1259-2010.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 116-2019.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Nº 656-2022.