

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

CARRERA DE DERECHO

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO
ACADÉMICO DE LICENCIATURA**

**LOS DERECHOS LABORALES DE LAS
PERSONAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS
EN COSTA RICA, BAJO LA PROTECCIÓN DE
LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y
SOCIALES**

Verónica Guerrero Serrano.

Tutor:

Tutor: Máster Froylan Alvarado Zelada

2017

DECLARACIÓN JURADA

Yo Verónica Guerrero Serrano, mayor de edad, portadora de la cédula de identidad número 11450845 egresada de la carrera de Derecho de la Universidad Hispanoamericana, hago constar por medio de éste acto y debidamente percibido y entendido de las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, ante quienes se constituyen en el Tribunal Examinador de mi trabajo de tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, juro solemnemente que mi trabajo de investigación titulad: LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS EN COSTA RICA, BAJO LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES Y SOCIALES, es una obra original que ha respetado todo lo preceptuado por las Leyes Penales, así como la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que puedan considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante Notario Público.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los doce días del mes de septiembre del año dos mil diecisiete.

Firma del Estudiante

Verónica Guerrero S.
11450845

CARTA DEL TUTOR

San José 10 de septiembre del 2017

Lic. Piero Vignoli Chesler
Director Carrera de Derecho
Universidad Hispanoamericana

Estimado Señor:

La estudiante Verónica Guerrero Serrano portadora de la cédula de identidad 114750845, me ha presentado para efectos de revisión y aprobación el trabajo de investigación denominado LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS EN COSTA RICA, BAJO LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES Y SOCIALES, el cual ha elaborado para optar por el grado académico de licenciatura en Derecho. En mi calidad de tutor, he verificado que se han hecho las correcciones indicadas durante el proceso de tutoría y he evaluado los aspectos relativos a la elaboración del problema, objetivos, justificación, antecedentes, marco teórico, marco metodológico, tabulación, análisis de datos, conclusiones y recomendaciones.

De los resultados obtenidos por el postulante, se obtiene la siguiente calificación:

a) ORIGINAL DEL TEMA	10
b) CUMPLIMIENTO DE ENTREGA DE AVANCES	20
c) COHERENCIA ENTRE LOS OBJETIVOS, LOS INSTRUMENTOS APLICADOS Y LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.	30
d) RELEVANCIA DE LAS CONCLUSIONES Y LAS RECOMENDACIONES.	20
e) CALIDAD DE DETALLE DEL MARCO TEÓRICO	20
TOTAL	100

Pido se proceda de conformidad



San José 15 de octubre del 2017

Señores:

Carrera de Derecho

UNIVERSIDAD HISPANOAMERICANA

Estimados señores:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de la Tesis Final De Graduación para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho, denominada **“LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS EN COSTA RICA, BAJO LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y SOCIALES”** elaborada, por la estudiante **Verónica Guerrero Serrano**, por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor


Carlos Manuel Barrantes Ramírez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308

Cel. 8397-1348

San José, 4 de octubre, 2017

Señores
Registro
Universidad Hispanoamericana

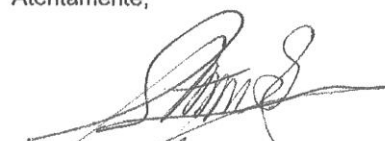
Estimados señores:

La estudiante Verónica Guerrero Serrano, me ha presentado, para efectos de revisión y aprobación, el trabajo de investigación denominado: LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS EN COSTA RICA, BAJO LA PROTECCIÓN DE LAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y SOCIALES, el cual ha elaborado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado y he hecho las observaciones relativas al contenido analizado, particularmente, lo relativo a la coherencia entre el marco teórico y el análisis de datos; la consistencia de los datos recopilados y la coherencia entre estos y las conclusiones; asimismo, la aplicabilidad y originalidad de las recomendaciones, en términos de aporte de la investigación.

Por consiguiente, este trabajo cuenta con mi aval para ser presentado en la defensa pública posterior a la revisión del Filólogo establecida.

Atentamente,



Nombre del profesor Lic. Walter Muñoz Tuk.

Cédula 1-558-420.

Carné del Colegio 4570.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	5
Agradecimiento.....	6
CAPÍTULO I PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	7
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	8
1.1.1 Antecedentes del problema.....	9
1.1.2 Problematización.....	11
1.1.3 Justificación del tema.....	13
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
1.3.1 Objetivos generales.....	16
1.3.2 Objetivos específicos.....	17
1.4 ALCANCES Y LIMITACIONES.....	18
1.4.1 Alcances.....	18
1.4.2 Limitaciones.....	19
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO.....	20
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	21
2.1.1 Formación Social y Jurídica de los Derechos Laborales en el Desarrollo histórico mundial.....	21
2.1.2 Historia moderna del Derecho Laboral.....	23
2.1.3 Nacimiento Histórico del fenómeno migratorio.....	25
2.2 CONTEXTO TEÓRICO.....	26
2.2.1 Conceptualización de Garantías Fundamentales.....	26
2.2.2 Derechos de los trabajadores migrantes.....	28
2.2.3 Marco jurídico de las relaciones de servicio.....	29
2.2.4 Conocimientos del trabajador migrante sobre sus Derechos Fundamentales.....	31
2.3 HIPÓTESIS.....	32
2.3.1 Variable Independiente.....	33

2.3.2 Variable Dependiente.....	34
2.4 OPERACIONALIZACIÓN DE LOS OBJETIVOS	35
CAPÍTULO III MARCO METODOLÓGICO	38
3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	39
3.1.1 Finalidad.....	39
3.1.2 Dimensión temporal.....	40
3.1.3 Marco.....	41
3.1.4 Naturaleza.....	42
3.1.5 Carácter.....	43
3.2 SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN	44
3.2.1 Primera mano.....	44
3.2.2 Segunda mano.....	45
3.3 SELECCIÓN DEL MUESTREO	46
3.3.1 Probabilística o no probabilístico.....	47
3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECTAR INFORMACIÓN	50
3.5 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	52
CAPÍTULO IV OBJETIVOS	54
4.1. Concepto de Derechos Laborales.....	55
4.2. Concepto de Contrato de Trabajo.....	56
4.3 Concepto de trabajador migrante indocumentado.....	67
4.4 Derechos y Garantías Fundamentales que protegen al migrante.....	77
4.5 Principios que protegen a los Migrantes.....	90
4.6 Tipos de trabajos que realizan los Migrantes.....	109
4.7 Restricciones del Trabajador Migrante Indocumentado.....	111
4.8 Acciones Legales que pueden interponer los trabajadores indocumentados al ser despedidos.....	117
4.8.1 Los Procesos Ordinarios Laborales.....	117
4.8.2 Derecho al acceso a la justicia.....	122
4.8.3 Riesgos Laborales.....	123

4.8.4 Daños y Perjuicios.....	126
4.9 Vacíos Legales que existen sobre el Tema.....	130
4.10 Protección Jurisprudencial.....	131
CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	147
5.1 CONCLUSIONES.....	148
5.2 RECOMENDACIONES.....	151
BIBLIOGRAFÍA.....	153
GLOSARIO.....	156

Dedicatoria

A mi madre Ana Serrano Luna, la mujer que más admiro, la persona más importante en mi vida, mi motor, quien me inspira por seguir adelante, una mujer luchadora que ha estado conmigo siempre apoyándome y dándome la fuerza para querer ser mejor, a quien le debo todo lo que soy.

Agradecimiento

Principalmente a Dios, por permitirme alcanzar mis metas.

A mi madre y a Mauricio Fonseca, su compañero de vida que ha sido como un padre para mí, por darme la gran oportunidad de estudiar.

A mis profesores y profesoras quienes me compartieron sus conocimientos, especialmente a mi tutor de tesis el Ms. Froylán Alvarado Zelada por toda su ayuda en el desarrollo de este tema.

A mi familia y a todas las personas que de alguna manera creyeron en mí y me apoyaron para que cumpliera esta meta.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTIAMIENTO DEL PROBLEMA.

Buscar que al trabajador en condición de emigrante indocumentado, se le reconozcan los mismos derechos laborales, se le brinde la misma protección y todas las garantías sociales con los que cuenta un trabajador nacional.

1.1.1 Antecedentes del problema.

La migración es un fenómeno que ha acompañado la historia de los seres humanos y, si bien es cierto, al paso del tiempo las causas han cambiado hasta esta época, siempre se ha conceptualizado a los migrantes como un grupo de personas que se mueve a una región geopolítica distinta para satisfacer una necesidad puntual, ya sea por alimentación, territorio o por la gran necesidad económica que ahora está presente globalmente.

Tanto las desventajas sociales, laborales y políticas, siempre han caracterizado la migración en sus estadios iniciales. Es tras un proceso de mezcla cultural donde el nativo aprende a coexistir con estas personas y con esta coexistencia primaria empiezan por afianzar las bases jurídicas, sociales y psicológicas para una migración más digna.

Como en un principio la ley no contempla las reglas donde las que la sociedad debe comportarse con los migrantes, principalmente, en el ámbito laboral abre la oportunidad a empleadores explotadores que violan toda noción de derechos humanos. Es así que nació la necesidad de crear organismos internacionales que regulen estos complejos procesos, uno de ellos es, por ejemplo, el MARCO MULTILATERAL para el tratamiento de las migraciones, propuesto por la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Un ejemplo de las propuestas hechas por la OIT son:

- Igualdad de trato y no discriminación, incluida la igualdad de trato en materia de seguridad social entre los nacionales y los no nacionales;

- Preservación de los derechos adquiridos;
- Preservación de derechos en proceso de adquisición; y
- Pago de prestaciones a los beneficiarios residentes en el extranjero.

Este Marco multilateral no vinculante de la OIT, es el resultado de investigaciones exhaustivas en materia de migraciones laborales de todas las regiones del mundo. Basado en los principios enunciados en los instrumentos internacionales pertinentes y en directrices de políticas internacionales y regionales, invita a los gobiernos a que apliquen los principios y las directrices que contiene y así aplicar políticas más eficaces de migraciones laborales, en particular en relación con los derechos, el empleo y la protección de los trabajadores migrantes.

1.1.2 Problematicación del problema.

Costa Rica cuenta con un bloque de constitucionalidad que garantiza el trabajo como un derecho humano, brindándoles a los trabajadores la garantía de contar con un salario mínimo y así evitar algún tipo de discriminación respecto del salario y condiciones en las que el trabajo se lleva a cabo. Sin embargo, ante una realidad que lo desborda, no hay un pleno ejercicio del derecho al trabajo de las personas migrantes, ni se garantizan plenamente sus derechos laborales, puntos críticos que deben atenderse.

Existen ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y, sin embargo, resultan ser frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, un salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas en cuanto a seguridad e higiene, descanso, indemnización, entre otros. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual señalo lo siguiente : “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

En muchas ocasiones, sucede que no se les reconocen a los trabajadores migrantes sin documentos de identidad los derechos laborales ya mencionados, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones, los trabajadores migrantes en esta situación no acuden a la asesoría que les puede brindar los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su misma situación irregular. Esto no debe ocurrir; pese a que podría verse deportado o de alguna otra forma verse perjudicado un trabajador migrante indocumentado, ya que este último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para exigir todo aquel derecho laboral que haya adquirido como trabajador y que esté bajo una verdadera protección de leyes nacionales e internacionales para que se le puedan ser reconocidos legalmente.

1.1.3 Justificación del problema.

Los trabajadores migrantes indocumentados, son los que especialmente se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto de los trabajadores nacionales, ellos poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros con documentos legales o sin ellos, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de estos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

Actualmente, existe una iniciativa dentro del Ministerio de Trabajo para modificar el Código de Trabajo e incluir un título sobre Trabajadores Migratorios, que aún no ha llegado a la Asamblea Legislativa, tampoco se han ratificado algunos instrumentos de protección internacional, por ejemplo, los Convenios Internacionales de OIT 97 de 1949 (sobre los trabajadores migratorios) o el Convenio 143 de 1975 relativo a las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores migrantes. Asimismo, Costa Rica

tampoco ha ratificado la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias.

La importancia de ratificación de estos instrumentos es para garantizarles, de forma efectiva, los derechos humanos de las personas migrantes con independencia de su condición o situación jurídica en el país, evitándose así abusos a los que están expuestos especialmente quienes se encuentran en situación irregular y así dándole una solución a este problema.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cómo lograr que se le reconozcan a los trabajadores migrantes indocumentados en Costa Rica sus Derechos Laborales, a pesar de su condición irregular?

1.3 OBJETIVOS

Arias G. Fideas dice: “Objetivo de investigación es un enunciado que expresa lo que se desea indagar y conocer para responder a un problema planteado”(edi 6, 2011, p.48).

1.3.1 Objetivo general

Jiménez P. Ethel dice” Los objetivos generales constituyen una finalidad del estudio. Se construyen de la siguiente manera: se escribe el infinitivo (como: determinar, establecer, verificar), luego el objeto de estudio junto con los variables, el periodo y el lugar), (2011, p.50)

Sintetizar los derechos fundamentales que tienen los trabajadores en condición de migrantes, con la finalidad de que tales derechos les sean respetados y no avasallados en razón de su condición, tanto por el derecho como por la sociedad.

1.3.2 Objetivos específicos

Los objetivos específicos son los pasos que se dan para lograr el objetivo general. Ellos se desprenden del general y “ deben formularse de forma que estén orientados al logro del objetivo general, es decir, que cada objetivo específico esté diseñado para lograr un aspecto general de aquel; y todos en su conjunto, la totalidad del objetivo general” (Bernal Torres,2010)

1. Detallar los diferentes derechos laborales que posee una persona migrante indocumentada.
2. Determinar si existe en Costa Rica protección legal o jurisprudencial sobre ese tema.
3. Examinar las posibilidades de acceso a la justicia que tienen los migrantes en Costa Rica.
4. Concluir si las leyes migratorias nacionales permiten que el trabajador conserve sus derechos laborales.
5. Considerar la posibilidad de una regulación legal específica para el tema de los migrantes.
6. Comparar los principios de igualdad y no discriminación, tanto internacionales como de regulación nacional sobre el tema.

1.4 ALCANCES Y LÍMITES DEL PROBLEMA

1.4.1 Alcances

Buscar en la Ley y la Jurisprudencia toda aquella normativa que permita al trabajador emigrante indocumentado defender sus derechos laborales.

1.4.2 Limitaciones

Esta investigación se hará solamente a nivel del territorio costarricense.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 CONTEXTO HISTORICO.

2.1.1 Formación social y jurídica de los Derechos Laborales en el desarrollo histórico migratorio.

Algunos estudiosos han llegado a la conclusión que el derecho laboral nació a finales de la Edad Media con la Revolución Industrial, época cuando se vieron violentados algunos derechos humanos de las personas trabajadoras, ya que éstas trabajaban con jornadas laborales indefinidas, un salario muy bajo, no tenían garantías laborales, había mucha explotación humana, por lo que esta situación generó muchas controversias entre el patrono y el trabajador y surgió la necesidad de una política laboral justa para las dos partes.

El derecho laboral, en el plano migratorio, tema central de esta investigación, en el territorio que es hoy Costa Rica, inició con la de los conquistadores españoles cuando se proponían aventurarse al nuevo mundo con el aporte del esclavo negro africano que figuraron al lado de los conquistadores y fueron partícipes y testigos del sometimiento indígena costarricense.

Por lo anterior, se puede afirmar que las primeras migraciones de “carácter laboral” al territorio costarricense fueron las realizadas por estos esclavos de raza negra, bajo el dominio de los españoles. Para que estos pudieran ingresar al nuevo mundo requerían la autorización o licencia del rey, la cual implicaba el pago de un tributo de dos ducados, por esclavo, al fisco.

Como se puede observar, las migraciones de esclavos hacia la que sería Costa Rica, inician en el siglo XVI con La Conquista y tomando mayor auge en los siglos

siguientes cuando comienzan los procesos de colonización y se requiere de mano de obra, dirigida especialmente al sector agrícola y a la construcción.

En las tres primeras décadas del siglo XX, se llegó a establecer medidas de protección del empleo de los costarricenses, dentro de los cuales cabe citar, en 1930 con el Registro de Identificación Inmigratoria, se establecen mayores mecanismos de control sobre los trabajadores migrantes, especialmente del istmo y del Caribe, quienes tenían la obligación de reportarse de manera constante ante las autoridades de policía a informar sobre sus actividades en el país y su período de estadía, estableciéndose la deportación los inmigrantes que ingresaban sin los trámites legales requeridos.

Ya para la primera década del siglo XXI ha estado marcada por una serie de acuerdos de cooperación entre Costa Rica y sus países vecinos tendientes por garantizar flujos migratorios más ordenados y más supervisados. Se ha dado la participación de organizaciones ciudadanas y de trabajadores que buscan promocionar los derechos de los trabajadores migrantes. Y así hasta llegar a lo que es, actualmente el derecho laboral moderno.

2.1.2 Historia moderna del Derecho Laboral

Una fecha importante que enmarca la historia del Derecho Laboral en nuestro país es el 27 de agosto en 1943 durante la administración de Rafael Ángel Calderón Guardia con la promulgación de la norma principal de regulación obrero-patronal, como lo es el Código Laboral

En un principio, el derecho del trabajo se limitaba a la reglamentación de las condiciones de trabajo y al estudio teórico del contrato de trabajo. Hoy, incluye instituciones que no se refieren al trabajo en sí, sino a la protección del sujeto más vulnerable de la relación laboral como lo es el trabajador, va más allá de la labor. Se incluye, en la actualidad, la reglamentación del trabajo independiente abandonando la concepción clásica que sólo se refería al trabajo subordinado. Lo central no es el contrato del trabajo, sino el hecho social del trabajo. Lo primero es importante, pero no se debe cometer el error de singularizarlo de forma exclusiva. También se le da mucho valor e importancia a lo que son los principios laborales, los cuales se explicaran más adelante.

En la época contemporánea, el derecho laboral viene a regular algunas de estas relaciones en torno al proceso productivo. Especialmente, las relaciones laborales que se establecen por medio del salario. El contrato de trabajo legitima todo ese proceso al regular el proceso de trabajo y el papel del trabajador como reproductor de mercancías. El derecho de propiedad regula el proceso de trabajo. La propiedad sobre el trabajo humano y la forma de venta es regulada por el contrato de trabajo. El fin del contrato de trabajo en la globalización es asegurar la producción y no proteger la actividad humana en el proceso de trabajo. Con la disciplina a la

fuerza laboral que impone el Ordenamiento jurídico, se mantiene por el temor de los trabajadores por quedarse sin medios de subsistencia, y los hace asumir la forma de contratación como algo accesorio. De ahí, que el trabajo sea una pesada carga y una obligación forzada, que pierde todo contenido creador y se convierte en un modo de subsistencia cada vez más complejo y exigente. En la sociedad globalizada, la organización del trabajo se mantiene mediante la disciplina que se requiere para establecer la producción. El derecho de trabajo le permite al empleador disciplinar a las trabajadoras y trabajadores.

2.1.3 Nacimiento Histórico del fenómeno migratorio

La migración hacia Costa Rica no es un fenómeno nuevo. La presencia de migrantes extranjeros no solo ha estado vinculada a distintos momentos de la vida republicana del país, sino que ha permitido el desarrollo de actividades productivas y comerciales. Costa Rica es un país que debe una parte de su desarrollo a la participación de las personas migrantes que llegaron en diversos momentos a esta tierra.

Hacia finales del siglo XVII, la escasez de fuerza de trabajo derivada de la catástrofe demográfica y de la incapacidad española para conquistar a los “indios bravos”, obligó a explorar otras opciones. Como ocurrió en otros países de la región, la presencia de esclavos negros provenientes de África constituyó un factor importante del sistema económico social de Costa Rica en la Época Colonial. Geográficamente, su presencia estuvo limitada a la región Atlántica del país donde fueron empleados en plantaciones o en fincas.

En la década de los años noventas, se escenifica un movimiento importante de personas originarias de zonas rurales y con baja escolaridad, motivado por razones económicas, laborales, ambientales y de reunificación familiar. Este movimiento tiene un punto alto después de noviembre de 1998 cuando el Huracán Mitch azota con fuerza Centroamérica y causa fuertes pérdidas humanas y económicas en Nicaragua. Esto impulsa un fuerte movimiento migratorio hacia Costa Rica que obliga al gobierno de Rodríguez Echeverría a establecer una amnistía migratoria en 1999.

2.2 CONTEXTO TEÓRICO.

2.2.1 Conceptualización de las Garantías Fundamentales

El actual concepto de Derechos Humanos, derechos que son inherentes a la naturaleza del hombre se consideraban que pertenecían al derecho natural, con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 se denominaron “Derechos del Hombre”, pero esos derechos fueron simplemente declarativos, por eso cuando fueron incorporados en algún ordenamiento jurídico, se aludió a que se estaban “Garantizando” esos Derechos en una Constitución, llamándose así o reconocidos como “Garantías”.

Los derechos fundamentales recogidos en las normas constitucionales, mediante el proceso de eficacia horizontal han servido para desarrollar un nuevo paradigma de las relaciones laborales. A raíz de ese modelo de derecho constitucional laboral, se ha dado respuesta a una serie de situaciones que comprometían los derechos fundamentales del trabajador, mismos que eran legitimadas en el poder de control y dirección del empleador. Ejemplo de ello en nuestro ordenamiento jurídico es la tutela ideada para personas objeto de despidos discriminatorios operados por razones de género, orientación sexual y creencias religiosas, tesis que han sido derivadas mayormente del principio de igualdad, consagrado por el precepto 33 de la Constitución Política. En este orden de ideas, el derecho de intimidad de la persona trabajadora emanado del ordinal 24 constitucional, se sitúa como un impedimento para el ejercicio del poder del empresario, es decir, sirve para imposibilitar que se realicen controles de la vida personal del trabajador que estén disociados de la

prestación personal pactada. El derecho de intimidad constriñe al empleador por abstenerse de investigar aspectos de la personalidad del trabajador, tales como su orientación sexual, modo de vida, militancia política y prácticas religiosas, puesto que estos en modo alguno condicionan la capacidad profesional, física e intelectual para el ejercicio de las labores remuneradas. Por esa razón, el control de la esfera privada del trabajador, únicamente será válida en la hipótesis que el comportamiento extra-laboral sea contradictorio con las labores debidas, campo en el que se debe incluir el control de sustancias psicotrópicas. (Sala Segunda 2010-0124)

2.2.2 Derechos de los trabajadores migrantes.

El derecho al trabajo se entiende como el acceso y disfrute a un trabajo remunerado en el que se respeten sus derechos laborales en igualdad de condiciones respecto de los nacionales.

Costa Rica cuenta con un bloque de constitucionalidad que garantiza el trabajo como derecho humano, el salario mínimo y la no discriminación respecto del salario y establece las condiciones en las que el trabajo se lleva a cabo, garantizando la seguridad laboral, este bloque normativo, no hace referencia de un estado legal o ilegal de un trabajador, por lo que son derechos que también cuenta un extranjero sea en la situación migratorio que se encuentre.

No podrá hacerse discriminación respecto del 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. Sin embargo, en otras condiciones como lo es el tema de la legalidad tienen los derechos muy limitados, como por ejemplo, en el campo del derecho a la salud de las personas migrantes en Costa Rica, principalmente de aquellas que están en condición de indocumentación migratoria, requiere tomar en cuenta que tal derecho no se ejerce de forma automática, al menos no en todos los casos. Este derecho no es pleno, pues uno de los requisitos de ingreso al sistema que proveen los servicios de salud, es estar asegurado y esto no es posible para quien se encuentra en condición migratoria irregular.

2.2.3 Marco Jurídico de las Relaciones de Servicio.

Una relación contractual no puede ser considerada de tipo laboral si el servicio no se proporciona personalmente ya que lo que ha sido contratado únicamente puede ser realizado por un solo individuo que no puede ser sustituido.

En una relación laboral, la parte que recibe los servicios está no sólo interesada en la prestación de estos per se, sino también, en las capacidades personales de un individuo específico. La jurisprudencia nacional ha declarado claramente que un factor importante para eliminar la existencia de una relación laboral es si se descubre que los servicios son prestados por personas diferentes a la que firma el contrato, quien tiene el derecho de determinar qué individuo o individuos específicos proporcionarán los servicios realmente, bajo ciertas pautas de actuación y calificaciones, principalmente relacionadas con la calidad del trabajo llevado a cabo y no a la forma como será realizado.

Los principios legales básicos que determinan la existencia de una relación de empleo bajo la legislación laboral de Costa Rica se establecen en el Código de Trabajo, como sigue:

Artículo 2: "Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo."

Artículo 4: *"Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo."*

Artículo 18: *“Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otras sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.”*

Partiendo de estos fundamentos legales, la jurisprudencia local es unánime al considerar que hay tres elementos básicos cuya presencia es crucial para determinar si la relación entre las partes es de tipo laboral, y por tanto, sujeta a todas las estipulaciones y protecciones del Código de Trabajo o de un tipo no laboral, únicamente regido por las regulaciones civiles ordinarias.

Tales elementos básicos son que el servicio debe darse personalmente; que éste debe ser pagado y que debe darse bajo la subordinación del patrono. Entre ellos, la subordinación es considerada como el elemento principal y esencial para la determinación de la presencia o no de una relación de empleo, puesto que los otros dos componentes pueden estar presentes y no necesariamente involucrar la aplicación de la ley laboral, esto es importante para la responsabilidad que se le pueda llegar a imputar a un patrono por contratar a trabajadores indocumentados y se le puedan aplicar las sanciones correspondientes.

2.2.4 Conocimientos del Trabajador Migrante sobre sus Derechos Fundamentales.

Los derechos constitucionales son aquellos incluidos en la norma constitutiva y organizativa de un estado generalmente denominada Constitución que se consideran como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos que disfrutan de un estatus especial en cuanto a garantías (de tutela y reforma) dentro del ordenamiento jurídico.

Algunos estudios revelan que existe poco conocimiento, poca conciencia o menosprecio hacia de los Derechos Humanos. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en la que están representados la mayoría de los países del mundo, decidió declarar obligatorio el conocimiento, respeto y vigencia de los Derechos Humanos, entre todos los países miembros. Esto es lo que se conoce como Declaración de los Derechos Humanos y se realizó en Washington, Estados Unidos, el 10 de diciembre de 1948. En esta Declaración, los países que participaron se comprometieron, desde entonces, a velar porque todos sus ciudadanos conozcan los derechos humanos, los respeten, vivan y defiendan.

Ahora refiriéndose a las personas migrantes indocumentadas que son, generalmente, de bajo grado de escolaridad, es difícil que sepan qué derechos tienen y cómo defenderse de los abusos causados en el plano laboral.

2.3 HIPÓTESIS

Sampieri., et al (2014) define “Hipótesis de investigación: como proposiciones tentativas acerca de las posibles relaciones entre dos o más variables” (p. 107).

En la presente investigación, por su enfoque principalmente cualitativo, finalidad y fuentes de información, además por el tipo de análisis por realizar, la investigadora considera no necesario un planteamiento de hipótesis, por lo que se procede a operacionalizar, los objetivos específicos para una mejor percepción de estos.

2.3.1 Variable independiente

Derechos Laborales

“Derecho Laboral: Conjunto de normas que tienen por base, en el sector privado, las relaciones de trabajo existentes entre un empleador y uno o más asalariados y que regulan las relaciones individuales (salarios, vacaciones retribuidas, despidos) y colectivas (sindicatos, representación del personal, convenciones colectivas). El derecho laboral implica cierto número de principios que, por su generalidad, penetran en el sector público, libertad sindical, derecho de huelga”. (Enciclopedia Jurídica. ed, 2014).

Fournier define “Es la especialización temática del Derecho en ocasión al trabajo, que regula mediante (leyes, reglamentos, normas y jurisprudencia) la existencia y el funcionamiento de las relaciones entre las personas que fungen como patrones y trabajadores. (Derecho Laboral 1, 2011. p. 17)

Conjunto de normas jurídicas, de reglas, de principios que regula las relaciones obrero patronales y que tienen por objeto el de equilibrar la desigualdad que hay entre ellos. (Machicado J. et 2010. p.5)

La primera definición, de la enciclopedia jurídica, es la que va ser utilizada en esta investigación.

2.3.2 Variable dependiente

Garantías fundamentales y sociales.

Jaime Guzmán lo explicaba en sus cátedras: "Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos — forzosa e inevitablemente— a ciertos límites (...). Más allá de los límites que impone la moral en aquellos ámbitos que corresponden exclusivamente al juicio de Dios y de la propia conciencia, la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común".

En palabras de José Luis Cea, estos derechos se tratan "de atributos que jamás tienen alcance absoluto, pues si lo poseyeran se convertirían en prerrogativas típicas de un déspota que obra, con rasgos ilícitos o abusivos".

Jorge M. Quinzio recuerda: "Los Derechos Humanos no son para aprenderlos de memoria. Todo el catálogo de los Derechos Humanos es para mejorarlos y sacar conclusiones de cuando ellos fueron vulnerados, para nunca más vivirlo ni negarlos, para que todos tengan conocimiento de ellos, para hacerlos valer, respetarlos y exigir su respeto, vigencia y garantía y hacerlos aplicables".

El concepto de Jaime Guzmán será el utilizado en esta investigación.

2.4 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES:

El trabajador inmigrante en situación irregular es el débil jurídico en la relación laboral, pues sus derechos humanos reconocidos por los Estados y organismos internacionales se infringen debido al grado de superioridad que tiene el patrono, lo cual le permite desconocer tales derechos.(Bermúdez Abreu, Yoselyn y Hernández Jiménez, Orielle. La protección del trabajador inmigrante en situación irregular dentro el ordenamiento jurídico venezolano. Gaceta Laboral [online]. 2009, vol.15, n.3 [citado 2017-02-18], pp. 93-112).

Objetivo Específico	Conceptos	Variables	Indicadores
Sintetizar y estudiar los diferentes derechos laborales que posee una persona migrante indocumentada.	<p>Migrante:Término genérico que abarca, tanto al emigrante como al inmigrante</p> <p>Indocumentado: Que no dispone de los documentos legales de identificación personal necesarios para acreditar su identidad</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Asimilar -Entender -Cantidad -Personas 	<ul style="list-style-type: none"> -Disposición a consultar -Tipos de Personas -Situación poblacional
Determinar si existe en Costa Rica protección legal o jurisprudencial sobre ese tema.	<p>Jurisprudencia: Conjunto de las sentencias, decisiones o fallos dictados por los tribunales de justicia o las autoridades gubernativas.</p> <p>Doctrina: Opinión de uno o varios autores en cualquier materia</p> <p>Tipicidad: Que incluye en sí la representación de otra cosa.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Motivo -Fundamento -Conocimiento -Información -Formalidad 	<ul style="list-style-type: none"> -Comprensión de la causa -Disposición de legislativa

<p>Determinar las posibilidades de acceso a la justicia que tienen los migrantes en Costa Rica.</p>	<p>Acceso a la Justicia: acceso de todos a los beneficios de la justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesible, por parte de todas las personas físicas o jurídicas</p> <p>Derecho: Conjunto de normas concernientes a las relaciones de los ciudadanos entre sí</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Cantidad -Calidad -Legalidad -Formalidad -Constitución -Participación 	<ul style="list-style-type: none"> -Grado de conocimiento -Formación de leyes -Política Legislativa
<p>Concluir si las leyes migratorias nacionales permiten que el trabajador conserve sus derechos laborales y Considerar la posibilidad de una regulación legal específica para el tema de los migrantes.</p>	<p>Reforma: Lo que se propone, proyecta o ejecuta como innovación en alguna cosa.</p> <p>Derechos Laborales: La rama del derecho que se encarga de regular las relaciones que se establecen a raíz del trabajo humano.</p> <p>Migración: Movimiento de población que consiste en dejar el lugar de residencia para establecerse en otro país o región, generalmente por causas económicas o sociales</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Cambio -Estilo -Modificación -Miedo -Incomodidad -Ambiente -Asedio -Maltrato -Injusticia 	<ul style="list-style-type: none"> -Disponibilidad al Cambio -Interés práctico -Tipo de Trato -Disposición del patrono Discriminación.
<p>Comparar los principios de igualdad y no</p>	<p>Principios: conjunto de valores, creencias, normas, que orientan y regulan la vida de la</p>	<p>Derecho Legislación Cambio Comparación</p>	<p>Tipo de trabajo Tipicidad Proyectos de cambio</p>

<p>discriminación, tanto internacionales como de regulación nacional sobre el tema</p>	<p>organización. Igualdad: condición o circunstancia de tener una misma naturaleza, cantidad, calidad, valor o forma, o de compartir alguna cualidad o característica Discriminación: Separar, diferenciar o excluir a alguna persona, o tratarla como un ser inferior, o privarle de derechos, por ciertas características físicas, por sus ideas, por su religión, por su cultura, por su orientación sexual, por su posición económica, u otros Regulación: Es la acción y efecto de regular (ajustar o poner en orden algo, reglar el funcionamiento de un sistema, determinar normas)</p>		<p>Regulación Internacional</p>
--	--	--	---------------------------------

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1 Finalidad Aplicada.

Rodrigo Barrantes Echavarría señala: “La investigación aplicada tiene la finalidad de resolver problemas prácticos, para transformar las condiciones de un hecho que nos preocupa” (2013.p 64).

La finalidad de este trabajo de investigación será la aplicada ya que se tratará de resolver los problemas que tienen los trabajadores migrantes, al no tener una protección legal en nuestro país, que impide que ellos tengan acceso a la justicia y por ese motivo no puedan reclamar los Derechos que le pertenecen por el simple hecho de ser trabajadores y que están contemplados como Garantías fundamentales reconocidos universalmente.

3.1.2 Dimensión temporal longitudinal.

Esta dimensión analiza el desarrollo del tema investigado, tanto en diversos momentos como a lo largo del tiempo; todo con el fin de poder identificar y comparar los diversos comportamientos del tema conforme pasa el tiempo.

Esta investigación tiene una dimensión longitudinal ya que analiza cómo a lo largo del tiempo ha crecido el fenómeno migratorio en nuestro país e identificar la necesidad que existe de cambiar o mejorar el ámbito legal, para adecuarlo en el tiempo actual.

3.1.3 Marco (mega-macro-micro).

La mega: “Una investigación es mega cuando se realiza un estudio nacional sobre condiciones socioeconómicos y para ello se aplica un censo en todo el país, o cuando se plantea realizar un análisis administrativo, que incluya a recursos humanos, finanzas y mercadeo, entre otras áreas”. (UH.2017.p, 26).

La macro: “El estudio que se realiza en una parte o fragmento de lo mega”. (UH.2017.p, 26).

La micro: “Se refiere a una parte, un elemento, un subtema o un micro espacio, sobre el cual o en donde el investigador hará su investigación”. (UH.2017.p, 26)

El marco de esta investigación se hará a nivel micro, solamente se tratará de solucionar el problema y los vacíos que tienen las leyes nacionales, sobre el tema de los trabajadores migrantes que tiene nuestro país.

3.1.4 Naturaleza

Existen tres tipos de naturaleza, y la que tendrá este tema en específico será la

Cualitativa: como la define Roberto Hernández, et al “se considera que todo individuo, grupo o sistema social tiene una manera única de ver el mundo y entender situaciones y eventos, lo cual es construido a partir de sus experiencia y mediante la investigación, debemos tratar de comprenderlo en su contexto” (2014. P.9).

Esta investigación es de naturaleza cualitativa ya que busca describir el fenómeno migratorio que es, qué condiciones legales tienen los trabajadores migrantes, entender sus necesidades, e incorporar hallazgos que no se han previsto.

Cuantitativa: en palabras de Roberto Hernández, et al (2014), en su texto Metodología de la investigación, la investigación cuantitativa: “Utiliza la recolección de datos para probar hipótesis con base en la mediciones numéricas y el análisis estadístico, a fin de establecer pautas de comportamiento y probar hipótesis” (p.4)

Mixta: “Va entremezclando ambos enfoques a lo largo de todo el proceso, que se vuelve más complejo” (UH.2017.p, 30).

3.1.5 Carácter

Exploratoria: “La investigación que se realiza para conocer sobre un tema poco investigado, su propósito central es aportar información nueva, sobre la cual otra investigación luego puede profundizar”, (UH, 2017.p, 31).

Descriptiva: “Corresponde a los estudios cuyo fin es presentar detalladamente el fenómeno que está ocurriendo, es decir, describir el hecho lo más minuciosamente posible” (UH.2017.p, 31).

Explicativa: “Trata de probar mediante ejercicios estadísticos el nivel de relación que existe en las causas y los efectos, con el fin de medir el nivel de intensidad de la relación” (UH. 2017.p, 32).

Esta última es la que tendrá esta investigación, es de carácter explicativo ya que va dirigido a responder por las causas de los eventos y fenómenos sociales. Explicar por qué ocurre el fenómeno migratorio y en qué condiciones se manifiesta.

3.2 SUJETOS Y FUENTES DE INVESTIGACIÓN.

3.2.1 Primera mano:

“Todos los documentos como tesis de las Universidades que se encuentran en línea y trabajos de investigación de Organizaciones reconocidas” (UH.2017.p, 35)

Las categorías de trabajador migrante a la luz de la nueva ley General de Migración y Extranjería, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2012.

El régimen Jurídico aplicable a los trabajadores migrantes temporales y transfronterizos en Costa Rica, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 2012.

Los derechos laborales de las personas migrantes en el Perú, Universidad Católica del Perú, Perú, 2015.

Los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes, Universidad de Granada, España, 2012.

Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España, Universidad de Jaén, España, 2013.

3.2.2 Segunda mano:

Son “Artículos científicos de revistas reconocidas e indexadas de expertos. Se establece el nombre del artículo, nombre de la revista y el número como el año. Libros y documentos relacionados con los temas que se desarrollan.” (UH. 2017.p, 35).

La Tutela de los derechos constitucionales del Trabajador, Revista Argentina, Número 18, 2016.

Informe sobre las migraciones en el mundo, Organización Internacional para las migraciones, 2011.

Migración Indígena Laboral, MIDEPLAN, 2012.

Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el sistema Interamericano, OEA, 2010.

Formulación de una política pública sobre migración laboral. Ventana Legal, 2015.

3.3 SELECCIÓN DEL MUESTREO.

3.3.1 La población

Guía de trabajos finales de graduación: “Constituye el universo total sobre el cual se hace la investigación y puede estar conformada por comunidades, grupos, personas; situaciones, organizaciones.”(2017.p, 35).

3.3.2 La muestra

Según la Universidad Hispanoamérica en la Guía de trabajos finales de graduación: “Constituye un subgrupo representativo de la población, idéntico en todos sus extremos, su tamaño no implica que una investigación sea mejor, porque se lleve a cabo con grupos grandes; si no que la calidad radica en que se describan claramente las características de la muestra, para evitar ambigüedades o confusiones”. (2017.p, 36).

3.3.3 Probabilística

Según la Universidad Hispanoamericana, Guía de trabajos finales de graduación: “Es cuando todos los sujetos que conforman el subgrupo tienen la misma posibilidad de ser escogidos por medio de una selección mecánica; este procedimiento es esencial en la investigaciones cuantitativas, porque se suelen recoger los datos mediante encuestas y cuestionario para luego analizarlos estadísticamente”. (2017.p, 35).

3.3.4 No probabilística

“Se da cuando la elección depende de las características de la investigación y la toma de decisión de una persona o grupo”. (UH. 2017.p, 36).

Para la presente investigación se seleccionara este tipo de muestreo, el no probabilístico, se seleccionaran jueces como participantes principales, que conozcan sobre la materia laboral, para llegar a conocer como han resuelto ellos el tema de los derechos de los migrantes indocumentados.

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECTAR LA INFORMACIÓN.

1) Para la observación los instrumentos más usados son:

La hoja de observación: Este método de recolección de datos consiste en el registro sistemático, válido y confiable de comportamientos y situaciones observables, a través de un conjunto de categorías y subcategorías. Útil, por ejemplo, para analizar conflictos familiares, eventos masivos (como la violencia en los estadios de fútbol), la aceptación-rechazo de un producto en un supermercado, el comportamiento de personas con capacidades mentales distintas, etc. Haynes (1978) menciona que es el método más utilizado por quienes se orientan conductualmente. (Sampieri 2010, p.260).

La lista de cotejo: “Es una matriz de doble entrada en la que se anotan en dos filas los conceptos o aspectos que voy a observar y en las columnas la calificación que otorgo a esa observación”. (Barrantes, 2002, p182).

La bitácora: “es una especie de diario personal, donde, además se incluyen: descripciones del ambiente o contexto, Mapas, Diagramas, cuadros y esquemas” (Sampieri.p, 380).

Cámaras: “Instrumento que facilitan en la recolección de datos e información con exactitud en los procesos de observación.”(slideshare, 2010)

2) Para la técnica de la entrevista, el instrumento utilizado es:

El cuestionario: “Es un conjunto de preguntas, preparado cuidadosamente, sobre los hechos y aspectos que interesan en una investigación, para que sea contestado por la población o su muestra”. (Slideshare, 2010)

3.5 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.

Operacionalización: “Se lleva la variable de un nivel abstracto a un plano de concreción, para precisar al máximo el significado que se le otorga a la variable en ese estudio. Se elaboran conceptos, definiciones e indicadores para explicar la manera como se van a contrastar las variables”. (UH, 2017.p, 39).

Variable independiente: Derechos Laborales

Definición conceptual: “refiere a la claridad teórica de la variable y se extrae del marco teórico en forma resumida”. (UH.2017, p, 39)

Conjunto de normas que tienen por base, en el sector privado, las relaciones de trabajo existentes entre un empleador y uno o más asalariados y que regulan las relaciones individuales (salarios, despidos) y colectivas (sindicatos, representación del personal, convenciones colectivas). “(Enciclopedia Jurídica.2014)

Definición operacional: “refiere a traducir en indicadores, que permitan la observación directa de la variable; es decir, la observación empírica donde la medición se realiza en aspectos concretos.”(UH, 2017). Se indica con una escala gráfica.

0_____negativo_ - | 4+_positivo_____6

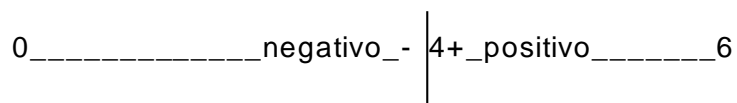
Definición instrumental: “se especifican las técnicas e instrumentos por utilizar para la recolección de la información, según las variables abordadas y los resultados esperados, se indican las preguntas que miden los indicadores de las variables.”(UH.2017.p, 39).

Técnica de entrevista, mediante cuestionario,, con preguntas de la 1 a la 11, es la que se usara en esta investigación.

Variable dependiente: Las garantías fundamentales y sociales

Definición conceptual: En palabras de Jaime Guzmán: "Los derechos humanos no son absolutos, en el sentido de ilimitados. Desde el momento en que su titular es un ser contingente y no absoluto, limitado y no infinito, sus derechos están sujetos —forzosa e inevitablemente— a ciertos límites (...). Más allá de los límites que impone la moral, la vida en sociedad exige que el ordenamiento jurídico también consagre limitaciones al ejercicio de todos los derechos humanos, en aras del bien común".

Definición operacional: sobre esta variable dependiente, también se tomará para el promedio de los indicadores la siguiente gráfica.



Definición instrumental: El instrumento utilizado en esta variable dependiente es igual a la de la variable independiente, se hará una entrevista, por medio de un cuestionario.

CAPÍTULO IV

OBJETIVOS

4.1. Concepto de Derechos Laborales.

Alejandro Gallart define el Derecho de Trabajo como: “El Derecho del Trabajo es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regular las relaciones del trabajo entre patronOs y obreros y los aspectos que derivan de esta relación”.

Estas normas derivan de La Constitución Política costarricense, por lo que son básicas y fundamentales, buscan garantizar una relación justa entre el poder que tiene un patrono y sus trabajadores, y así tener la certeza de que toda relación laboral se ajuste a lo que la ley regula, aunque principalmente protege a la parte más vulnerable de la relación laboral como lo es el trabajador.

Los derechos laborales en nuestra legislación tienen una serie de características y principios importantes que deben ser respetados, por ejemplo se consideran irrenunciables, por lo que no importa lo estipulado en el contrato, el derecho a un salario mínimo, a las vacaciones, etcétera, no se pueden renunciar ni de manera voluntaria ni forzosa, se podrían negociar en cuanto al monto, a los días que quiera utilizar para las vacaciones, pero de ninguna manera se puede renunciar.

Otra característica importante es su imprescriptibilidad, mientras su contrato laboral esté vigente y mantenga relación con el mismo patrono sus derechos no prescriben, hasta que no finalice la relación laboral y el contrato de trabajo, sea por renuncia, despido o jubilación. Prescribe hasta después de los 6 meses o un año después de esa fecha.

4.2 Concepto de Contrato de Trabajo.

El contrato de trabajo se puede definir como la prestación personal por medio de la cual una persona física (trabajador) se obliga a prestar un servicio personal a otra persona física o jurídica (patrono), bajo dependencia o subordinación a cambio de una remuneración o salario.

También, definido en el artículo 18 del Código de Trabajo, donde al mismo tiempo se han establecido como los elementos esenciales y básicos conformadores de una verdadera relación laboral, son los que definen si se está en presencia de un nexo de carácter laboral o de otra naturaleza contractual.

ARTICULO 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquél en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada en está, y por una remuneración de cualquier clase o forma.

A continuación, se describirán detalladamente tres elementos o características fundamentales contenidas en el artículo mencionado que determinan un contrato laboral: como la subordinación, la remuneración y la prestación personal de servicio.

a) Subordinación: La subordinación es el elemento característico y diferenciador del contrato de trabajo, frente a cualquier otro tipo de relación contractual. Su existencia presupone una sumisión por parte del trabajador a las órdenes y directrices que emite el patrono. La legislación la define, como la dependencia

permanente y dirección inmediata o delegada que ejerce el patrono o sus representantes al trabajador.

CABANELLAS quien dice: “Entiéndase por subordinación el estado de limitación de la autonomía del trabajador, al cual se encuentra sometido en sus prestaciones por razón de su contrato, y que origina potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden de mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa.”

La Sala Segunda ha determinado elementos característicos de la relación de subordinación entre patrono y trabajador los cuales analiza de la siguiente forma:

“Por su parte, la subordinación jurídica se define como el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte (...) es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas (...)por lo que basta con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quien presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario. “

El Ministerio de Trabajo, también, ha aportado su criterio, en cuanto a lo que esta institución considera subordinación, diciendo que “es, sin lugar a dudas, la más notable característica del contrato de trabajo. De acuerdo con la doctrina, legislación y reiterada jurisprudencia, la dependencia permanente surge en tanto se ejecuta el

trabajo convenido, aun cuando éste sea transitorio o accidental, supone la misma dirección inmediata o delegada que caracteriza la relación de trabajo y que esencialmente consiste en la facultad que corresponde al patrono de dar órdenes o instrucciones al trabajador acerca de la tarea encargada.”

b) Remuneración: Otro elemento diferenciador del contrato de trabajo con otras formas contractuales, es la dependencia económica, de forma que se estaría en presencia de una relación laboral cuando la totalidad o la mayoría de los ingresos del trabajador provienen de una misma fuente.

La jurisprudencia lo ha definido también como “la retribución que, un trabajador, percibe como contraprestación por el servicio prestado a su patrono y que, esta retribución puede ser de cualquier clase o forma”.

En cuanto a retribución el artículo 162 del Código de Trabajo la describe como “... toda retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo.”.

Sobre este tema, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia mediante resolución 408- 2002 (reiterando lo dispuesto en el Voto 2000-896) dispuso que “...el salario es la retribución que, un trabajador, percibe como contraprestación por el servicio prestado a su patrono y que, esa retribución, puede ser de cualquier clase o forma. La jurisprudencia y la doctrina, son conformes estableciendo, que el salario comprende no sólo el fijado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales, sean éstas bonificaciones, comisiones, premios, zonaje, antigüedad, etc;

por lo que salario o sueldo se refiere a la totalidad de beneficios que recibe el trabajador...”.

c) Prestación Personal: El contrato de trabajo es “intuitu personae”, es decir, personalísimo, al punto de que cuando un trabajador es contratado para desarrollar ciertas labores, éste no podría válidamente enviar otra persona a laborar a su nombre y representación, es decir, no puede ser sustituido. Adicionalmente, no existe en nuestra legislación la posibilidad de contratar bajo una relación laboral, como empleado, a una persona jurídica (ej.: sociedad mercantil, asociación, fundación, etc.); en otras palabras, el estatus de trabajador aplica únicamente a personas físicas o individuos.

El Derecho Laboral reconoce como trabajador solamente a personas físicas, siendo especialmente personalísima esta rama del Derecho en cuanto a la denominación de la parte empleada. Debido a esto es que existe una especial protección por parte de la normativa y de los principios generales que regulan las relaciones laborales para cubrir las diferencias existentes entre el trabajador y el dueño de los medios de producción, es decir, el empleador.

Características del contrato laboral:

Además de los elementos esenciales descritos y mencionados anteriormente, el contrato de trabajo también cuenta con una serie de características importantes, que se analizarán a continuación:

1. Es consensual: lo cual significa que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes quedando éstas por tanto, obligadas a todos los efectos derivados del contrato desde el momento mismo en que consintieron en obligarse y pudiendo serle a ambos sujetos exigidos desde entonces sus respectivas prestaciones.
2. Tiene carácter sinalagmático: dado que el mismo procede de dos partes.
3. Es oneroso: nota ésta que supone que cada una de las partes experimenta un sacrificio (representado por la prestación que se cumple), al cual corresponde una ventaja. Normalmente, se entiende que la onerosidad determina un equilibrio o equivalencia entre prestación y contraprestación, si bien, debe tenerse en cuenta que dicha equivalencia es suficiente con que sea subjetiva, aun cuando pueda existir un desequilibrio objetivo, problema que correspondería a la justicia intrínseca de la relación en sí.
4. Es conmutativa: las prestaciones que se deben las partes son inmediatamente ciertas, de manera que cada una de ellas pueda apreciar, en el momento mismo en que el contrato se perfecciona, el beneficio o pérdida que el contrato pueda causarle.
5. De ejecución continua: en cuyo carácter el dilatarse en el cumplimiento que cierta duración es condición para que el contrato produzca el efecto querido por las partes y satisfaga la necesidad que les indujo a contratar. A su vez, y dentro de los de esta categoría, el trabajo pertenece a los denominados de tracto sucesivo, es decir, aquellos en los que la prestación, siendo única, se realiza sin interrupción.

6. Tiene carácter principal: en cuanto puede existir por sí solo, sin depender ni lógicamente ni jurídicamente de otro.

7. Es un contrato de naturaleza personal: en su realización y patrimonial en su contenido, con obligaciones no estrictamente de este último carácter.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, ha analizado las características anteriores de la siguiente manera:

“(…)ya que estos se caracterizan por ser: bilaterales, ya que engendra obligaciones para ambas; oneroso, en el sentido de que cada parte aspira a, y obtiene, una ventaja de la prestación de la otra; conmutativos, en el sentido de que cada parte representa la realidad de su propia prestación y la de la otra como ciertas al tiempo de contratar; y sinalagmáticos, en sentido funcional, esto es, busca una correspondencia, paridad o equivalencia entre los deberes jurídicos básicos recíprocos de las partes para realizar la idea de un equilibrio aproximado entre prestación y contraprestación; concluyéndose por ende, que sí existió un vínculo entre las partes en conflicto, y que éste fue de naturaleza laboral, como supra se indicó. Se pueden indicar también que estos contratos de trabajo no asumen una obligación de dar sino de hacer; que la prestación se hace por cuenta ajena (ajenidad); que dicha prestación es de carácter continuado; y que el servicio tiene una naturaleza dependiente o de subordinación del trabajador al poder de dirección del patrono. Bajo esta inteligencia y habiendo demostrado la parte accionante, que el vínculo que lo unió a la sociedad demandada es de tipo laboral, debe rechazarse el agravio de la parte demandada por improcedente.”

Partes de la relación laboral.

Es importante conocer, además de los elementos y características de un contrato laboral, sus sujetos los protagonistas del contrato de trabajo, que han sido principalmente el trabajador y el patrono, no obstante, con el transcurso del tiempo otros sujetos han empezado a intervenir en las relaciones laborales. En la presente sección, se analizarán las principales características y funciones de los sujetos del contrato de trabajo.

A) Trabajador: El sujeto principal en la relación laboral es el trabajador, es decir, la persona que ejecuta las tareas o presta los servicios. En este sentido, CABANELLAS ha expuesto que para que una persona pueda conceptualizarse como sujeto de la relación laboral debe presentar los siguientes elementos:

- a) Debe tratarse de una persona física.
- b) Debe realizar un trabajo, es decir, debe darse una actividad manual, intelectual o mixta.
- c) El trabajo debe realizarse por cuenta ajena.
- d) Debe existir una relación de dependencia entre quien da el trabajo y quien lo recibe.
- e) Debe darse una remuneración, aun cuando de antemano no se hubiera fijado la cuantía.

Un concepto técnico jurídico de trabajador puede ser el siguiente: la persona física que se obliga a trabajar por cuenta y bajo dependencia ajena a cambio de una remuneración y en virtud de un contrato de trabajo.

El Código de Trabajo ha definido el concepto de trabajador en su artículo 4, el cual indica lo siguiente: “Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo.”

b) Patrono: La legislación laboral ha definido al patrono como toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras personas, en virtud de un contrato de trabajo.

El Código de Trabajo determina al empleador como tradicionalmente se ha hecho, o sea como patrono, suponiendo la existencia o necesidad de que exista un contrato de trabajo y señalando las diversas formas cómo se configura.

Entre las características de la figura patronal se tiene: puede ser persona física o jurídica, no es intuito personae, salvo casos excepcionales la posición del empleador no es personalísima y esto se explica por la circunstancia que el trabajador no le interesa, salvo pocas excepciones quien sea el propietario de la empresa. Lo que necesita es un sujeto a favor de quien pueda disponer de sus servicios a cambio de una contraprestación de salario.

Sobre el concepto de empleador o patrono, existe una serie de definiciones, de las cuales se destaca la de PLA RODRÍGUEZ que establece que “empleador es

aquella persona física o jurídica, que utiliza los servicios del trabajador con fines lucrativos". Este autor, reafirma la distinción entre empleador y empresario, por cuanto este último será quien tiene una empresa y, por lo tanto, persigue un fin económico con ella, en tanto que empleador será aquel que contrata los servicios de una persona y se beneficia de ellos.

El patrono podrá ser representado por terceras personas dentro de la relación laboral, además podrá ejercer el poder de dirección y disciplinario emanado del patrono. El artículo 5 del Código de Trabajo, ha definido como representantes patronales a los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, las personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o de administración.

c) Sujetos Accesorios: Los sujetos accesorios, dentro del contrato de trabajo, son aquellos que, precisamente, no son indispensables para que la relación laboral se desarrolle, sin embargo, con las nuevas tendencias contractuales y las exigencias del mercado, algunos sujetos han ido interviniendo, posicionándose poco a poco y en algunos casos, hasta resultando inevitable su participación. Entre los sujetos accesorios más importantes se tienen: el intermediario y el contratista:

- Intermediario: El contrato de trabajo puede surgir cuando un sujeto, no subordinado a un determinado patrono, contrata trabajadores para que presten sus servicios a un tercero, quien por ser el beneficiario real de los servicios prestados, actúa como patrono para todos los efectos.

La principal función del intermediario es colaborar para el establecimiento del nexo, contratando a los trabajadores que prestarán sus servicios en beneficio de un determinado patrono, siendo que el Código Trabajo define al intermediario como aquella "... persona que contrata los servicios de otra u otras personas que ejecutan algún trabajo en beneficio del patrono".

Ahora bien, debido a las funciones desempeñadas en el contrato de trabajo el intermediario es solidariamente responsable con el patrono respecto de las obligaciones emanadas de la contratación. Sobre este tema la Sala Segunda ha indicado lo siguiente:

Si bien el señor... fungió como intermediario, respecto del coaccionante posición que lo obligaba solidariamente con el empleador a responder por sus derechos laborales, la petitoria, en los términos en que fue planteada, no puede acogerse, por no ajustarse a las reglas de la solidaridad contempladas en el Código Civil (artículos 637, 641 y 651), según las cuales cada uno de los deudores solidarios es tenido en sus relaciones con el acreedor como deudor único de la prestación total, pudiendo entonces el trabajador elegir si demanda al intermediario, al empleador o a ambos. Según la normativa citada, el codeudor que paga la deuda común tiene derecho a repetir de los otros codeudores la parte de cada uno, junto con costos e intereses. Ello implica que el deudor demandado no puede pretender que los codeudores no demandados respondan con él ante el acreedor, pero sí traerlos para que respondan ante él por lo que por ellos tenga que pagar al acreedor común.

- Contratista: El contratista, al igual que el intermediario, se ubica entre el trabajador y el patrono o beneficiario, el contratista tiene prácticamente las mismas funciones, sólo que con algunas diferencias. La relación que existe entre patrono e intermediario es la misma que existe entre contratista y beneficiario, es decir, una relación de carácter civil o comercial que en caso de incumplimiento deberá ventilarse en los tribunales comunes distintos de los laborales. La diferencia surge tratándose de la relación entre trabajador y cada uno de ellos. En el primer caso, con la intervención del intermediario, éste y el patrono son solidariamente responsables frente al trabajador; en tanto que el caso del contratista no, pues ante el trabajador responde únicamente el contratista. Además, el contratista trabaja con recursos propios en tanto que el intermediario lo hace con recursos del beneficiario.

4.3 Concepto de Trabajador Migrante Indocumentado.

Trabajador migrante:

“Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.”

El término de «trabajador migrante» se define en el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio número 97 de la OIT, y se mantiene la idea en el Convenio número 143, en su artículo 11 apartado 1, el cual establece que:

“la expresión trabajador migrante comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante”.

En el mismo instrumento, específicamente en el punto 104, la OIT advierte que “esta definición contempla sólo la migración de un país a otro, es decir, que se consideran migrantes aquellos que cruzan las fronteras internacionales para ocupar un empleo, y no se incluye a los trabajadores que van de un lugar a otro del mismo país por razón de empleo”. Además, en el punto 116 del Convenio 143 de la OIT, se aclara que “cubre a la vez los trabajadores reclutados en virtud de acuerdos de naturaleza privada, o concluidos bajo control gubernamental y los trabajadores que emigran fuera de tales acuerdos con el fin de buscar empleo”.

Para la OIT, el concepto se aplicaría a toda persona que sale de su país de origen y se dirige a otro con el fin de realizar una actividad remunerada a nombre ajeno. Además, incluye tanto a la migración organizada (reclutados por contratos privados o por la administración pública) y a la espontánea. Para todos los

instrumentos de la OIT, la definición solo abarca a los trabajadores migrantes que hayan sido legalmente admitidos con fines de empleo. Es decir, que las personas que han entrado ilegalmente en un país no están incluidas; aun cuando tienen el interés de la supresión de las corrientes clandestinas de migración y de la protección de los migrantes en situación ilegal.

Por otro lado, se dice que el concepto de trabajador migrante comprende, tanto al trabajador contratado previamente en su país de origen para realizar labores remuneradas específicas en otro país, como “además de aquellos extranjeros no contratados para una labor, los que ingresaron al país ilegalmente o en calidad de turistas, legalizando posteriormente su situación migratoria, es a estos los que podríamos llamar de ingreso irregular.”

La OIM también establece la distinción entre “trabajador migrante documentado”: “Trabajadores migrantes y sus familiares autorizados a ingresar, permanecer y trabajar en una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con su legislación interna y los acuerdos de los que ese Estado es parte”. Su correlativo sería el “trabajador migrante indocumentado”, o como modernamente se ha denominado “trabajador migrante en estado de irregularidad”, “Trabajador migrante o miembros de su familia que no están autorizados a entrar, permanecer, trabajar en un país.”

Se consideran no residentes a las personas extranjeras autorizadas por la DGME para el ingreso y permanencia en el país, bajo las subcategorías de: turismo, estancia, personas extranjeras en tránsito, personas extranjeras en tránsito vecinal

fronterizo por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas y el personal de medios de transporte internacional de pasajeros y mercancías.

Por disposición expresa de la LGME, en el artículo 92, las personas no residentes no podrán laborar en nuestro país, salvo las subcategorías de personal de medios de transporte internacional de pasajeros y mercancías, y dentro de la subcategoría de estancia, los invitados especiales, agentes de negocios, agentes viajeros o delegados comerciales y el personal de los medios de comunicación social. El plazo de permanencia para la subcategoría de estancia es de un año, con posibilidades de prórroga por el mismo plazo.

Las personas admitidas como no residentes podrán cambiar de categoría migratoria mientras estén en el país, siempre y cuando cumpla con los requisitos para la categoría migratoria deseada.

El Proyecto de Reglamento de Extranjería impondría que a “requerimiento de la Dirección y de conformidad con la subcategoría migratoria bajo la cual ingresaron al país, deberán demostrar que cuentan con medios económicos suficientes para subsistir en el país durante el tiempo de su permanencia, de conformidad con los medios de acreditación determinados por el Consejo Nacional de Migración”. Esto con el fin de evitar que las personas extranjeras vengan al país a realizar actividades laborales para las cuales no están autorizadas.

En el capítulo IV del Título VI de la LGME, se encuentran las categorías migratorias que la ley consideró como Especiales, con el fin de regular situaciones

migratorias que, por su naturaleza, requieren de un tratamiento diferente de las categorías migratorias anteriores.

Estas categorías especiales son las siguientes:

1) Trabajadores Transfronterizos:

Regulado en el artículo 97 de la LGME, que se define a esta categoría migratoria como “las personas extranjeras vecinas de las zonas aledañas a las fronteras de Costa Rica, autorizadas por la DGME para ingresar y egresar del territorio nacional, con el fin de realizar actividades asalariadas”. Dice que la Dirección deberá tomar como referencia, a la hora de autorizar a las personas extranjeras y a las actividades asalariadas, los estudios técnicos elaborados por el MTSS. Asimismo, establece la obligación de cotizar a la seguridad social de la CCSS y al régimen de Riesgos del trabajo del INS.

También en el artículo 101 el Proyecto de Reglamento, menciona que el trabajador transfronterizo deberá renovar anualmente su condición, para lo cual debe cumplir con la presentación del comprobante de adscripción vigente a los seguros de la CCSS durante todo el periodo de permanencia legal en el país y la carta del patrono indicando que continúa trabajando bajo las mismas condiciones para las cuales se le otorgó el permiso.

2) Trabajadores migrantes temporales

Regulados en dos artículos de la LGME, establece que la DGME autoriza el ingreso y permanencia en el país de las personas extranjeras con el objeto de realizar actividades laborales en forma temporal. Esto sucede porque deja su

regularización en manos del Reglamento que a la fecha no ha sido aprobado. Además, menciona que la DGME deberá tomar en cuenta las condiciones específicas de los pueblos indígenas.

El plazo, las actividades laborales, sus condiciones y la zona quedan sujetos a los criterios de la DGME para cada caso en concreto, tomando en cuenta las recomendaciones del MTSS, que estará a cargo de los estudios técnicos y de mercado para determinar la necesidad de mano de obra temporal extranjera. Por solicitud del interesado, la DGME dice si puede trabajar para otros patronos o zonas, así como prorrogar el plazo original.

El Proyecto de Reglamento de Extranjería fija que el periodo de autorización que otorgará la Dirección General será de seis meses, sin prever casos en los que se requiera menos o un poco más de tiempo. Si requiere estar un mes más, tendría que solicitar la renovación de la categoría migratoria, demostrando que persisten las mismas condiciones y realizar todos los trámites migratorios de las renovaciones. Lo anterior no resulta factible para el trabajador porque tendría que pagar los derechos de permanencia, lo que implica muchos gastos para personas que tienen pequeños salarios.

3) Trabajadores de ocupación específica, visitantes de negocios, personal de transferencia dentro de una misma empresa y personal adscrito a los servicios posteriores a la venta, y trabajadores por cuenta propia

En el artículo 100 de la LGME, se definen cada uno de los siguientes migrantes dentro de la misma categoría:

Los trabajadores de ocupación específica son las personas extranjeras que sean requeridas para ejercer actividades asalariadas, según estudios del MTSS y que no estén comprendidas en ninguna de las otras categorías migratorias especiales.

Esta es una categoría especial que por defecto solo corresponde cuando el trabajador migrante no corresponde como trabajador transfronterizo ni como trabajador migrante temporal ni está ligado a proyectos específicos y de interés público, ni a ninguna de las subcategorías que se mencionarán luego en este punto, sin embargo, que por su naturaleza requiere de un tratamiento diferente de las otras categorías migratorias.

El Reglamento de Extranjería establece los requisitos dependiendo de si la solicitud de estos trabajadores la realiza una persona física o una jurídica. Para ambos casos, la persona extranjera podrá renovar su estatus anualmente si persisten las condiciones.

4) Trabajadores ligados a proyectos específicos y proyectos de interés público.

En el artículo 124 de la LGME, se define a los trabajadores ligados a proyectos específicos, como las personas extranjeras quienes las empresas requieran contratar para proyectos y obras especiales y que están obligados al pago del seguro social, según la función de su actividad. La norma no se refiere en este artículo ni en ningún otro al concepto de trabajadores ligados a proyectos de interés público, solamente los menciona en el artículo 94 cuando hace las clasificaciones de las categorías migratorias especiales, donde los agrupa con los trabajadores ligados a proyectos específicos, por lo que se debe entender que tienen el mismo régimen jurídico.

El Proyecto de Reglamento de Extranjería solo agrega a este concepto que la DGME otorgará autorizaciones para trabajadores de proyectos específicos o de interés público, cuya permanencia sea mayor a seis meses.

5) Estudiantes, investigadores, docentes y voluntarios.

Esta categoría migratoria especial tiene prohibición expresa para laborar en territorio costarricense, primero con lo establecido en el artículo 104 de la LGME, señala que los estudiantes extranjeros no podrán realizar actividades remuneradas ni lucrativas; sin embargo, en éste, la ley permite excepciones a la regla dejándolo a discreción de la DGME cuando así lo determine para casos justificados.

Segundo, con el artículo 102 que, también, indica de que los extranjeros podrán ingresar a Costa Rica con el único objeto de cursar estudios o realizar trabajos de investigación no remunerados.

6) Artistas, deportistas e integrantes de espectáculos públicos, profesionales o técnicos destacados o personas invitadas para que realicen actividades de importancia para el país.

Es claro que la DGME solo le otorga autorización para realizar las actividades por las cuales ingresa al país, ya sean artísticas, deportivas, profesionales o de cualquier otra índole, según el caso y solo permanecerán por el tiempo previsto para dicha actividad; por lo que no podrán llevar a cabo actividades asalariadas en Costa Rica diferentes a las que motivaron su llegada al país.

7) Refugiados, asilados y apátridas.

Primeramente, se conocerá el concepto de refugiado el cual es : la persona que por temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad o cualquier otro tipo de discriminación, se encuentra fuera de su país de origen y no puede acogerse a la protección de ese país.

Para la ley el concepto de refugiado cobija al de apátridas, ya que el primero incluye a la persona que carezca de nacionalidad (artículo 106 inciso 2) y él término apátridas designa a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún estado.

Puesto que se considera a un trabajador, a toda aquella persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición y considerando que el derecho del trabajo es regulado a nivel nacional e internacional que regula los derechos sociales y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social.

Por lo anteriormente dicho, la persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.

De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.

4.4 Derechos y Garantías fundamentales que protegen al migrante.

El marco jurídico de Migración Laboral se proyecta en las Declaraciones que han hecho la ONU y las Convenciones de la OIT, las cuales se mencionarán a continuación:

1) Declaraciones de la ONU:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos.**

El documento proviene del 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de París, Francia. Luego de los hechos de la Segunda Guerra Mundial, se considera necesario establecer una norma a nivel universal, aplicable en cualquier parte del mundo, en la que se contemplen los Derechos Fundamentales de todo ser humano, reconociendo la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de cada persona.

El principio rector, sin lugar a dudas, es el de igualdad y no discriminación, el cual se ve reflejado desde el artículo 1, 2, 7 directamente; pero dicho principio está implícitamente en cada uno de los numerales de la declaración.

Es importante saber que en materia laboral, se prohíbe todo tipo de formas de esclavitud y de servidumbre. Y se proclama que toda persona tiene derecho al trabajo, en condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Asimismo, la igualdad también se expresa en el derecho a igual salario por trabajo igual, sin discriminación alguna. Sobre el salario o remuneración dice que debe ser equitativa y satisfactoria, que le asegure al trabajador y a su familia, una existencia conforme con la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualquier otros medios de protección social.

Otros derechos laborales consagrados en la norma son el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la jornada laboral y a vacaciones periódicas pagadas, el derecho a fundar y ser parte de sindicatos, y el derecho a la seguridad social, como miembro de la sociedad, es decir, no necesariamente debe ser nacional.

Sin embargo, toda persona estará sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las exigencias del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. En ningún caso estas limitaciones legales podrán ir en contra de los principios de las Naciones Unidas, tal y como se establece en el ordinal 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Es a través de este término de bienestar general que se justifican las políticas migratorias y el control de los flujos migratorios. Asimismo, el derecho a emigrar está contemplado dentro del derecho de libertad de tránsito, regulado en el artículo 13, el cual señala que “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos**

Esta convención entró en vigencia el 18 de julio de 1978 y ratificada por Costa Rica, así como por sus dos países limítrofes. Se establece un instrumento internacional con el propósito de consolidar en el Continente un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. La norma viene a reforzar los principios consagrados en los instrumentos anteriormente mencionados.

Además, reconoce que estos derechos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; por lo que se obligan los Estados Partes a adoptar el derecho interno a lo dispuesto en esta norma internacional.

Posteriormente, en el artículo 22 se establece el Derecho de Circulación y residencia. Al respecto, toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

La primera alusión a lo anterior hace referencia a los extranjeros o migrantes regulares, es decir, las personas debidamente autorizadas por los funcionarios competentes para ingresar y permanecer en el país, pero no se refiere a migrantes en situación irregular, a sus derechos.

2) Convenios de OIT

La OIT fue creada por el Tratado de Versalles en 1919, junto con la Sociedad de las Naciones. La Declaración de Filadelfia, promulgada en 1944, es la actual Carta de la OIT. Es un organismo especializado de las Naciones Unidas, cuyo objetivo fundamental es formular políticas y programas internacionales en los asuntos relativos a los Derechos Humanos, al trabajo y las relaciones laborales.

La OIT tiene un gobierno tripartito, que relaciona los Estados miembros, con los representantes de los sindicatos y de los empleadores. A través de estos han establecido un sistema de normas internacionales en todas las materias relacionadas con el trabajo.

En Costa Rica, según las fuentes del derecho, los Convenios de la OIT ratificados por el país tienen un rango jerárquico superior a las leyes y cuando, además traten asuntos de Derechos Humanos tienen un rango igual o superior a la Constitución Política. Y resulta que cuando se trata de personas migrantes constantemente se relaciona con los Derechos Humanos, ya que es común que salga a relucir el tema de la discriminación e igualdad de trato.

Además, existe una categoría especial que la OIT ha llamado como “Convenios Fundamentales”, adoptada en junio de 1998, que consiste en los principios y derechos fundamentales en el trabajo y aplicable a todos los Estados que pertenecen a dicha organización, hayan o no ratificado los convenios fundamentales.

A saber, estos Convenios Fundamentales son: el Convenio N° 29 sobre el trabajo forzoso, creado en el año 1930, el Convenio N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, el Convenio N° 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949, el Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951, el Convenio N° 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957, el Convenio N° 111 sobre la discriminación de 1958, el Convenio N° 138 sobre la edad mínima, de 1973, y el Convenio N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999.

- **Convenio 97 relativo a los Trabajadores Migrantes.**

El convenio fue revisado en 1949 luego de la Segunda Guerra Mundial, en un contexto en el que muchas personas se veían obligadas a emigrar y a trabajar en otros países.

La importancia del documento es que los Estados se comprometen a brindar información para que la OIT revise las disposiciones sobre la política y la legislación nacionales referentes a la migración; así como las disposiciones especiales relativas al movimiento de trabajadores migrantes y a sus condiciones de trabajo, así como de vida, los acuerdos generales y los arreglos especiales en estas materias, celebrados por el Estado.

El principio elemental, en esta materia, es el principio de igualdad y no discriminación, el cual es el pilar de este convenio; en este sentido, en el artículo 6 destaca que los Estados deben garantizar los derechos laborales de los inmigrantes en condiciones de igualdad que sus nacionales, sin ningún tipo de distinción. Al respecto aclara que estos derechos laborales son los referentes a: La remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando estos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores; la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas ofrecidas por los contratos colectivos; la vivienda; y la seguridad social (disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social); así como las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas.

Además, se establece la obligación, cuando el flujo migratorio entre dos países sea considerable, de celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan plantearse al aplicarse las disposiciones del convenio, siempre que ello fuere necesario o conveniente.

También, señala el Convenio la obligación de los Estados de tomar las medidas pertinentes contra la propaganda en materia de emigración y inmigración que pueda conducir a error. Dado que la finalidad de este Convenio es evidentemente facilitar los movimientos migratorios entre Estados, se contempla la necesidad de que todo Miembro, cuando ello resulte oportuno, dicte disposiciones con el objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes.

En materia de igualdad de trato, el Convenio núm. 97, introduce desde temprana época, el principio de igualdad y no discriminación respecto de los trabajadores migrantes, al establecer la obligación de un trato no menos favorable, para los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, en materias, tales como: remuneración en general, a filiación a organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos, vivienda, seguridad social disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como cualquier otro riesgo que de acuerdo con la legislación nacional esté comprendido en un régimen de seguridad social, impuestos, derechos y contribuciones del trabajo, y acciones judiciales.

Conforme la parte segunda de este artículo, el Convenio no resulta aplicable a:

- a) los trabajadores fronterizos;
- b) a la entrada de un corto período, de artistas, y de personas que ejerzan una profesión liberal;
- c) la gente de mar.

•Convenio 143 relativo a Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Trabajo y de Trato de los Trabajadores Migrantes; y la Acción Inmediata para su eliminación.

El convenio trata especialmente sobre el principio rector de esta materia, el de igualdad y no discriminación. Desde su artículo primero establece el compromiso de los Estados de respetar los Derechos Fundamentales de todos los trabajadores migrantes.

Otro punto trascendental del convenio es lo dispuesto sobre suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes; así como que las legislaciones nacionales deberán definir y aplicar sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas.

El convenio entra en adopción en 1975 y hasta la fecha Costa Rica no lo ha tomado ratificado. Sin embargo, se puede afirmar que cada uno de los puntos tratados en el convenio son aplicados en Costa Rica a través de las diferentes normas del sistema

jurídico nacional, ya que toda la normativa apunta hacia la igualdad de trato, oportunidades y de no discriminación de los trabajadores migrantes, así como de la eliminación de las migraciones en condiciones abusivas.

Se pronuncia de manera radical por el cumplimiento de la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, así como por la eliminación de toda forma de discriminación. Se compone de tres partes. La parte primera, constituiría en palabras de la Comisión de Expertos de la O.I.T.-la primera tentativa de la comunidad internacional para abordar los problemas relativos a las migraciones clandestinas y al empleo ilegal de migrantes. Sobre el particular, establece la obligación para todos los Miembros firmantes de tomar las medidas pertinentes, en el ámbito de su propia jurisdicción, como en colaboración con otros Miembros, para: suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo ilegal de migrantes; contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo; y contra los que empleen a trabajadores que hayan emigrado en condiciones ilegales.

En cuanto a los trabajadores en condición irregular, establece el Convenio núm. 143 que en tales casos y cuando la situación no pueda regularizarse, estos tendrán derecho a disfrutar, tanto ellos como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores, en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios.

La parte segunda del Convenio núm. 143, regula propiamente lo que son condiciones laborales de los trabajadores migrantes, de acuerdo con el artículo 10, todo Miembro para quien se halle en vigor el Convenio, se compromete a formular y

a aplicar una política, de acuerdo con las circunstancias y usos nacionales, para la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas a favor de las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de sus familias, se encuentren en su territorio. Según el artículo 11, la Convención no resulta aplicable a: a) los trabajadores fronterizos; b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; c) la gente de mar; d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; y e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período de nido o limitado de tiempo y que estén obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.

Pese a la relativa antigüedad de ambos convenios citados de la OIT, ambos mantienen importancia como marco conceptual de la protección de los trabajadores migrantes, especialmente tratándose del tema de las migraciones clandestinas y abusivas. En este sentido, resulta singularmente importante el artículo primero del Convenio 143, que a la letra indica: “Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”. Esta norma, elevada a la categoría de principio general, forma parte el “jus cogens” a que se refería la Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes reseñada, por lo que resulta de acatamiento obligatorio para todos los Estados que forman parte de la O.I.T, aún

cuando no hubiesen aprobado el Convenio. La norma significa, ni más ni menos, que sin perjuicio del derecho de los Estados a reglamentar las corrientes migratorias, existe una obligación de proteger al trabajador migrante, tal si ha entrado al país en forma ilegal o no, e independientemente de su estatus migratorio de residencia en el país de llegada. Esa protección mínima implica el reconocimiento a favor de todo trabajador migrante, de los derechos fundamentales contenidos en la legislación del país y en los tratados internacionales que ha ratificado el Estado. Los esfuerzos que hace la Organización Internacional del Trabajo en el ámbito internacional a favor de los trabajadores migrantes, que esta Organización siempre ha considerado que la mejor manera de gestionar eficazmente los flujos migratorios, lo es a través de instrumentos bilaterales, al punto de que la Recomendación No. 86 ofrece un “acuerdo tipo” como modelo de acuerdo bilateral.

Aunque las normas contenidas en los Convenios 97 y 143, no podrían ser invocados como legislación interna de cada país, al no haber sido ratificados aún por los Estados, ello no obsta para que no puedan ser incorporados a los pronunciamientos de las autoridades administrativas y judiciales, no solo por vía de la aplicación de los principios generales del derecho internacional, sino también, por vía de las interpretaciones que han hecho los órganos de control de la propia O.I.T.

C. Obligaciones de las Instituciones competentes en materia de protección de derechos laborales.

3. La Caja Costarricense de Seguro Social

La CCSS como institución autónoma creada en 1941 enmarcada dentro de las garantías sociales promovidas bajo el gobierno del Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia (1940-1944); quien afirmó en el mensaje inaugural al Congreso Constitucional el 8 de mayo de 1940, necesitaba:

"Amparar a la madre, defender la vida que nace, prevenir enfermedades, consolar decrepitudes, mantener vivo el sentimiento de fraternidad por el estricto acatamiento de los dictados de la justicia y los mandatos de la benevolencia; es faena sagrada que desde el Poder impulsaré con todas las fuerzas de mi espíritu."

Actualmente, dicha institución debe prestar sus servicios de salud a toda la población, con apego a los principios de la seguridad social: solidaridad, universalidad, unidad, obligatoriedad, igualdad y equidad. Además de otorgar protección económica y social, tanto a la población asegurada como a la de escasos recursos, de conformidad con la normativa vigente en materia de invalidez, vejez y muerte. Esta labor encuentra asidero en el ordinal 73 de la Constitución Política.

Por ello, el régimen de seguridad social costarricense es un régimen no excluyente, para quienes cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico, incluidos extranjeros, los residentes o habitantes quienes se encuentren legalmente en el país pueden asegurarse bajo los principios de universalidad y solidaridad.

El proceso para asegurar a una persona extranjera es el mismo de que si se tratase de una persona costarricense, no obstante, ese empleado extranjero debe estar con un estatus legal en Costa Rica. En consecuencia, si se tratare de

extranjeros ilegales, no tendrían acceso a la inclusión en el régimen de seguridad social, pero sí a la atención médica en carácter de no asegurado, con el respectivo pago por los servicios brindados.

En el Estado costarricense, hasta una persona extranjera en condición de indigencia puede recibir atención médica; no obstante, esta persona debe estar con un estatus migratorio legal en el país y ser calificado formalmente por la Institución como indigente, la Caja Costarricense de Seguro Social debe asegurar a dicha persona con cargo al Estado, para que pueda recibir la atención médica necesaria, en cualquier centro de salud de Costa Rica.

En el artículo 3 de la ley mencionada, se refleja el principio de obligatoriedad del régimen, al decir que:

“Las coberturas del Seguro Social -y el ingreso al mismo- son obligatorias para todos los trabajadores manuales e intelectuales que perciban sueldo o salario. El monto de las cuotas que por esta ley se deban pagar, se calculará sobre el total de las remuneraciones que bajo cualquier denominación se paguen, con motivo o derivados de la relación obrero-patronal (...)”

5. La Defensoría de los Habitantes de la República, institución con una eventual incidencia en protección de trabajadores migrantes.

La Defensoría de los Habitantes es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes en el territorio costarricense. Le corresponde velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el

Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, debe promocionar y divulgar los derechos de los habitantes. Toda persona física o jurídica interesada, sin excepción alguna, puede dirigirse a la Defensoría de los Habitantes de la República.

Hasta este punto, se comprende que la legislación informa una serie de lineamientos seguidos en materia de derechos laborales de la persona trabajadora migrante. Todas estas fórmulas responden a un "ideal" o por así decirlo cuentan con un fin.

4.5 Principios que protegen a los migrantes

Los principios del derecho laboral y migratorio, sirven de informantes a quien debe aplicar una norma; dándole una especie de “guía” en su labor hermenéutica, que a fin de cuenta va a tener incidencia en la realidad a la hora de dar solución a un caso en concreto. Los principales principios del derecho en materia laboral y migratoria, en los cuales el ordenamiento jurídico costarricense se ha inspirado y, a su vez, sirven como fuente normativa y como criterio de interpretación, son los siguientes:

A. Principio de igualdad y no discriminación:

El principio de igualdad ante la ley se expresa como el sometimiento de todas las personas a un mismo estatuto jurídico fundamental para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus deberes.

El principio de no discriminación está estrechamente vinculado al principio de igualdad, toda vez que el primero asegura la plena vigencia del segundo al excluir o prohibir toda diferenciación, preferencia o exclusión fundamentada en criterios de raza, color, etnia, sexo, nacionalidad, edad, clase social, religión y cualquier otro tipo de discriminación que menoscabe la dignidad humana.

Asimismo, el principio tiene otra manifestación importante, la cual es que a “igual trabajo igual salario”, lo que implica no solo el cumplimiento de los derechos mínimos legales, sino incluso se debe de igualar las condiciones de trabajo si algún trabajador se está viendo más beneficiado y realizando las mismas labores.

“El principio (de igualdad) tiene un fundamento constitucional y doctrinario - nacional e internacional-, puesto que se encuentra relacionado con la dignidad humana.

Debido a su misma denominación, muchas veces suele confundirse con el concepto de no discriminación. La no discriminación implica el no efectuar diferenciaciones, por razones que no son admitidas como legítimas por el ordenamiento jurídico - por ejemplo, por razones de sexo, raza, religión, opinión, inclusive política, origen social, actuación sindical, etc.-; en cambio, el principio de igualdad - a veces llamado “de equiparación”-, es aún más amplio, puesto que conlleva el conceder a todo trabajador el mismo beneficio – generalmente salarial-, que perciben sus compañeros o compañeras de labores, si es que realizan idéntica prestación de servicios. Sin embargo, como lo afirma Plá Rodríguez, "...no contrariar principio el que una persona sea tratada especialmente. Lo que interesa desde este punto de vista no es que haya algún empleado más favorecido que otro, sino que algún empleado resulte discriminado (esto es, perjudicado) respecto de la generalidad... El principio de no discriminación lleva a excluir todas aquellas diferenciaciones que colocan a un trabajador en una situación inferior o más desfavorable que el conjunto. Y sin una razón válida ni legítima”.

El ordenamiento jurídico costarricense está inspirado en este principio, pero en materia migratoria laboral, el principio de igualdad no es absoluto, pues permite excepciones y limitaciones, al preferir en igualdad de condiciones al trabajador costarricense sobre el extranjero, en cuanto al acceso al trabajo.

Esta concepción del principio de igualdad, se justifica en que los nacionales y los extranjeros no se encuentran en la misma situación jurídica, sino que sus situaciones y circunstancias son desiguales, por lo tanto, no se pretende un trato idéntico. Este criterio se puede ver en votos como el 348 del año 2008 del Tribunal de Trabajo:

“El principio de igualdad ante la ley no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho propiamente a ser equiparado a cualquier individuo, sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la ley no haga distinciones entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica, o en condiciones idénticas, o sea que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales. Se pretende una “equiparación” y no una igualdad porque resulta claro que las condiciones laborales no resultan “iguales” (idénticas para decirlo claramente)”.

Una vez que se le ha otorgado un empleo en Costa Rica, el Estado debe “impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía”, sobre todo en estos grupos tan marginales, quienes suelen establecer relaciones de dependencia económica con los empleadores, potenciando así que se violen sus derechos como personas y como trabajadores.

La misma Constitución desarrolla en el capítulo de Garantías Sociales un listado de derechos que amparan a todos los trabajadores, sin distinción alguna, así se tiene: salario mínimo (art. 57), jornadas de trabajo (art. 58), descansos y vacaciones (art.59), derecho a la sindicalización (art. 60), derecho a paro y huelga (art.61), convenciones colectivas (art.62), entre otros. Estos derechos laborales, son ampliados en el Código de Trabajo y otras leyes y decretos; y se hacen extensibles a todos los trabajadores indiferentemente de su nacionalidad.

El artículo 33 de la Constitución establece:

“Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.”

A partir de aquí se puede hablar de un principio genérico de igualdad, ya que la denominación “toda persona” establece que todos debemos ser tratado igual, claro está estando en situaciones similares. En materia de nacionalidad, el numeral 19 de la Constitución refuerza esta idea:

Artículo 19.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y colectivos que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.”

El principio de no discriminación obliga a que las excepciones y limitaciones a que se refiere el supra citado artículo 19 constitucional, tengan que devenir de criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Son reservadas a la ley y a la Constitución y nunca podrán responder a criterios como la simple etnia, la religión o la nacionalidad, ya que en este caso se estaría hablando de una discriminación irracional.

Por último, este criterio se refuerza aún más, cuando la Constitución preceptúa en su artículo 68 la prohibición de realizar discriminación alguna en cuanto a salarios, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros. Seguidamente, plantea en una de las mencionadas excepciones al principio de igualdad, ya que

establece la preferencia, a la hora de realizar contrataciones, para los costarricenses cuando se encuentre en igualdad de condiciones con extranjeros aspirantes al cargo.

Esta limitación en todo caso no afecta de manera directa a los transfronterizos o a los temporales, en la medida de que su ingreso se justifica en el hecho de que la mano de obra interna no cumple a satisfacción las necesidades de determinadas actividades.

B. Principio de acceso al trabajo.

El principio lleva implícito la libertad de trabajo y el derecho al trabajo. A nivel legal, el Código de Trabajo establece en su artículo 8 que:

“A ningún individuo se le coartará la libertad de trabajo, ni se le podrá impedir que se dedique a la profesión, industria o comercio que le plazca, siempre que cumpla con las prescripciones de las leyes y sus reglamentos respectivos”.

Comúnmente, se dice que el trabajo dignifica al hombre y a la mujer y que por ello es un derecho que le es inherente por su condición de persona; su importancia es tal que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (SC) ha dicho lo siguiente:

“El derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental del hombre, cuyo ejercicio le permite lograr una existencia digna y cuyo cumplimiento debe el Estado vigilar, proteger e implementar por los medios correspondientes, cerciorándose de que en todos los organismos oficiales o privados, no se apliquen políticas de empleo discriminatorias a la hora de contratar, formar, ascender o conservar a una persona

en el empleo, pues todo trabajador tiene el derecho de acceder en condiciones de igualdad (...)"

De la cita anterior, se deduce que no basta con un reconocimiento del derecho, sino que es necesaria la implementación de normativa y políticas las cuales permitan un trabajo digno; en el que juega un papel muy importante el principio de igualdad de trato.

La Constitución Política de la República de Costa Rica en su artículo 56 establece el derecho al trabajo, entre otros aspectos:

"Artículo 56.- El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantizará el derecho de libre elección de trabajo."

De este artículo pareciera que los trabajadores migrantes temporales y transfronterizos se ven beneficiados a medias, ya que el compromiso del Estado es proporcionar empleo a los habitantes del país; nacionales o extranjeros regularizados bajo otras categorías migratorias que igualmente facultan laborar en Costa Rica; pero cuya permanencia no depende del estar empleado o no en el país (en este sentido, ver las resoluciones 673-97, 619-99 y 4545-00 de la SC).

C. El principio protector

El principio protector es el más característico y sobre el cual gira toda la normativa laboral. Este principio alude a la función esencial cumplida por el ordenamiento jurídico del derecho de trabajo, esto es, el establecer un amparo preferente a la parte trabajadora, que se manifiesta en un desigual tratamiento normativo de los sujetos de la relación de trabajo asalariado que regula, a favor o en beneficio del trabajador.

Este principio supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva regulación que se ha de aplicar. Esta regla opera, entonces, en los casos de sucesión normativa, garantizando el respeto a los niveles alcanzados con la norma más antigua o derogada. Para invocar esta regla, deben concurrir tres requisitos:

- Que se trate de condiciones laborales, en un sentido amplio (alimentación, transporte, becas de estudio, vestimenta, etc.).
- Que las condiciones laborales sean más beneficiosas para el trabajador, lo cual importa compararlas con otra regulación, nacida bajo el imperio de una norma antigua, sea legal o convencional.
- Que las condiciones laborales hayan sido efectivamente reconocidas al trabajador, a nivel individual.

D. El principio de continuidad de la relación laboral

La doctrina, también, lo llama como principio de permanencia, conservación o subsistencia del contrato. Tiene diversas manifestaciones: establece que en caso de duda de las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del

contrato; la preferencia del derecho de trabajo por los contratos por tiempo indeterminado (artículo 26 del Código de Trabajo); la consideración como contratos de plazo indefinidos a la celebración de contratos de plazo determinado en forma sucesiva (artículo 27 párrafo final del Código de Trabajo).

Este principio reconocido a favor del trabajador persigue que las relaciones laborales sean estables. Esto porque se ha concebido al contrato de trabajo como una relación jurídica indefinida, estable y de jornada completa, de tal manera asegure la continuidad de la permanencia del trabajador en la empresa, protegiéndola de rupturas e interrupciones y limitando las facultades del empleador de ponerle término.

De esta manera, la jurisprudencia ha dicho que:

“El artículo 26 del Código de Trabajo, el cual recoge el principio de continuidad que ha venido caracterizando la contratación laboral. Esto es así porque nuestro sistema legal-laboral se desarrolla a partir de un Estado Social de Derecho, cuya orientación se dirige a garantizar derechos laborales y sociales de los trabajadores (as), con clara visión de disminuir la inestabilidad, sinónimo de inseguridad para este grupo. Los promotores de la legislación laboral vigente, sin duda alguna tuvieron claro que la inestabilidad laboral de los trabajadores (as) debía evitarse, pues es un factor que atenta contra el sustento de las familias y por lo tanto podía desencadenar acciones individuales y colectivas que pongan en riesgo la paz y estabilidad del país. De esa forma nuestro sistema legal, acorde con la finalidad del derecho de trabajo, no se conforma con el presente del empleado (a) sino procura asegurar su porvenir, potenciando las contrataciones por tiempo indefinido. Esto se desprende del citado

numeral 26 del Código Laboral, que indica: “El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia de trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos”. Por su parte el artículo 27 del citado cuerpo normativo prohíbe, como regla general los contratos a plazo por más de un año en perjuicio del trabajador. La excepción a esa regla son los contratos para servicios que requieran preparación técnica especial, lo que en criterio de la Sala Segunda, debe demostrar el empleador, en cuya hipótesis el plazo puede ser hasta de cinco años. Este artículo también admite prórroga expresa o tácita; lo que debe entenderse que es permitido cuando no perjudica al trabajador. Esto significa, que cuando el empleador utiliza indebidamente la contratación a plazo en tareas que por su esencia y naturaleza son permanentes, la conclusión ha de ser que las contrataciones no pueden ser a plazo, y de hacerlo para burlar derechos laborales de los trabajadores, dicha calificación debe declararse arbitraria y con abuso del derecho por parte del empleador”

E. El principio de irrenunciabilidad de los derechos

Este principio plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de ventajas concedidas por el Derecho del Trabajo. El ordenamiento jurídico laboral se aleja nuevamente de los criterios civilistas, que recogen los principios contrarios, de la renunciabilidad de los derechos y de la autonomía de la voluntad.

Es decir, el derecho laboral prohíbe las renunciaciones que hagan los trabajadores de los derechos mínimos establecidos por la ley. Así de claro es el artículo 11 del Código de Trabajo:

Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes conexas que los favorezcan.

Con respecto de este principio, la jurisprudencia nacional se ha expresado diciendo que:

“El principio base de irrenunciabilidad de los derechos laborales, cuya finalidad última, es garantizarle un mínimo de derechos reales a todo trabajador/a, impidiendo en circunstancias de necesidad, negociarlos o bien la renuncia de esos derechos fundamentales, constituyen una protección y un mecanismo de equilibrio en las relaciones de poder que surgen como producto del capital y el trabajo en los contratos laborales, y que es aplicable también en el campo de las actividad pública. Esas normas, deben entenderse dentro de un contexto constitucional, en el cual son de trascendental importancia la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación. Los negocios o finiquitos realizados entre las partes, respecto de una relación laboral, serán válidos si se ajustan en un todo al ordenamiento jurídico”.

F. El principio de inversión de la carga de la prueba

Permite a los trabajadores alegar sus derechos en sede judicial sin tener que aportar necesariamente prueba (en la mayoría de los supuestos) la cual sustente sus pretensiones, máxime que muchas veces esta prueba es de difícil o imposible

acceso para el trabajador, pues muchas veces los medios de prueba están en manos del propio empleador. Se imputará verdadero lo que el trabajador invoque, siendo la parte patronal la que tiene la obligación de aportar elementos probatorios idóneos para desmentir al trabajador.

A nivel jurisprudencial, se le ha denominado como el principio de la redistribución de la carga de la prueba, y se ha desarrollado que:

“El trabajador, parte más débil de la relación jurídico laboral y, generalmente ubicado en la posición de actor o demandante, esta exonerado, en lo sustancial, de la carga procesal de la prueba de sus afirmaciones, la que corresponde, en lo básico y fundamental, al empleador. Por ello, lo aducido en la demanda tiene la presunción jurídica de veracidad, presunción que como sabemos, puede, y debe, ser destruida por el demandado mediante el ofrecimiento y producción de la prueba correspondiente; a esto es a lo que procesalmente se denomina "redistribución" de la carga probatoria (...)

En materia laboral, la redistribución de la carga de la prueba cobra sentido, en razón de que el trabajador, tiene menores posibilidades que su empleador, para producir prueba. El trabajador se encuentra en una posición de evidente inferioridad y debilidad frente al empleador, desequilibrio cuya corrección se busca, al imponer, a este último, mayores cargas en la necesaria producción de la prueba. De esta manera, en materia laboral, la presunción de verdad de lo afirmado en la demanda por quien acciona, puede ser reafirmada mediante la prueba ofrecida y allegada al proceso. Por su parte, corresponde al patrono accionado, en aplicación del principio de redistribución de la carga probatoria, demostrar que las manifestaciones del actor

no se ajustan a la verdad, para ello está obligado a probar lo alegado al contestar la demanda, mediante la producción de la prueba que así lo demuestre. Sin embargo, el citado principio de redistribución de la carga de la prueba, no constituye para el trabajador una liberación total de esa obligación, siendo que respecto de determinados hechos, le corresponde dicha responsabilidad. Tal es el caso, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a reclamos de tiempo extraordinario y de feriados trabajados, en que, de conformidad con el artículo 317 del Código Procesal Civil, por remisión del 452 del Trabajo, se ha señalado que le corresponde al trabajador el onus probandi, por no constituir aspectos esenciales, normales y permanentes del contrato de trabajo, sino, de carácter excepcional; por lo que esa demostración debe permitir, además, su cuantificación clara y concreta. Extremo que, acreditado por el trabajador, hace surgir la obligación del empleador de demostrar su pago”

G. El principio de primacía de la realidad

Según el cual se deberá dar prevalencia a lo ocurrido en la práctica durante la relación laboral, frente a cualquier estipulación textual que define las condiciones en el trabajo que se aleje de esa realidad. En caso de que sobrevenga esta discordancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos. De esta forma, han surgido las nociones de “contrato-realidad” y “efectiva relación de trabajo”, al entendido que la aplicación del Derecho del Trabajo depende cada vez más de una relación jurídica objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento.

El principio presenta varias manifestaciones: la preeminencia de la realidad del contrato de trabajo, cualquiera que haya sido la denominación que le hubiesen dado las partes, es una presunción de oficio, cuando existe una persona que presta sus servicios y otra persona que los recibe, por una remuneración de cualquier clase (artículo 18 Código de Trabajo).

También, “cuando hubieran procedido con simulación o fraude a la ley laboral, mediante la adopción de figuras contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio”; asimismo, se aplica este principio cuando la remuneración emerge del contrato de trabajo, aunque las partes le hubiesen llamado como honorarios, compensación, retribución, regalías, etc.

Al respecto la Sala Segunda de la Corte ha dicho que:

“El principio de primacía de la realidad, al establecer la naturaleza laboral de la relación de prestación de servicios que incorpore los elementos de: prestación personal, retribución y subordinación jurídica, - independientemente de la denominación o forma jurídica que adopte- y en respaldo de lo anterior, establece una presunción de laboralidad -que admite prueba en contrario- para ese tipo de relaciones. El principio de primacía de la realidad, dentro del ámbito del derecho del trabajo, pretende hacer prevalecer la verdadera naturaleza de la vinculación jurídica que une a las partes que integran esa relación, sobre la apariencia que formalmente se le pretenda dar -muchas veces con el único objetivo de burlar obligaciones laborales o de seguridad social-. Al respecto señala Vázquez Vialard “... las estipulaciones contractuales por escrito (que no son frecuentes en derecho del trabajo), no tienen más que un valor de presunción que cae ante la prueba de los

hechos. Se imponen estos sobre la denominación o calificación que las partes atribuyan a la relación contractual. Este principio es importante para resolver la situación en los casos de simulación o fraude laboral (...), tan frecuente en la práctica, para no cumplir con las exigencias mínimas de la ley. En tales situaciones, se toma en cuenta la realidad, no lo pactado. Las cláusulas simuladas o fraudulentas son reemplazadas ope legis por las que corresponden en virtud de las disposiciones de orden público laboral que se hubieren violado”

H. Principio de Interés Público

La materia migratoria se declara de interés público en el artículo 2, es decir, va dirigido al bien común, basado en el desarrollo del país, sus instituciones y la seguridad pública. No obstante, no existe una definición precisa de “Interés Público”, debido a que es un concepto abstracto.

Al respecto, Huerta Ochoa dice que “Los conceptos indeterminados al aplicarse se refieren a una realidad concreta, determinable, que establece un primer límite: las decisiones que por norma constitucional o legal se encuentran asociadas a un concepto abierto de este tipo no pueden justificarse en intereses particulares”.

Asimismo, el Código de Trabajo se define como ley de orden público, y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimiento de cualquier naturaleza que sean, público o privados, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni de nacionalidades.

A pesar de regirse por contratos (derecho privado) de trabajo, al identificarse con el orden público laboral, existe un interés público a fin de que la actividad salarial por

cuenta ajena sea estatalmente protegida, al punto que se apliquen principios totalmente contrarios al derecho civil, tales como el principio de irrenunciabilidad de los derechos (en contra de la autonomía de la voluntad de las partes), el principio protector (en contra de la igualdad entre las partes) y el principio de supremacía de la realidad (en contra del adagio civilista de que “el contrato es ley entre las partes”, cuando éste se aleje de los hechos). Hay un interés social de proteger los derechos laborales, más allá del interés particular del trabajador de ser tutelado.

I. Derecho a no migrar

Entrando a lo que son los principios propiamente del derecho migratorio, se encuentra el principio del derecho a no migrar, el cual implica que la emigración de una persona de su domicilio a otro lugar distinto, es una cuestión de decisión propia, tomada como la esperanza de solución a alguna problemática económica, social, política; pero que no debe hacerse por imposición de las autoridades estatales ni de ninguna otra persona.

A pesar de que la LGME solo regula la situación de las personas extranjeras en el territorio nacional y además, de definir los requisitos de egreso de las personas costarricenses, en el mismo artículo primero de esta Ley, se establece el derecho a no migrar de las personas costarricenses, y para ello el Estado procurará el crecimiento económico de las regiones del país susceptibles de emigraciones.

De la misma forma como se fomenta el derecho a no migrar para los nacionales, se debe promover el derecho a los migrantes extranjeros a no migrar de las zonas costarricenses en donde se han situado, siempre apoyando la legalidad de su

estadía, para mejorar la estabilidad económica, social y laboral de las personas migrantes y del territorio nacional.

J. Principio de integración social

El Estado debe velar porque las personas migrantes se integren a la sociedad costarricense, con base en los Derechos Humanos garantizados en la Constitución Política y los Tratados Internacionales, así como en los principios de respeto a la vida humana, a la diversidad cultural y de las personas, a la solidaridad, la equidad de género.

Lleva implícito el principio de igualdad del artículo 33 de la Constitución Política, el cual implica que se deben tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, pues en la mayoría de los casos, los migrantes se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad que los nacionales, por lo tanto, tratarlo jurídicamente iguales puede generar grandes injusticias. Se trata de garantizar la igualdad de trato y de condiciones a los trabajadores nacionales y a los trabajadores migrantes legalmente establecidos en el país y además, brindarles mayor seguridad en que sus derechos no sean violentados, y de verse amenazados, poder contar con los medios judiciales y administrativos que defiendan sus derechos.

k. El principio de buena fe

El principio de buena fe conlleva un modelo de conducta social que la ley exige a las personas conforme a un imperativo ético dado, dentro del marco de la relación contractual. Dicho de otra forma, a través de este principio general se impone un modelo o arquetipo de conducta social basado en la rectitud y honradez, este

principio debe regir las relaciones obrero patrono, es un principio general del derecho que tiende a crear un aire de confianza en el proceder de las partes.

En nuestra legislación laboral costarricense se puede encontrar dicho principio en el artículo 19 del Código de Trabajo, que dicta que el contrato de trabajo obliga, tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven, según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley. Mientras que la jurisprudencia expresa sobre éste que:

“Actuar de buena fe significa actuar con probidad. El deber de fidelidad es mutuo entre trabajador y empleador. La buena fe exige un comportamiento arreglado a valoraciones éticas que condiciona y limita la actuación de las partes vinculadas por el contrato laboral por lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas que se traducen en comportamientos equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza. Este principio de la buena fe laboral debe primar en las relaciones laborales para que éstas no se quebranten y no pierda ese espíritu de creencia o convencimiento de la confianza y fidelidad mutua entre el empleador y el trabajador. Para hacer posible la convivencia laboral, el contrato de trabajo obliga a las partes con carácter recíproco a cumplir de buena fe una serie de obligaciones”.

M. Principio de libertad de petición y de acceso a la justicia pronta y cumplida :

Como derecho para ejercitar mecanismos que tiendan a dar protección a los trabajadores, los extranjeros que laboran en Costa Rica (incluidos los que lo hacen bajo programas de trabajo temporal y los transfronterizos) cuentan con el derecho de libertad de petición ante las instancias públicas (art. 27 Constitución Política) para

hacer consultas sobre su situación laboral, así como hacer denuncias cuando ésta vaya en contra de sus derechos e intereses. Recordando que el mismo Código de Trabajo, El artículo 12, refuerza este derecho con la prohibición a los patronos de despedir porque sus trabajadores demanden en auxilio de autoridades administrativas.

De igual manera se garantiza el acceso a la jurisdicción de trabajo para demandar la justicia pronta y cumplida (arts. 41 y 70 Constitución Política), como instancia judicial para dirimir conflictos de trabajo. Paralelamente, existe el derecho a finiquitar por medios de arbitraje y conciliación las disputas patrimoniales en el trabajo (art. 42 Constitución Política), eso sí al tomar en cuenta la irrenunciabilidad de los derechos laborales, principio plasmado en los artículos 74 constitucional y 11 del Código de Trabajo.

Una vez accionada la vía judicial para dirimir conflictos obrero patronales, se deberán tener presentes los principios que inspiran el derecho laboral, los cuales en su mayoría tienden a proteger a la parte trabajadora que se entiende la más débil de la relación laboral. Situación que como se ha indicado líneas atrás se potencia aún más en la relación obrero-patronal de los migrantes temporales y transfronterizos.

N. Principio de justicia social:

Este es uno de los pilares de los principios generales del derecho, y que ha tenido mucha influencia en la evolución de las leyes laborales, “a tal punto que todo el derecho de trabajo y aun la seguridad social pueden considerarse ordenamientos normativos inspirados en ese ideal.”

El Código de Trabajo inicia, desde el primer artículo, haciendo referencia a los principios cristianos de Justicia Social. Sin embargo, definir tal concepto no es nada sencillo, por las nociones de la palabra justicia, un concepto totalmente abstracto y dotado de una gran carga emotiva, favoreciendo su vaguedad.

Por su parte, la política migratoria se debe orientar, por medio de la coordinación interinstitucional, a garantizar el aseguramiento a la seguridad social por parte de las personas migrantes. Se garantiza a través de que todo trámite migratorio debe contemplar, como uno de sus requisitos básicos, contar con los seguros que brinda la CCSS. (Artículo 7, inciso 7 de la LGME).

4.6 Tipos de trabajos que realizan los migrantes.

La importancia de la reciente inmigración en Costa Rica es tan estrecha la relación con las características laborales, tanto de la demanda como de la oferta en el mercado de trabajo. Se trata de una dinámica en la que la interdependencia de los factores productivos (actividad económica más fuerza de trabajo) marca la inserción de las poblaciones migrantes, con particular relevancia para el caso de los nicaragüenses. Algunos de los puestos de trabajo que ocupan este grupo de trabajadores inmigrantes indocumentados son:

Guarda de seguridad, servidora doméstica, peón agrícola, dependiente, cajero, misceláneo y cocinero; son los trabajos en los que menos se cumplen responsabilidades básicas como el salario mínimo, jornada de ocho horas, vacaciones, seguro social, horas extras y aguinaldo.

La mayoría de migrantes son de nacionalidad nicaragüenses y se ubican en la agricultura, construcción, servicios y comercio. Así como en actividades tradicionales, tales como la recolección de café, la zafra de la caña de azúcar y la actividad bananera. La participación laboral de los hombres migrantes se concentra en la agricultura, la industria, la construcción, el comercio y los servicios.

Mientras que las migrantes femeninas trabajan en el sector servicios como trabajo doméstico remunerado, actividades de limpieza en el sector turístico.

En general, la población migrante experimenta desventajas debido al tipo de ocupaciones que desarrolla, pues son poco calificadas y mal remuneradas en relación con el resto de ocupaciones de la fuerza de trabajo costarricense. A esta

situación se suma la subutilización de la fuerza de trabajo (que en algunos casos se debe a procesos de transformación paulatina de las actividades, como el caso de la mecanización de la zafra y ciertos procesos de recolección y procesamiento del café) y la obtención de menores ingresos por hora que experimentan los migrantes comparados con la población costarricense. Pese a que en algunas ocupaciones la población nicaragüense obtiene un ingreso promedio mensual mayor que los nacionales, se debe a que trabajan más horas.

Ruiz y Vargas, citados en documento de Ministerio de Salud (2002) comentan al respecto:

“La inserción laboral de los nicaragüenses en Costa Rica se presenta en sectores caracterizados por un menor acceso a los derechos laborales y sociales, además de condiciones de inestabilidad en el empleo, principalmente ocupaciones como la seguridad privada, el servicio doméstico, la construcción y las cosechas de productos agrícolas” (Ministerio de Salud, OPS-OMS, CCSS,22:2002).

Los trabajadores nicaragüenses, por ejemplo, acceden a actividades laborales pesadas, en algunos casos riesgosos en términos de salud ocupacional, mal pagadas y con un nivel de reconocimiento social bastante bajo. Se trata de la constitución de nichos laborales “étnicos” en los que se repiten problemáticas como la inestabilidad laboral, las irregulares condiciones de contratación, los bajos niveles salariales y la violación constante a sus derechos laborales.

4.7 Restricciones del Trabajador Migrante Indocumentado.

El punto de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, que seguramente es el tema más sensible de la opinión jurídica solicitada a la Corte Interamericana, se encuentran en la sentencia que se examina criterios claros y muy precisos. Así cuando se indica lo siguiente:

“Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida está en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna (...) El migrante al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Esos derechos son consecuencia de la relación laboral”

Conforme con lo anterior, si en la sentencia de 8 de setiembre de 2005, la Corte Interamericana ratificó que la condición migratoria no hace mella en la aplicación de

los principios de igualdad y no discriminación, en la Opinión Consultiva a que ahora se hace referencia de 17 de setiembre de 2003, ya había indicado que la condición migratoria de un trabajador no le separa de la protección que le brinda el ordenamiento laboral internacional y nacional.

Ahora bien, hace la sentencia una aclaración importante en el caso del acceso al empleo, sin que la política de los Estados sobre este punto deba afectar a los indocumentados que ya han obtenido un empleo. Sobre este importante tema, indica el fallo lo siguiente: “Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores”

Muy importante es la mención que hace la Corte Interamericana, de los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes que considera más frecuentemente violados. Al respecto se encuentra la siguiente declaración: “En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del

trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presente el principio de inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”

De conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una parte, es decir “un Estado, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

La legislación nacional sobre migraciones laborales y protección de los trabajadores migrantes debería guiarse por las normas internacionales del trabajo que corresponda y otros instrumentos internacionales y regionales pertinentes. De manera más concreta en cuanto a la aplicación de la legislación internacional proteccionista para los trabajadores y las trabajadoras migrantes, la directriz No. 9 b) contiene la siguiente definición: “La protección de los trabajadores migrantes exige una base jurídica sólida asentada en el derecho internacional. Al elaborar la

legislación y las políticas nacionales sobre protección de los trabajadores migrantes, los gobiernos deberían guiarse por los principios básicos del Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y sus respectivas Recomendaciones, núms. 86 y 151, en especial los relacionados con la igualdad de trato entre las nacionales y los trabajadores migrantes en situación regular y las normas mínimas de protección para todos los trabajadores migrantes. También deberían tenerse en cuenta los principios enunciados en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990. Si esos Convenios han sido ratificados, deberán aplicarse plenamente”.

Conforme ya lo refieren las directrices antes citadas, a nivel de convenios y convenciones internacionales específicas sobre trabajo migrante, se ofrecen tres grandes instrumentos, ninguno de los cuales ha sido ratificado por Costa Rica, Panamá ni República Dominicana, siendo el último de ellos, la Convención de la ONU del año 90 (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares). Los Convenios núm. 97 y núm. 143 de la Organización Internacional del Trabajo, junto con las Recomendaciones núm. 86 y núm. 151, trataron en solitario y durante mucho tiempo, de atender un problema evidente de desprotección potencial y actual de derechos laborales.

Situación del derecho a la salud :

El concepto de derecho a la salud la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define de la siguiente manera: "La salud es un estado completo de

bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".

La Sala Constitucional en forma reiterada ha interpretado que, el derecho a la salud deriva del numeral 21 de la Constitución Política, el cual establece que la vida humana es inviolable, y desde esta perspectiva la salud como derecho humano constituye un bien jurídico de primer orden. En razón de ello, se ha construido una plataforma institucional que integra actores de distintos ámbitos, que juntos conforman el Sector Salud de nuestro país como lo son el Ministerio de Salud como ente rector, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) el cual es la responsable de hacer efectivo el derecho a la salud mediante el derecho a la seguridad social, el cual se encuentra consignado en el artículo 73 de la Constitución Política.

Es un hecho que es obligación del Estado velar por la salud pública impidiendo que se atente contra ella (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resoluciones N.o 916-2009, 18803- 2008, 18804-2008, 18850-2008) y en consecuencia las autoridades públicas tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para su protección, ante lo cual es un imperativo constitucional que los servicios de salud sean prestados de forma eficiente, eficaz, continua, regular y celeridad (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N.o 16047-2008 y otras).

En el caso de una persona extranjera, el proceso para asegurar es el mismo de que si se tratase de un nacional , la problemática de los derechos en la atención en salud para las personas migrantes indocumentados está determinada precisamente

por las situaciones de irregularidad en la documentación, que hacen difícil su aseguramiento en las modalidades existentes.

El Reglamento del Seguro de Salud establece en su artículo 11 a quienes se contempla como asegurados, según su respectiva modalidad de cotización. Algunos de ellos son: trabajadores asalariados (seguro directo) , personas jefes de familia asegurados por cuenta del Estado, personas que individual o colectivamente se acojan al Seguro voluntario (se requiere cédula de residencia o permiso de trabajo en el país), los trabajadores independientes que coticen, los familiares de los asegurados directos (hijos/as, cónyuge, padres, hermanos menores) y población en condición de pobreza.

Por lo anterior, es que este derecho no es pleno para los migrantes indocumentados, pues los requisitos que exigen para solicitar un seguro voluntario son documentos con los que ellos no cuentan , como la cédula de identidad o un permiso laboral que claramente por las condiciones en las que son contratados ningún patrono se los va a extender, para esto la Sala Constitucional ha ordenado a las autoridades de Migración y Extranjería extender constancia que certifique la existencia del trámite de solicitud de residencia, para que la persona extranjera pueda tramitar el seguro ante la Caja Costarricense del Seguro, también la ha obligado a tramitar el aseguramiento de la persona extranjera cuando esta demuestre haber dado inicio al procedimiento de solicitud o renovación de la cédula de residencia ante la Dirección General de Migración y Extranjería, esto por cuanto, "...esto permitiéndole optar por legalizar su condición en nuestro país, ya que denegárselo de manera absoluta resultaría una infracción a sus derechos...".

4.8 Acciones legales que pueden interponer los trabajadores indocumentados al ser despedidos.

4.8.1 Los procesos ordinarios laborales.

Algunas definiciones del concepto de proceso:

El jurista costarricense Dr. Walter Antillón menciona que:

”Un proceso jurisdiccional típico puede ser descrito como la secuencia de los actos realizados por el juez y las partes, por iniciativa de una de estas, o de ambas (iniciativa por cuyo medio las partes plantean sus pretensiones, exponen y prueban los hechos que las motivan y arguyen acerca de sus consecuencias jurídicas), que se cierra con el acto conclusivo del juez llamado sentencia”.

Dice Olea que el proceso laboral es una “institución jurídica para formalizar y dirimir conflictos de trabajo ante un Juez, instituido por el Estado con esta finalidad” (1985:23).

El proceso judicial es una “sucesión de actos ordenados hacia el dictado de una sentencia” que se proyectan en el tiempo; proyección que, la mayoría de “las veces se torna extremadamente larga” (Ortiz, 1990:267).

Una vez descrito el concepto de proceso, también debemos saber que para iniciar un proceso se debe interponer una demanda laboral, la cual cuenta con una serie de requisitos contemplados en el artículo 461 del Código de Trabajo el cual señala:

Toda demanda contendrá:

- a. Los nombres y apellidos, la profesión u oficio, la edad aproximada y el vecindario del actor y del demandado;
- b. La exposición clara y precisa de los hechos en que se funda;

- c. La enunciación de los medios de prueba con que se acreditarán los hechos y la expresión de los nombres, apellidos y domicilio de los testigos. Si el demandante deseara que el Juzgado haga comparecer a estos, indicará las señas exactas del lugar donde trabajan o viven; y si se tratare de certificaciones u otros documentos públicos, el actor expresará la oficina donde se encuentran, para que la autoridad ordene su expedición.
- d. Las peticiones que se someten a la resolución del Tribunal, y
- e. Señalamiento de casa para oír notificaciones. No es necesario estimar el valor pecuniario de la acción.

Tipo de pretensiones que se pueden tramitar por esta vía, los cuales son:

- a) Preaviso
- b) Auxilio de cesantía
- c) Aguinaldo
- d) Vacaciones
- e) Salarios caídos a título de daños y perjuicios
- f) Reinstalación en el cargo con pago de salarios caídos (se puede pedir como medida cautelar consecuencia de la suspensión del acto mientras se resuelve en definitiva el caso, cuando quien reclama es empleado público o tiene garantizado ese derecho en normativa especial interna, ver art 19 a 30 y 42 del CPCA).
- g) Pensiones de Invalidez, Vejez o Muerte contra: la CCSS, el Estado (pensiones de Hacienda), la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional, instituciones autónomas, por ejemplo, el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico.
- h) Cobro de anualidades con base en la Ley 6835.

i) Reclamos para la aplicación de salarios mínimos a algunas categorías de puestos, o cuando los servidores estiman que se está incumpliendo una convención colectiva o un laudo arbitral.

j) Diferencias de salarios, horas extra, feriados, descansos y eliminación de una sanción disciplinaria con el consiguiente cobro de los salarios dejados de percibir durante la suspensión sin goce de salarios.

k) Indemnización prevista por el artículo 31 del C.T.

l) Demandas de sociedades anónimas contra la CCSS tendentes a obtener una declaratoria de: no obligatoriedad del pago de cuota obrero-patronal sobre sumas entregadas a los trabajadores, bajo otros conceptos distintos a salario u obligación de dejar sin efecto el cobro que por ese concepto haya hecho ese ente asegurador.

Principios generales o estructurales del proceso laboral

Son los siguientes:

- **Oralidad:** el legislador, al normar lo relativo a juicios de trabajo, estableció que el procedimiento es fundamentalmente verbal, inspirado en el principio de oralidad. Ello significa que la mayoría de las gestiones de las partes, tales como manifestaciones, otorgamiento de poder especial judicial, ofrecimiento de pruebas, solicitud de embargo y de remate, etc., pueden plantearse en forma verbal ante el juzgado, donde el auxiliar judicial debe levantar el acta respectiva, recogiendo fielmente lo manifestado por el trabajador o la trabajadora.

- **Oficiosidad:** El principio de oficiosidad significa que en el momento en que el tribunal recibe una gestión, procede a dar trámite a las siguientes etapas sin necesidad de nuevas solicitudes, salvo que para continuar con el trámite se requiera

del cumplimiento, por las partes, de alguna prevención indispensable para continuar con el procedimiento.

En el artículo 394 establece que los tribunales de trabajo actuarán de oficio una vez reclamada su primera intervención, normativa que es igual al contenido del artículo 5 de la L.O.P.J. El artículo 422, inciso a) indica que el Juez, en cualquier estado del juicio, si estima que no tiene competencia, puede declararlo de oficio. Asimismo, puede de oficio convocar a las partes para la recepción de pruebas.

- Celeridad: es su tendencia a una tramitación rápida, esta particularidad del proceso es esencial para el cumplimiento del principio constitucional de justicia pronta y cumplida.

Este principio y el de oficiosidad están contenidos en los artículos 394, 424, 479 y 550 del C. T.; 2, 3, 8 y 9 de la Ley N° 4284 de 10 de enero de 1966 y sus reformas, entre ellas la última la número 3664 (conocida como Ley de Tribunales de Trabajo de Menor Cuantía).

- Gratuidad: Ese principio se concreta en la eliminación de cargas procesales, tales como el sellado y los timbres para todos los actos jurídicos, pero no impide la imposición de costas al trabajador vencido.

El principio de gratuidad está presente en los artículos 10 y 4443 del C.T. Con éste el legislador permitió a los trabajadores el fácil acceso a la justicia, eliminando el formalismo que tiene, por ejemplo, la legislación procesal civil, donde se exige litigar con patrocinio de un profesional en Derecho (en el futuro esto puede cambiar si se aprueba el proyecto de Código Procesal Laboral que está en trámite, donde se exige la asistencia letrada, pero se crea el recurso por la defensa pública).

- **Inmediación:** Es “aquel que impone o aconseja que el juzgador mantenga el mayor contacto con las partes, para descubrir mejor su actitud y conocer su proceder personal en el juicio, indicio importante de la mala o buena fe con que actúan y, por ende, del derecho en que confían o del que simulan” (Cabanellas,1981:413).

Este principio se colige de los numerales 475 y 485 del C. T., y 8 de la Ley de Tribunales de Trabajo de Menor Cuantía, que establecen la atención de la conciliación y recepción de prueba testimonial por parte del Juez o las jueza o de los miembros del Tribunal (en los órganos colegiados), de modo que excluye la posibilidad de delegar esa labor en el auxiliar judicial.

- **Concentración:** Este principio consiste en la tendencia inherente al proceso de trabajo de reunir, en actividades procesales unitarias, numerosos y variados actos procesales, que se suceden unos a otros en el seno de un acto complejo, sin separación y sin plazos ni términos de tiempo (Krotoschin).

- **Dispositivo:** Conforme con este principio, cada parte debe aportar la prueba que le interese para aclarar los hechos que le son favorables. En el proceso de trabajo, por el interés social que está de por medio, ese principio se aplica parcialmente; existe obligación legal de las partes de presentar las pruebas que sustenten los hechos de la demanda y las excepciones opuestas, pero el Juez laboral tiene la facultad de ordenarles aportar la que estime necesaria para tener por acreditados los hechos que sustentan las demandas.

- **Inquisitivo:** Este principio es el que permite al Juez o la jueza laboral ordenar las medidas de prueba que considere útiles o necesarias para la averiguación de la verdad sobre los hechos controvertidos.

4.8.2 Derecho al acceso a justicia

Este es uno de los derechos fundamentales importantes que algunos autores como Capelle y Garth sostienen que el acceso efectivo a la justicia “constituye el requisito más básico el derecho humano más fundamental- en un sistema legal igualitario moderno que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”, en tanto que la sola titularidad de derechos “carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen el acceso a la justicia como un derecho humano de tercera generación, exige para su concreción del desempeño de un papel activo por parte del Estado en la promoción de políticas y acciones que garanticen este acceso y los derechos para todas las personas, y en especial para la población en condición de vulnerabilidad a la cual se le puede dificultar más el ejercicio de este derecho en particular y de todos los derechos en general.

Siendo éste un derecho fundamental, en materia laboral no puede ser denegado a ningún trabajador en condición migratoria irregular ya que sería violatorio a los derechos humanos el no aceptar o tramitar una denuncia por violación de la seguridad social, por riesgos del trabajo o demanda laboral bajo los supuestos indicados; y ante la carencia de un documento que la pueda identificar o porque éste se encuentre vencido, se debe atender y dar trámite a las gestiones que realicen las personas extranjeras en esta condición y garantizarles el derecho a ver su expediente y a recibir comunicaciones.

4.8.3 Los riesgos del trabajo.

Es importante conocer el concepto de accidente de trabajo el cual se regula en el ordinal 196 del Código de Trabajo, el cual señala:

“Se denomina accidente de trabajo a todo accidente que le suceda al trabajador como causa de la labor que ejecuta o como consecuencia de esta, durante el tiempo que permanece bajo la dirección y dependencia del patrono o sus representantes y que puede producirle la muerte o pérdida o reducción, temporal o permanente, de la capacidad para el trabajo”.

Otro concepto es el de enfermedad profesional, que el Código de Trabajo en su ordinal 197 define como:

“(…) todo estado patológico, que resulte de la acción continuada de una causa, que tiene su origen o motivo en el propio trabajo o en el medio y condiciones en que el trabajador labora, y debe establecerse que éstos han sido la causa de la enfermedad.”

Y como concepto más importante que es el de riesgo de trabajo, el mismo Código lo define en su artículo 195 de la siguiente manera: “constituyen riesgos de trabajo los accidentes y las enfermedades que ocurran a los trabajadores, con ocasión o por consecuencia del trabajo que desempeñen en forma subordinada y remunerada, así como la agravación o reagravación que resulte como consecuencia directa, inmediata o indudable de esos accidentes y enfermedades”.

Desde el concepto anterior, el riesgo que corre el trabajador es a causa del trabajo que éste desempeñe, por lo cual es importante que el patrono tome en cuenta todos los posibles riesgos y enfermedades y se haga responsable por lo que

le ocurra al trabajador, por lo que en el numeral 193 del Código de Trabajo establece esta obligación al patrono e indica:

”Todo patrono, sea persona de derecho público o derecho privado, está obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos de trabajo, por medio del Instituto Nacional de Seguros, según el artículo 4 y 18 del Código de Trabajo.

La responsabilidad del patrono, en cuanto a asegurar contra riesgos del trabajo, subsiste aún en el caso de que el trabajador esté bajo la dirección de intermediarios, de quienes el patrono se valga para la ejecución o realización de los trabajos.”

En cuanto a la tramitación para este proceso de riesgo de trabajo la norma 303 de Código de Trabajo se establece lo siguiente:

“Los reclamos por riesgos del trabajo se tramitarán en los juzgados de trabajo de la jurisdicción donde hubiesen ocurrido, operándose la prórroga de jurisdicción en beneficio del trabajador litigante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 461 y siguientes y demás concordantes del Código de Trabajo, o de acuerdo con el procedimiento señalado en los artículos 543 a 555 del mismo Código, en lo que sea aplicable y no contradiga las disposiciones de este Código; todo ello atendiendo la naturaleza del reclamo y la conveniencia e interés de los trabajadores.”.

El ordinal 201 del mismo cuerpo normativo, establece:

“En beneficio de los trabajadores, declárese obligatorio, universal y forzoso el seguro contra riesgos del trabajo en todas las actividades laborales. El patrono que no asegure a sus trabajadores, responderá ante estos y ante el ente asegurador, por todas las prestaciones médico- sanitarias, de rehabilitación y en dinero, que este título señala y que dicho ente asegurador haya otorgado.”

Respecto de lo anterior, en el caso de los trabajadores no asegurados y sin una póliza de riesgos de trabajo que respalde a un trabajador migrante indocumentado, el INS prestará los servicios que requiera el trabajador, reservándose el derecho de ejercer las acciones cobratorias contra el empleador que incumple su obligación, se recomienda tener al patrono como codemandado y en sentencia se decide si tiene o no responsabilidad en el caso.

La ley de Migración y Extranjería establece que aunque se verifique la contratación de personal extranjero ilegal es deber del patrono cumplir con el régimen de seguridad social. Por lo tanto, es ilegal contratar personal extranjero sin permiso de trabajo o cédula de residencia, pero si se asume este riesgo siempre es deber del patrono asegurar a sus trabajadores y pagar las respectivas cuotas a la Caja del Seguro Social.

4.8.4 Los daños y perjuicios.

El concepto de Daño don Fernando Montero Piña expone: “El daño en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, perdida o detrimento en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona damnificada, el cual provoca la privación de un bien jurídico respecto del cual era objetivamente esperable su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso”.²⁶ (Montero,2002,18)

Existen diversas clases de daños; el patrimonial y el moral. La Sala ya los ha definido, y ha dicho que la diferencia fundamental entre ambos es la valorización en dinero, pues el primero hace referencia a un menoscabo valorable económicamente, mientras que el segundo, es extrapatrimonial, pues afecta elementos de difícil valoración pecuniaria. En general, ha sostenido, son los que inciden sobre los bienes inmateriales de la personalidad.

El daño moral, ya que le causa al trabajador en caso de un despido injustificado una afectación anímicamente por tal circunstancia, el hecho de verse privado de una de las principales fuentes de ingresos, puede generar sentimientos de angustia, frustración, desesperación, que normalmente el trabajador no tiene por qué sufrir. Tal afectación da origen a un daño moral.

La Sala Segunda ha mantenido este criterio hasta la actualidad, ha precisado de forma tajante los casos en que sí es procedente la reparación del daño moral producto de un despido injustificado, en la jurisdicción laboral. En ese sentido, ha establecido que es procedente en el tanto exista un abuso del derecho del empleador, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, causando un daño distinto de los efectos naturales del despido. si bien, no existe una norma expresa que haya

regulado el tema del daño moral en general en la materia laboral, su aplicación en la jurisdicción laboral se ha fundamentado en los artículos 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil costarricense, existe un desarrollo jurisprudencial bastante amplio, no obstante con las modificaciones al Código de Trabajo y las incorporaciones al Proyecto de reforma procesal laboral que se proponen, regular de una forma efectiva, la posibilidad de que el trabajador pueda ser indemnizado por concepto de daño moral en los casos en que es injustamente despedido.

Una vez explicado el concepto de daño y sus diversas clases, es importante saber que los daños y perjuicios nacen en el momento cuando ocurre un despido injustificado el cual se puede definir como una manifestación de voluntad por parte del patrono que decide terminar la relación laboral, sin que el trabajador incurra en las causas estipuladas en el artículo 81 del Código de Trabajo, el empleador puede que se justifique en el sistema de libre despido, o demostrar que el trabajador incurrió en una falta de lo contrario el despido injustificado le atribuye al patrono responsabilidades económicas que deberá pagarle a su empleado, dentro de las cuales se tiene el pago de las vacaciones no disfrutadas, aguinaldo proporcional, el pago de preaviso y auxilio de cesantía, así como los daños y perjuicios que establecen los artículos 31 y 82 del Código de Trabajo mencionados seguidamente:

ARTÍCULO 31.- En los contratos a tiempo fijo y para obra determinada, cada una de las partes puede ponerles término, sin justa causa, antes del advenimiento del plazo o de la conclusión de la obra, pagando a la otra los daños y perjuicios concretos que demuestre, en relación con el tiempo de duración del contrato resuelto, con la importancia de la función desempeñada y con la dificultad que el trabajador tenga

para procurarse cargo o empleo equivalente, o el patrono para encontrar sustituto, todo a juicio de los Tribunales de Trabajo.

Cuando el patrono ejercite la facultad aludida en el párrafo anterior, además deberá pagar al trabajador, en el mismo momento de dar por concluido el contrato, el importe correspondiente a un día de salario por cada siete días de trabajo continuo ejecutado o fracción de tiempo menor, si no se hubiera ajustado dicho término; pero en ningún caso esta suma podrá ser inferior a tres días de salario.

No obstante, si el contrato se ha estipulado por seis meses o más o la ejecución de la obra, por su naturaleza o importancia, deba durar este plazo u otro mayor, la referida indemnización adicional nunca podrá ser inferior a veintidós días de salario.

ARTÍCULO 82.- “El patrono que despida a un trabajador por alguna o algunas de las causas enumeradas en el artículo anterior, no incurrirá en responsabilidad.

Si con posterioridad al despido surgiere contención y no se comprobare la causa del mismo, el trabajador tendrá derecho a que se le paguen el importe del preaviso y el del auxilio de cesantía que le pudieran corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono.

**(No obstante, en tratándose de explotaciones agrícolas o ganaderas, se reducirá a la mitad el monto de los daños y perjuicios a que se refiere el párrafo anterior.) *(Por resolución de la Sala Constitucional N°0317 de las 14:51 horas del 22 de enero del*

2003 se anula de este artículo la frase del párrafo tercero encerrada entre paréntesis. Esta sentencia tiene efectos a futuro de manera que se preservan los efectos jurídicos de los actos de despido consolidados y de las sentencias ya firmes relacionadas con la norma anulada.)

Respecto de los dos artículos anteriores se puede ver , que los daños y perjuicios se le tienen que reconocer a todo trabajador sin hacer distinción alguna si un trabajador es extranjero (migrante indocumentado) o nacional , y sin ningún otro tipo de discriminación , ya que para que estos le sean otorgados a los trabajadores lo principal es identificar como se dijo anteriormente si le afectó emocionalmente ese despido al trabajador y también el hecho dañoso el cual se genera en una relación laboral por medio de una vinculación jurídica, que une a dos sujetos de la relación laboral: trabajador y empleador. Mientras que uno aporta su fuerza laboral, el otro sujeto aporta los medios económicos y de producción, retribuyendo al trabajador con el salario. De allí para que se esté ante un daño moral de carácter laboral, el hecho dañoso que tiene consecuencias sobre bienes extrapatrimoniales, debe generarse como consecuencia de una relación laboral.

Estos daños y perjuicios al igual que otros rubros laborales no le impide a ningún trabajador migrante exigirlos en vía judicial, es un derecho que a todo trabajador merece serle reconocido.

4.9 Vacíos legales que existen sobre el tema.

Si bien es cierto, el ordenamiento fue pensado para dar soluciones a todos los acontecimientos que se presentaran en la sociedad merecedoras de tutela jurídica con un fundamento de plenitud o completitud, sin embargo, el fenómeno migratorio ha ido en aumento muy rápidamente, tanto que a los gobiernos, principalmente en Costa Rica, se les ha salido de los manos tipificar todos los derechos que tienen estas personas, principalmente, en el ámbito laboral.

En nuestro país como ya se ha analizado a lo largo de esta investigación no cuenta con mucho material jurídico que esté tipificado como norma de derecho interno, no se encuentra artículo alguno en nuestro Código de Trabajo que proteja a los trabajadores migrantes y mucho menos en situación ilegal, se cuenta con una Ley de Migración que reconoce que los instrumentos vigentes en Derechos Humanos serán el fundamento de la política migratoria, sin embargo, Costa Rica no ha ratificado tres instrumentos internacionales fundamentales que tutelan la especificidad de los derechos de los y las trabajadoras migratorias. Esto son los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo número 97 sobre los Trabajadores Migratorios y el número 143 sobre el Trato de los Trabajadores Migrantes anteriormente citados. Tampoco ha ratificado la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Estos tres instrumentos atienden la realidad y necesidades particulares de este grupo de población, por falta de ratificación de estos priva a este grupo de contar con instrumentos que tutelen sus derechos, por lo que se puede considerar esto como un gran vacío legal.

4.10 Protección Jurisprudencial de los trabajadores indocumentados:

- La Sala Constitucional

Esta Sala insiste en señalar que la libertad de trabajo es un derecho fundamental que la Constitución Política garantiza a todas las personas, sean nacionales o extranjeras, y solo puede ser limitado desde criterios objetivos de distinción y mediante acciones o medidas que sean razonables.

En la mayoría de sus resoluciones siempre establece una relación entre el artículo 19 y el artículo 33, referido este último de manera amplia al principio de igualdad; relación que se había puesto enteramente de manifiesto desde el voto No. 5965-94, que al respecto indicó: "...al exigir y garantizar el artículo 19 trato igual, resulta este artículo una específica manifestación del derecho de igualdad y del principio de no discriminación que predica, en sentido general, el artículo 33, con lo cual queda dicho que los requisitos objetivos que en general limitan a la ley para distinguir con pretensión de validez y evitar la desigualdad o la discriminación, con apoyo en diversas situaciones de hecho admisibles, disciplinan la obra del legislador ordinario que quiera levantarse sobre el hecho de la nacionalidad la diversidad de trato".

Claramente en el artículo anterior se ve que Costa Rica ampara a los indocumentados principalmente en los derechos humanos que son fundamentales para todo ser humano como lo es el principio de igualdad y no discriminación, y a continuación expondrá más resoluciones de esta Sala.

Res. N° 2017-001094

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas del veinticuatro de enero de dos mil diecisiete. Recurso de hábeas corpus que se tramita en expediente No. 17-000241-0007-CO,

Respecto a los plazos de detención de los extranjeros en condición irregular. Esta Sala en la sentencia número 2012-5543 de las 14:45 del 2 de mayo de 2012, indicó sobre el particular, que la Ley General de Migración y Extranjería, Ley No. 8764 de 19 de agosto de 2009, no sólo establece en su artículo 210 la obligación de la Policía de Migración y Extranjería de ejecutar la orden de deportación dentro del plazo estrictamente necesario, sino también, en su artículo 211, estipula una serie de medidas cautelares de las que dispone la Dirección General de Migración y Extranjería para asegurar la realización de los fines del procedimiento administrativo especial de deportación. Tales medidas son: la presentación y firma periódica ante las autoridades competentes, la orden de aprehensión de la persona extranjera, de conformidad con los tiempos y plazos establecidos en esa ley, la caución, el decomiso temporal de documentos y la detención domiciliaria. Enfatizó la Sala en la referida sentencia que “la medida de aprehensión de la persona extranjera únicamente puede ser acordada por la autoridad recurrida cuando resulte imposible para los fines del proceso adoptar otra medida menos restrictiva de la libertad personal y de los derechos fundamentales de la persona sometida a ese procedimiento. De otro lado, el plazo por el cual se puede dictar esa medida debe ser restrictivo, es decir, estrictamente el necesario para asegurar los fines de la deportación. De ahí que si la detención se prolonga a juicio de la Sala por un plazo

excesivo y desproporcionado, ello constituye una grosera violación de los derechos fundamentales del amparado que desde todo punto de vista debe ser reparado en esta Jurisdicción Constitucional.”

La Corte observa que la medida prevista en el artículo 67 del Decreto Ley 16 de 1960 era una sanción administrativa de carácter punitivo. Al respecto, la Corte ya ha dicho que es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal ‘exige que los Estados recurran a la privación de libertad sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad.

De este principio se colige que la detención de personas por incumplimiento de las leyes migratorias nunca debe ser con fines punitivos. Así, las medidas privativas de libertad sólo deberán ser utilizadas cuando fuere necesario y proporcionado en el caso en concreto a los fines mencionados supra y únicamente durante el menor tiempo posible. Para ello, es esencial que los Estados dispongan de un catálogo de medidas alternativas, que puedan resultar efectivas para la consecución de los fines descritos. En consecuencia, serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las

autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines.

Adoptando como marco de referencia lo anterior, el hecho de que un extranjero esté detenido por estar irregular en país por tiempos prolongados, esa detención resulta ilegal y arbitraria, por consiguiente, vulnera el numeral 7 de la Convención. En estas circunstancias la medida ya no es idónea, necesaria ni proporcional. Partiendo de lo anterior, estima esta Sala que la recurrente lleva razón en su alegato, pues se tiene por demostrado que el amparado se encuentra recluido a la orden de la Dirección General de Migración y Extranjería desde hace catorce meses, y si bien consta que ya existe orden de deportación dictada en su contra, lo cierto es que no existe certeza de cuando ésta se va a materializar, pues en su informe la propia autoridad recurrida reconoce que hasta el momento ningún país con los que han entablado comunicaciones, han aceptado recibirlo. No obstante lo anterior, lo cierto es que dicha justificación no puede aceptarse, toda vez que el plazo transcurrido -tal como se ha dicho- resulta desproporcionado. Así, en virtud de lo anterior, lo procedente es acoger el recurso en cuanto a dicho punto, con las consecuencias que se dirán en la parte dispositiva.

En suma, este Tribunal ha sostenido que las autoridades de migración pueden restringir la libertad de un extranjero que permanezca irregularmente en el país, durante el tiempo racionalmente indispensable para hacer efectiva su expulsión o deportación, circunstancia en la cual no rigen las veinticuatro horas a que se refiere el artículo 37 constitucional, por no tratarse de una privación de libertad para fines de

persecución penal, sino de una medida necesaria para asegurar el efectivo ejercicio de los poderes del Estado en materia migratoria. (Véase en ese sentido la sentencia número 2012-6285 de las 14:30 del 15 de mayo de 2012). Sin embargo, tal medida no puede extenderse por un plazo irrazonable, pues la prolongación de la detención de la persona extranjera lesiona sus derechos fundamentales.

Nº2016-012497 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cinco minutos del dos de setiembre de dos mil dieciséis

El derecho al trabajo. El derecho al trabajo es un derecho fundamental, que la Constitución sitúa entre los derechos sociales, y que tiene un evidente componente económico (especialmente, en su vertiente de derecho al salario). La Constitución lo dice así: “El trabajo es un derecho del individuo...” (Artículo 56). En esta proposición va implícito que es un derecho de todos, y no solamente de aquellos que tienen una determinada nacionalidad (no solamente, pues, de los costarricenses). Esta lectura paritaria del artículo 56 está reforzada por el hecho, que ya se mencionó, de que la Constitución adopta el criterio de equiparación de derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros, realizando de este modo el principio de igualdad. Ahora bien: el derecho al trabajo no equivale exclusivamente a la libertad de trabajar; tanto así, que la Constitución, a continuación del reconocimiento de ese derecho, agrega que es también “una obligación con la sociedad”. Su contenido alcanza al derecho a elegir libremente el trabajo, pero es también, por su propia naturaleza -en cuanto aquí interesa-, el derecho de acceso efectivo al trabajo, a un puesto de trabajo. La Constitución crea un elenco de garantías en torno al derecho al trabajo: una, de

evidentes repercusiones sociales, es que obliga al Estado a procurar condiciones para que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada; todos, y no solamente los nacionales; específicamente, también los extranjeros que tienen, según el régimen legal correspondiente, una categoría migratoria que les habilita para trabajar en el país. Es decir, la Constitución demanda una política de pleno empleo, que sería ficticia, o no sería tal, si se basa simplemente en la exclusión de los extranjeros de los puestos de trabajo. Otra garantía, muy al caso, es que impide que se discrimine respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros (artículo 68). Ciertamente, autoriza que en igualdad de condiciones se prefiera al trabajador costarricense: pero no va más allá de esta moderada y limitada incidencia en el ámbito del principio de igualdad. Dada esta circunstancia, y visto el contenido complejo del derecho y su significación social e individual, es razonable pensar que la prescripción específica de la discriminación en la materia, en cuanto a “ventajas y condiciones”, excede aquellas que engarzan o se producen en ocasión de cada relación laboral concreta, aunque las comprende; también alude la Constitución a las ventajas y condiciones que se ofrecen de previo a la generación de esas relaciones, es decir, en el acceso al trabajo, esto es, al momento en que cada quien pretende ejercer el derecho al trabajo en su dimensión de “derecho a un determinado puesto de trabajo”. La existencia de ventajas y condiciones basadas en la nacionalidad, y no en el orden objetivo de los requisitos que miran a la diversidad de capacitación, de aptitud o de idoneidad, es así, a priori, repudiada por la Constitución como una modalidad de discriminación, es decir, como una circunstancia lesiva de la dignidad humana. Y es que el derecho al trabajo se

vincula inseparablemente a la dignidad de las personas: el mencionado Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que es coincidente en este sentido con lo que dispone la Constitución, lo dice en su motivación de forma que conviene transcribir:

“Considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades...”

Esto conduce a entender que si la realización del derecho al trabajo por unos, implica negarlo a otros en virtud de su ascendencia nacional, se está en presencia de una medida discriminatoria. En el sentido del Convenio 111, el término “discriminación” comprende “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

En similar sentido indicó mediante sentencia número 2000-2421 de las 14:12 hrs. del 17 de marzo del 2000 que:

En consecuencia, al declararse la inconstitucionalidad del artículo 13 del Código de Trabajo, esta Sala estima contrario a derecho el que se restrinja mediante resoluciones administrativas las actividades en las que pueden laborar las personas extranjeras. Nótese, que del informe rendido por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social (folio 40), no se desprende razón que justifique la competencia de ese

Ministerio para determinar sobre qué actividades económicas se puede contratar libremente a ciudadanos extranjeros. En efecto, el hecho de que exista suficiente mano de obra nacional en una determinada área, por sí mismo, no justifica el que por vía infra legal se limite a los extranjeros la oportunidad de acceder a estos empleos. De esta forma, si bien esta Sala reconoce los motivos que dieron base a la promulgación del Reglamento para el Otorgamiento de la Tarjeta de Trabajo Estacional, como lo es –entre otras cosas- el regularizar la situación de los migrantes respecto del goce de las garantías social, o el disminuir al máximo los efectos negativos que el trabajo ilegal pudiera causar sobre el salario, condiciones de trabajo y empleo de la mano de obra nacional y extranjera, lo dispuesto en el artículo 11 de este reglamento -"El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social después de la publicación de este Reglamento dictará resolución fundada pronunciando en que trabajos se requiere mano de obra extranjera"- lesiona el contenido de los artículos 19, 33 y 56 de la Constitución Política, según se expuso en la sentencia transcrita. Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece que la jurisprudencia y los precedentes de esta Sala son vinculantes "erga omnes" debe desaplicarse por inconstitucional lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento para el Otorgamiento de la Tarjeta de Trabajo Estacional, por contravenir lo dispuesto en la sentencia supra citada. Con ello, además, se viola los derechos fundamentales (artículos 19, 33 y 56 de la Constitución Política) de los empleados del recurrente por lo que, por ese motivo, debe declararse con lugar el recurso.

Por tanto: Se declara con lugar el recurso. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidaran en sentencia de lo contencioso administrativo.

Res. Nº 2015-001316: SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cinco minutos del treinta de enero de dos mil quince.

En sentencia número 2013-000198 de las 09:05 horas del 11 de enero de 2013, esta Sala indicó lo siguiente: "(...) Sin embargo, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha señalado que basta corroborar que la persona amparada haya iniciado el procedimiento de renovación de la cédula de residencia para que se pueda tramitar la adscripción a los seguros de la Caja Costarricense de Seguro Social, con la mera demostración de encontrarse en proceso de renovación del documento citado. Para ello, deberán las autoridades migratorias extender una constancia que certifique dicho trámite, y deberán también las autoridades de la Caja aceptar dicho documento en conjunto con el comprobante de pago a favor del Gobierno por concepto de renovación de cédula, para iniciar el procedimiento de aseguramiento. Ello por cuanto el fin último que se pretende es permitirle a la persona extranjera optar por legalizar su condición en nuestro país, y denegarle de manera rotunda esa posibilidad resulta en una clara infracción a sus derechos, independientemente de que esta hubiera dejado transcurrir el tiempo previsto para realizar el trámite (...)" (lo destacado no corresponde al original). Es decir, que la persona extranjera interesada en asegurarse ante la CCSS deberá acudir a la Dirección General de Migración y Extranjería donde podrá solicitar una constancia que certifique que su trámite para

resolver su solicitud de residencia se encuentra pendiente y, posteriormente, presentar dicho documento junto con los demás requisitos exigidos por la CCSS para proceder con su aseguramiento. En la especie, el propio recurrente afirma que para sacar su carné de asegurado le indicaron en el Hospital Escalante Pradilla que tenía que presentar un documento donde constara la cita para gestionar la cédula de residencia; empero, no consta en autos que el amparado haya cumplido con tal requerimiento. Así las cosas, la Sala es del criterio que las autoridades de la CCSS en ningún momento vulneraron el derecho a la seguridad social del tutelado, pues se le dio la opción de que llevara una constancia emitida por la Dirección General de Migración y Extranjería, que acreditara que se encontraba en trámite su solicitud de residencia, para iniciar con los procedimientos de aseguramiento.

Este Tribunal en sentencia número 20472-2014 de las once horas treinta minutos del diecisiete de diciembre de dos mil catorce, y señaló el siguiente;

Sobre el fondo. En el caso en examen, la esposa del recurrente, a favor de quien éste presenta el recurso de Amparo, ha contado con un carné de asegurada familiar. Al vencer su cédula de residencia y realizar los trámites de renovación, en Migración le exigen estar asegurada con la CCSS, conforme lo dispone la ley migratoria vigente. Se presenta, entonces su esposo a la clínica correspondiente, donde le emitieron un carné de aseguramiento provisional, para poder tramitar la nueva cédula de residencia y al día siguiente de que le entregaran la cédula, se presenta a gestionar un nuevo carné de aseguramiento familiar y le dicen en la clínica que no pueden emitirlo, ya que el Manual de Adscripción y Beneficio Familiar de la CCSS, reformado en su artículo 20 (publicado en el Diario Oficial La Gaceta del 10 de

noviembre de 2014), sólo permite que el costarricense asegure a su cónyuge si éste es también costarricense. Lo anterior porque la Ley de Migración y el Reglamento Migratorio ahora exigen que el extranjero cuente con un seguro propio.

La parte recurrida en este amparo, la CCSS, al rendir el informe de ley ante la Sala, argumenta que la legislación costarricense, conforme al Decreto Ejecutivo # 37112-GOB, publicado en el Alcance No. 95 de La Gaceta del 17 de mayo de 2012, en su artículo 31 (requisitos de aseguramiento), en relación con los artículos 7 inc. 7), 31 inc. 6), 78 y 80 de la Ley de Migración y Extranjería, exige a todo extranjero mayor de dieciocho años, contar con aseguramiento propio, como uno de los requisitos para obtener su cédula de residencia permanente y temporal, así como para renovarla, para aquellos que ya la tienen.

Por lo que los beneficios de asegurado familiar aplican sólo para costarricenses, al requerir el Manual que el costarricense, asegurado directo, al asegurar a su cónyuge bajo ese régimen, debe presentar, entre otros requisitos, la cédula de identidad de éste, con lo cual el cónyuge extranjero queda excluido. El artículo 20 de ese Manual dispone: “De los requisitos para el beneficio familiar del cónyuge. Además de los requisitos establecidos para la persona asegurada directa en el artículo 19 anterior, corresponde respecto del cónyuge presentar, solo cuando no se tenga acceso a las bases de datos que contengan la información requerida, los siguientes documentos: 1.- Documento de identificación: cédula de identidad vigente y en buen estado; 2.-Vínculo: certificación de estado civil con una vigencia no mayor a un mes de emitida”.

Indica la recurrida que, además, el beneficio familiar no es un mecanismo de aseguramiento, sino que por medio del asegurado directo cotizante se ofrece la posibilidad y protección para gozar de los beneficios que el seguro supone, dentro de los que se encuentra la posibilidad de brindar protección a la familia a través de la figura del “beneficio familiar”, mientras que la ley actualmente exige al extranjero contar con los seguros que brinda la CCSS.

La Sala no comparte esta interpretación que se hace a la normativa citada. De la lectura y diagnosis jurídica de la misma, no se encuentra en ninguna de las normas la exigencia de que el extranjero deba contar con un seguro propio, bajo las modalidades previstas, sino que cuente con un seguro de la CCSS, requisito que anteriormente a la reforma legal no se exigía. Por lo que una cosa es que ahora se requiera contar con un seguro y otra que se circunscriba el requisito a un aseguramiento directo, exclusivamente. Por lo que el extranjero cumpliría con la ley si tiene un seguro como trabajador dependiente, trabajador independiente, pero también como asegurado por beneficio familiar, en caso de matrimonio con costarricense, como ocurre en el caso de la recurrente. Ya que una de las modalidades de seguro que ofrece la CCSS es, precisamente, la del seguro familiar.

No se debe distinguir donde la ley no distingue ni interpretar las normas de forma que se cree una discriminación en contra del extranjero que conforme a la propia Constitución (artículo 19), goza de los mismos derechos del nacional, salvo las limitaciones que por la Constitución y la Ley se dispongan, que deben ser razonables, no violatorias de los derechos que se están reconociendo.

Es así que el artículo 7 inciso 7) de la Ley de Migración señala que “la tramitación de toda gestión migratoria deberá garantizar el aseguramiento a la seguridad social por parte de las personas migrantes. Tal garantía obligará a que todo trámite migratorio deba contemplar, como uno de sus requisitos básicos, contar con los seguros que brinda la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)”. El artículo 31 inciso 6), de la misma Ley, que “las personas extranjeras tendrán acceso al sistema de seguridad social costarricense, de acuerdo con la legislación vigente y su categoría migratoria.

Asimismo, tendrán el deber de contribuir con la sostenibilidad del sistema de seguridad social y de contribuir con los gastos públicos”. Y los artículos 78 y 80, también de esta Ley, dicen que para renovación de la condición migratoria, los residentes permanentes y los temporales, “deberán acreditar su aseguramiento a los seguros de la CCSS”. Y el artículo 31 del Reglamento Migratorio exige al extranjero contar “con el aseguramiento de los seguros de la CCSS” o “adscripción a los servicios de seguro social” (artículo 32). Mismas normas que cita la recurrida en apoyo a su solicitud de denegatoria del amparo. Ninguna de ellas dispone que el extranjero deba asegurarse de forma directa para realizar los trámites de obtención de la cédula de residencia o para renovarla, en las diferentes categorías que prevé la ley migratoria. Por lo que la reforma al Manual de Beneficio Familiar de la CCSS que se dice se ha hecho para acomodar sus regulaciones a los requerimientos de la Ley de Migración y su Reglamento, resulta de una incorrecta interpretación que hace la CCSS de esa normativa.

El propio Reglamento Migratorio dispone en su artículo 34 que aquellos extranjeros que no sean asegurados directos, deberán presentar el carné de Seguro

Social o bien el comprobante de pago del seguro al día. O sea, que no es requisito que el extranjero tenga un seguro como asegurado directo, previéndose esa única modalidad de seguro, sino que cuente con un seguro de los que ofrece la CCSS. Reglamento que también señala qué categoría de extranjeros se exceptúan de ese requisito (artículo 35, los pasantes, estudiantes y voluntarios, entre otros) y quiénes están exonerados de la presentación de documentos de filiación a la CCSS para tramitar su primer documento migratorio (refugiados, asilados y apátridas, artículo 36).

Es por todo lo anterior que cuando la CCSS le deniega a la recurrente el seguro por beneficio familiar, por poseer cédula de residencia y no cédula de identidad, es que se opera una grosera violación a sus derechos por la mera condición de ser extranjera. En este caso, la recurrente, de nacionalidad norteamericana, está casada con costarricense, con un matrimonio estable de treinta y un años, del que han nacido cuatro hijos y ha mantenido una permanencia en el país que le ha permitido contar con la correspondiente cédula de residencia de forma ininterrumpida, tramitando la renovación de la misma cuando le ha correspondido hacerlo.

En el caso particular, además, la recurrente tiene una condición médica (cáncer rectal) que requiere de atención médica inmediata, física y psicológica y si bien la recurrida argumenta que no se le niega esa atención, ya que lo que debe hacer es pagar de previo a la atención, por el tratamiento que debe recibir, es por el tipo de enfermedad que padece y según refiere la propia parte recurrente y documentación que aporta al expediente, que se trata de tratamientos y medicamentos muy costosos que no puede cubrir, por lo que necesita el seguro (por beneficio familiar),

como lo ha tenido y no es sino ahora, con la interpretación errada que hace la CCSS de la normativa migratoria, que recientemente puso en vigencia una normativa que impide al extranjero casado con costarricense, contar con el seguro por el beneficio familiar, que ha visto interrumpida la atención médica que necesita.

Por ello la Sala, bajo una mejor ponderación, porque ha dispuesto en otro caso similar que la negativa a otorgar un seguro a un extranjero casado con costarricense se adecua a lo dispuesto en el artículo 20 del Manual, de repetida cita en esta sentencia, que en este caso, confrontando esa norma con las disposiciones de la regulación migratoria, en consonancia con los derechos de los extranjeros que destilan desde la propia Constitución, que dispone declarar con lugar el recurso, disponer la inaplicabilidad del artículo 20 del Manual de Adscripción y Beneficio Familiar de la Caja Costarricense del Seguro Social y ordenar a la recurrida que valore el otorgamiento del seguro por beneficio familiar a la amparada, sin tomar en cuenta la limitación por nacionalidad que contempla ese artículo.”

En el caso de examen, resulta aplicable el precedente citado, ya que para la Sala ha quedado acreditada la infracción de los derechos fundamentales de la amparada. Lo anterior, porque el 18 de noviembre de 2014, se le impidió renovar el beneficio familiar por carecer de documento de identificación, lo que la obligó a asegurarse por la modalidad de aseguramiento voluntario, a pesar de que su esposo es asegurado directo y desde el 2003 venía disfrutando del seguro por beneficio familiar. En atención a que la Gerencia Médica y Financiera de la entidad recurrida, por oficio GM-0042-15, GF-10619 de 12 de enero de 2015, dirigido a todas sus dependencias dispuso que en forma obligatoria e inmediata se resguarden los

derechos fundamentales de las personas extranjeras, y que el 14 de enero de 2015 el recurrente fue llamado a fin de que se presentara a la Clínica de Coronado a realizar el trámite de renovación de seguro por beneficio familiar de la amparada, lo procedente es declarar con lugar el recurso únicamente a efectos indemnizatorios.

Por tanto: Se declara CON LUGAR el recurso. Se condena a la Caja Costarricense de Seguro Social al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo.

CAPITULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 CONCLUSIONES

En conclusión, con base en la investigación llevada a cabo, los diferentes derechos laborales que posee una persona migrante indocumentada deben de ser los mismos con lo que cuenta un trabajador costarricense, hemos analizado convenios de carácter internacional algunos ya ratificados por Costa Rica, que han declarado los derechos laborales, como inviolables e irrenunciables, por lo tanto, todo trabajador tiene derecho a que se le sean respetados y reconocidos estos derechos sin importar la condición en la que se encuentren, la ley tiene que proteger y velar para que los patronos no se aprovechen de la situación irregular en la que se encuentran estos para ser amenazados de alguna manera y así evitar que acudan a los tribunales de justicia de nuestro país a reclamar sus derechos.

En cuanto al acceso que tienen los migrantes ilegales a la justicia, a pesar de que sí pueden hacerlo, y de acuerdo con los derechos y garantías fundamentales es un derecho que no se le puede negar a ninguna persona. Por las investigaciones realizadas a diferentes juzgados Laborales, nos dimos cuenta que en la práctica hay muchas trabas procesales, no solamente en el momento de ir a interponer una demanda laboral por falta de documentos, estas demandas sí son aceptadas, pero a medida que avanza el proceso y si todos los rubros procesales son concedidos, se tienen que depositar en alguna entidad bancaria y éstas no hacen el trámite sin documentos, por lo que sería importante y necesario que por medio de una ley estas entidades puedan tramitar estos asuntos a este grupo de personas, o hacerlo de otra manera que no sea por este medio de transferencia bancaria, además de

brindarles un tiempo estimado un permiso para permanecer en el país , hasta que el proceso laboral finalice.

La posibilidad de que se regule una ley específica a nivel interno para migrantes en Costa Rica es necesaria, ya que es un fenómeno que no se puede evitar del todo, y que cada vez va en aumento , y la protección legal que existe, en la actualidad no es suficiente y es obligación del Estado velar por los derechos que tiene este grupo de personas que se encuentran en territorio costarricense, es un tema al cual no se le ha dado la importancia que merece , se nota por los tres convenios internacionales mencionados anteriormente los cuales no han sido ratificados , esto es un aspecto crítico por cuanto nuestro país es un Estado Social de derecho que debe aspirar a la protección de las garantías sociales e individuales de las personas, y no son derechos nuevos para los migrantes, sino que ratifica los ya existentes y debe de abrir paso a leyes internas .

La Constitución Costarricense garantiza la igualdad ante la ley y prohíbe el ejercicio de toda forma de discriminación contraria a la dignidad humana. Además, exige que “no podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores.” No obstante, estipula que “en igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense.”

Tanto la Ley 2694 y la reforma procesal laboral, prohíbe cualquier tipo de discriminación por criterios de raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica que limite la oportunidad de trato en el empleo o en la profesión. Se prohíbe la

discriminación laboral por criterios de edad, origen étnico, sexo o religión. También, el despido de trabajadores por los motivos anteriores. Sin embargo, esto no es suficiente para los trabajadores migrantes indocumentados, se necesita que se plasme una ley interna, que les garantice sus derechos.

5.2 Recomendaciones para la protección de los derechos laborales de los indocumentados.

Se recomienda un sistema legislativo interno de derecho laboral, que proteja las garantías y derechos fundamentales, ya que, si bien es cierto, los trabajadores indocumentados están protegidos por muchas leyes a nivel internacional, también es necesaria una ley interna, no es solamente que se le prohíba a los empleadores por tomar represalias contra trabajadores que quieran ejercer sus derechos, porque aun así el empleador todavía está infringiendo la ley, sino también que se les sancione.

Es importante que se les permita a los trabajadores migrantes, por ejemplo, una atención médica adecuada que en reiteradas veces se ha dicho que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que no se puede negar a ningún ser humano, se puede lograr mediante la figura de un seguro especial y temporal para que la Caja Costarricense de Seguro Social les brinde protección a su salud, y que por medio de una norma legal se le sancione al patrono que contrate desde condiciones ilegales a este grupo de trabajadores, con una multa de dinero y así de esa manera se le pague a la Caja los servicios brindados a estos trabajadores, o también al Instituto Nacional de Seguros por algún eventual riesgo de trabajo.

También, instruir a las personas que se encuentran en esta situación, para que conozcan sus derechos, y no los dejen de reclamar solo por el simple hecho de tener miedo a presentar un reclamo contra su empleador, y éste pueda tomar represalias, y que sepan que esas represalias son ilegales. Además, los empleadores que tomen

represalias contra un trabajador debido a que se quejó acerca de las condiciones laborales peligrosas, están infringiendo la ley de manera doble.

BIBLIOGRAFÍA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. OEA. Washington

Guier Esquivel, J.E. (2007). Historia del Derecho. San José: Universidad Estatal a Distancia.

Hernández Sampieri, R. et al (2014). Metodología de la investigación. 6ta Ed. México: Mc Graw Hill.

MIDEPLAN. (2012). Migración indígena laboral: Cosecha de café en la zona de Los Santos. San José, Costa Rica.

Organización Internacional para las Migraciones. (2011). Informe sobre las migraciones en el mundo 2011. Comunicar eficazmente sobre la migración. OIM. Ginebra.

Organización Internacional para las Migraciones. (2013). Diagnóstico para la Formulación de una Política Pública sobre Migración Laboral en Costa Rica. Proyecto Mejorando la Administración de la Migración Laboral en Centroamérica y República Dominicana. San José, Costa Rica.

OIT. Convenio 97, Trabajadores Migrantes.

OIT. Convenio 143, Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Trabajo y de Trato de los Trabajadores Migrantes; y la Acción Inmediata para su eliminación.

OIT. (1946). Declaración de Filadelfia.

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2000-2421 (Sala Constitucional 2000).

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 18803- 2008 (Sala Constitucional 2008).

Sala Constitucional, Corte Suprema de justicia, 18804-2008 (Sala Constitucional 2008).

Sala Constitucional, Corte suprema de Justicia, 916-2009 (Sala Constitucional 2009)

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2013-000198 (Sala Constitucional 2013).

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2015-001316 (Sala Constitucional 2015).

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2016-012497 (Sala Constitucional 2016).

Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 2017-001094 (Sala Constitucional 2017).

Universidad Hispanoamericana, Guía de trabajos finales de graduación, 2017.

GLOSARIO

Emigrar o migrar: Dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

Emigrante: Persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

Inmigrar: Llegar a otro Estado con el propósito de residir en él.

Inmigrante: Persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él.

Migrante: Término genérico que abarca, tanto al emigrante como al inmigrante.

Estatus migratorio: Situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo.

Trabajador: Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada.

Trabajador migrante: Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional.

Trabajador migrante documentado o en situación regular: Persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.

Trabajador migrante indocumentado o en situación irregular: Persona que no se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos

internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza dicha actividad.

Deportación: Acción de destierro del que son víctimas individuos o grupos de personas usualmente por razones políticas.

