

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho

Análisis del sistema de protección al trabajo de la persona migrante como derecho humano,
dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense y su vinculación con el Derecho Internacional

Ashley Josette Juárez Zúñiga

B13552

María Carolina Gómez Chavarría

B12807

San José, 2021



11 octubre 2021
FD-1902-2021

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes: Ashley Josette Juárez Zurfiga carné B13552 y María Carolina Gómez Chavarría carné B12807, denominado: "Análisis del sistema de protección al trabajo de la persona migrante como derecho humano, dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense y su vinculación con el Derecho Internacional" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuse de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

<i>Informante</i>	M.Sc. Jorge Olaso Álvarez	<i>FIRMA</i>	<i>FECHA</i>
<i>Presidente</i>	Dr. Gerardo Rúben Alfaro Vargas		
<i>Secretaria</i>	M.Sc. Marlene Mendoza Ruiz		
<i>Miembro</i>	Lic. Célamo Fuentes Vargas		
<i>Miembro</i>	M.Sc. Rodrigo Campos Esquivel		

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **04 de noviembre 2021**, a las 5:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación

LCV
Cc: arch.



Recepción

Tel.: 2511-4032

recepcion.fdi@ucr.ac.cr

Consultorios Jurídicos

Tel.: 2511-1521

ayudiasocial.fdi@ucr.ac.cr

Casa de Justicia

Tel.: 2511-1558

administrativacajusticia.fdi@ucr.ac.cr

www.derecho.ucr.ac.cr

Carta de Aprobación Director

Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado Señor:

Por este medio hago constar en mi condición de Director, he estudiado el Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado “Análisis del sistema de protección al trabajo de la persona migrante como derecho humano, dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense y su vinculación con el Derecho Internacional” elaborados por las estudiantes Ashley Josette Juárez Zúñiga y María Carolina Gómez Chavarría, portadoras de los carne universitarios B13552 y B12807, respectivamente.

Estimo que la investigación cumple con todos los requisitos de forma y fondo necesarios para ser replicados ante el Tribunal Examinador. La presente tesis inicia con el con un amplio estudio de la legislación costarricense sobre las diferentes categorías migratorias en nuestro país, así como la normativa en cuanto a los derechos de las personas trabajadoras, específicamente de las personas migrantes. Posteriormente se desarrolló el análisis de las diferentes normativas internacionales referentes al tema de las personas trabajadoras migrantes, incluyendo las Convenciones, Tratados Internacionales y distintos Convenios. Consecutivamente se desarrollo el concepto de trabajo decente, y la aplicación que se ha dado en nuestro país a partir del desarrollo de este. Por último, se abordó el Control de Convencionalidad para la tutela de los derechos de las personas migrantes.

Es un trabajo muy bien desarrollado, y de amplio desarrollo analítico. Por esta razón le otorgó mi aprobación como director para los efectos correspondientes.

Sin otro particular, se despide atentamente.



MSc. Jorge Olaso Álvarez
Director

Carta de Aprobación Lectores

Liberia, 27 de septiembre del 2021.

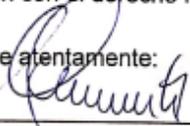
Dr. Ricardo Salas Porras.
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo de mi parte. En mi condición de Lector del Trabajo Final de Graduación titulado "*Análisis del sistema de protección al trabajo de la persona migrante como derecho humano, dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense y su vinculación con el Derecho Internacional*", elaborado por las estudiantes **ASHLEY JOSETTE JUÁREZ ZÚÑIGA** carné B13552 y **María Carolina Gómez Chavarría** carné B12807, me permito indicarle que extendiendo mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación.

Lo anterior, dado que considero que el presente trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Además considero, que este trabajo es un parte a la rama del derecho laboral, específicamente en el tema de derechos laborales de las personas migrantes que se aplican en Costa Rica en relación con el derecho internacional.

Sin otro particular, se despide atentamente:



Prof. Célimo Gerardo Fuentes Vargas

Lector

Liberia, 27 de septiembre del 2021.

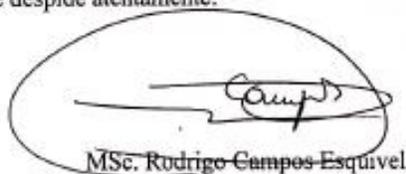
Dr. Ricardo Salas Porras.
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Estimado Señor:

Reciba un cordial saludo de mi parte. En mi condición de Lector del Trabajo Final de Graduación titulado "*Análisis del sistema de protección al trabajo de la persona migrante como derecho humano, dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense y su vinculación con el Derecho Internacional*", elaborado por las estudiantes **ASHLEY JOSETTE JUÁREZ ZÚÑIGA** carné B13552 y **María Carolina Gómez Chavarría** carné B12807, me permito indicarle que extendiendo mi aprobación para la correspondiente réplica de la citada investigación.

Lo anterior, dado que considero que el presente trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación, para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Además considero, que este trabajo es un parte a la rama del derecho laboral, específicamente en el tema de derechos laborales de las personas migrantes que se aplican en Costa Rica en relación con el derecho internacional.

Sin otro particular, se despide atentamente:



MSc. Rodrigo Campos Esquivel

Lector

Carta de Aprobación Filóloga

San Pedro, 06 de octubre del 2021

Señores
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho

Estimados señores:

Las estudiantes María Carolina Gómez Chavarría y Ashley Josette Juárez Zúñiga, me han presentado para efectos de corrección de estilo, en mi calidad de profesional graduado en Filología Española, el proyecto de graduación denominado "Análisis del sistema de protección al trabajo de la persona migrante como derecho humano, dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense y su vinculación con el Derecho Internacional", para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

He revisado, de acuerdo con los lineamientos de la corrección de estilo señalados por la Universidad, los aspectos de estructura gramatical, la puntuación, acentuación, ortografía y los vicios de dicción que se trasladan al escrito, y he verificado que se han realizado todas las correcciones indicadas en el documento.

Por lo tanto, considero que se encuentra listo para presentarlo ante la Universidad.

Atentamente,



M.Sc. Marianela Abellán Vargas
Filóloga
Carné 10702

Dedicatoria

A Dios primero por permitirme llegar hasta aquí

A mis Ángeles en el cielo Alon y Papito, que han sido mi guía desde que dejaron el mundo terrenal, en especial a mi Papito, quien dio lo mejor de sí para yo poder ser la profesional que quisiera ser, y nunca me soltó la mano.

A mi mamá Aurora, que con muchos esfuerzos pudo darme lo necesario para poder salir adelante y ser la mujer que soy, porque muchas veces se desprendió de lo que tenía para mí, por enseñarme a luchar.

A mi abuela, mi segunda mamá, por escucharme, apoyarme, guiarme y brindarme siempre la mano cuando más lo necesitaba, por estar siempre pendiente de mí.

A todos mis tíos Javier, Lorena, Yansi, mis primos Iri, Bay, Javi, Bran, mis sobrinos Fio y Feli, que de una u otra manera fueron esenciales en este proceso.

A Jesús que ha sido mi apoyo incondicional, mi confidente, mi hombro.

A Carolina por compartir este proyecto conmigo, por ser amiga y compañera.

Por último, a vos Ashley, porque has sido valiente, has luchado y te has levantado cada vez que no podías, demostraste tu coraje, porque creíste en vos y pudiste llegar hasta acá

Ashley

A mis papás Mary y Luis por su incondicional apoyo, amor y paciencia. A ellos les debo todo lo que he logrado.

A mis hermanos y hermana Fer, Gera, Jor, Nan y Os, que con todo su apoyo me ayudaron a continuar cuando yo misma dudaba.

A mi amiga y compañera Ashley por su paciencia, por los años de amistad, y todos los trabajos que hicimos juntas, terminando con este tan importante para ambas.

A las personas que se mantuvieron cerca en durante la etapa de la U, que se convirtieron en colegas y amigos.

Monchita esto va hasta el cielo, te extraño.

Carolina

Agradecimientos

Agradecemos a nuestro director de tesis, el Dr. Jorge Olaso Álvarez, por ayudarnos y apoyarnos en la creación de este trabajo, por creer en nosotras desde el primer momento, gracias por su tiempo, dedicación y su paciencia.

A nuestro Tribunal Examinador, Lic Celimo y M.Sc. Rodrigo, M.Sc Marlene, Dr. Gerardo Rubén quienes dedicaron su tiempo, apoyo y disposición para culminar este proceso.

A nuestros Profesores de la Sede de Guanacaste por su entrega y dedicación para enseñar.

Ashley y Carolina

Tabla de Contenido

Resumen.....	v
Ficha Bibliográfica.....	viii
Introducción	1
Justificación	1
Problema	3
Hipótesis	3
Metodología	3
Objetivo general.....	4
Objetivos específicos	5
Capítulo I: Derecho Laboral de las personas migrantes en Costa Rica	5
Sección I: Categorías Migratorias según Dirección General de Migración y Extranjería	6
Residentes Permanentes	6
Residentes Temporales	7
Categorías Especiales	8
Sección II: Requisitos para laborar legalmente en Costa Rica (subcategorías)	9
1. Residentes Permanentes	9
2. Residentes Temporales	10
2.1. Los ejecutivos, los representantes, los gerentes y el personal técnico de las empresas establecidas en el país, así como sus cónyuges e hijos	11
2.2. Los inversionistas.....	13
2.3. Los científicos, los profesionales, los pasantes y los técnicos especializados.....	14
3. Categorías Especiales	15
3.1. Personas trabajadoras transfronterizas	16
3.2. Personas Trabajadoras Temporales.....	17
3.4. Personas trabajadoras ligadas a proyectos específicos y de interés público.....	19
Sección III. Normativa laboral costarricense referente al trabajador migrante.....	20
1. Tutela Constitucional.....	20
2. Tutela legal y reglamentaria	22
2.2. Reglamento de Extranjería.....	23

2.3. Código de Trabajo.....	24
2.4. Ley de Reforma Procesal Laboral. Ley N°9343	25
3. Tutela de la Sala Constitucional	26
4. Políticas Públicas.....	35
4.1. Política Migratoria Integral para Costa Rica 2013-2023	37
4.2. Plan Nacional de Integración para Costa Rica 2018-2022	39
Capítulo II: Instrumentos Internacionales que regulan el derecho laboral de las personas migrantes.....	41
Sección I. Convenciones de Derechos Humanos	42
1. Declaración Universal de Derechos Humanos	43
2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos	45
3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	46
4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	48
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	49
Sección II. Convenios de OIT.....	50
1. Convenio N°111 “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)” (1958)	52
2. Convenio N°97 “Convenio relativo a los trabajadores migrantes” (1949)	53
3. Recomendación N°86 “Recomendación sobre los trabajadores migrantes” (1949)	58
4. Convenio N°143 “Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes” (Convenio sobre los trabajadores migrantes) (1975).....	60
5. Recomendación N°151 “Recomendación sobre los trabajadores migrantes” (1975)....	63
6. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)	66
Capítulo III: El trabajo decente para las personas migrantes.....	70
Sección I: Origen y definición de trabajo decente	71
Sección II Aplicación del trabajo decente en materia laboral en Costa Rica.....	81
Programa de Trabajo Decente de la República de Costa Rica: Gestión, seguimiento, y evaluación 2013-2017	83
Programa de Trabajo Decente de la República de Costa Rica: 2019-2023 Acuerdo Tripartito	88
Capítulo IV Control de Convencionalidad para la tutela de los derechos laborales de las personas migrantes.....	89
Sección I: Concepto de Control de Convencionalidad.....	92

Sección II: Control Difuso de Convencionalidad	107
Sección III: Tratamiento del Control Difuso de Convencionalidad en Costa Rica	112
1. Tratamiento normativo	114
1.1. Constitución Política.....	114
1.2. Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC).....	118
1.3. Código Civil.....	121
1.4. Ley General de Administración Pública	122
1.5. Ley Orgánica del Poder Judicial	123
2. Tratamiento Jurisprudencial	125
Ejemplo práctico de la aplicación del control de Convencionalidad Difuso en la legislación laboral en Costa Rica.....	139
Conclusiones	143
Bibliografía	151
Anexos	160

Tabla de Abreviaturas

Artículo /Artículos	ART, ARTS
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CCSS	Caja Costarricense del Seguro Social
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNS	Consejo Nacional de Salarios
CST	Consejo Superior de Trabajo
DGME	Dirección General de Migración y Extranjería
DAES	Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas
LGAP	Ley General de la Administración Pública
LGBTQ	Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero, Queer
LGME	Ley General de Migración y Extranjería
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
OIT	Organismo Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PTD	Programas de Trabajo Decente
PTDP	Programas de Trabajo Decente por País
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RDE	Reglamento de Extranjería

Resumen

La migración, a nivel internacional, forma parte de la historia. Los movimientos se dan por distintas razones tales como la necesidad de buscar otras opciones de empleo que mejoren las condiciones de vida de la persona trabajadora y de su grupo familiar. Si bien es cierto, este no es el único motivo por el que una persona migra, este tipo de desplazamiento es el que se analiza en el presente trabajo de investigación.

Las migraciones, según Calduch (citado por Najib Abu-Warda) deben contemplar tres elementos característicos y esenciales que son los siguientes

Elemento humano, las migraciones internacionales suponen siempre una movilización del factor humano, que se encontraba formando parte de una determinada sociedad política, generalmente el Estado.

Elemento internacional, que supone un cambio de un país a otro. Este cambio es el elemento de los movimientos de población que se producen dentro de un mismo Estado. Este superar de las fronteras estatales es el que origina el factor de desequilibrio entre los Estados y sus relaciones, y en consecuencia en la sociedad internacional.

Elemento temporal, que a diferencia de otros fenómenos de movilidad humana (turismo, intercambio cultural, militar, etc.) la migración supone una cierta estabilidad en el país destino. Este elemento permite que los desequilibrios originados en las relaciones internacionales no sean momentáneos o transitorios, sino que la permanencia produce mayores efectos en la sociedad internacional¹.

Es decir que los movimientos migratorios implican que hay movilización de la persona migrante, de un país a otro. Estos no tienen fecha fija de retorno hacia el país de origen, y quien se encuentra en otro país se debe acoger a las regulaciones de esa nación para regularizar su estatus migratorio.

¹ Najib Abu-Warda, "Las migraciones internacionales," *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, no.36 (2008), consultado 25 de junio, 2021, <https://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0707550033A/25848>

Sin embargo, si la persona trabajadora migrante no cumple con la normativa nacional, en muchas ocasiones se establecen múltiples requisitos como documentos, pagos, contratos con una empresa en el país de destino, lo cual definirá su estatus migratorio, con las implicaciones que esto acarrea, al permitir que regularice su estatus; o por el contrario que inicie sus labores de forma irregular.

Según Delgado Wise y Márquez (citados por Castles)

Los migrantes irregulares están inmersos en la flexibilización del mercado laboral, un elemento central de la globalización neoliberal: pueden ser contratados y despedidos fácilmente, sin procesos complejos o altos costos para el patrón. Con frecuencia se puede dividir los procesos de producción en la manufactura, de modo que las actividades de alta productividad y alta capacitación pueden realizarse en las economías avanzadas, mientras que los segmentos de baja productividad y bajos salarios pueden ser maquilados (outsourcing) en el Sur. Sin embargo, cuando las actividades económicas deben realizarse cerca de los consumidores –en especial la construcción y tareas de servicio–, la desregulación del mercado laboral ha abierto el camino a la informalización.²

Los Instrumentos Internacionales se crean como una respuesta por parte de Organizaciones Internacionales con la finalidad de dar un mayor ámbito de protección de los Derechos Humanos, para brindar su protección extensiva y evitar que las personas trabajadoras se vean enfrentadas a una situación, como la flexibilización del mercado laboral.

Costa Rica, como país de tránsito y receptor de personas migrantes, debería ratificar aquellos Convenios y Tratados sobre los derechos de las personas trabajadoras migrantes, pues no basta con argumentar que su ratificación supone una reiteración de normas. La tutela legal que le da Costa Rica al tema de los migrantes, en ocasiones resulta ser insuficiente, ya que, con las constantes situaciones que se presentan en el mundo, tales como conflictos derivados de problemas económicos, sociales y religiosos, es necesario que los legisladores sean observadores de la normativa internacional para asegurar la protección de los derechos de estos individuos, y así incorporarla al ordenamiento jurídico nacional.

² Stephen Castles, “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales”, *Scielo*, N°15(2010): 57. Consultado 25 de junio del 2021. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-75992010000200002&script=sci_arttext

Las principales conclusiones a las que se llega en la presente investigación señalan que la legislación costarricense protege de manera parcial los derechos de las personas trabajadoras migrantes y sus familias; sin embargo, el sistema jurídico costarricense debe ser consecuente con los instrumentos de derechos humanos, aún más siendo el país democrático que ha profesado ser desde la constitución de la República. No se puede obviar que en materia laboral, esta población es quien percibe más violaciones a sus derechos, y el Estado es el ente garante para que esto no suceda, a través de la ratificación y aprobación de los Convenios de la OIT, y la Convención de la ONU como primer paso para una mayor protección de los derechos laborales de la persona migrante.

La pertinente aprobación y ratificación de los Convenios 97 y 143 y sus respectivas Recomendaciones 86 y 151, así como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, puede solucionar los problemas actuales que se dan en Costa Rica, referentes a la regulación de los derechos y permisos laborales para las personas migrantes en condición regular e irregular, ya que, en el recorrido normativo se pueden percibir las falencias del sistema jurídico costarricense en cuanto al objetivo de garantizar el derecho al trabajo decente y la dignidad humana en todos los ámbitos de la vida de las personas trabajadoras migrantes.

Ficha Bibliográfica

Gómez Chavarría, María Carolina y Juárez Zúñiga, Ashley Josette. *Análisis del sistema de protección al trabajo de la persona migrante como derecho humano, dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense y su vinculación con el Derecho Internacional*. Tesis de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2021. (185)

Director: Dr. Jorge Olaso Álvarez

Palabras claves: migrante, trabajador, derechos humanos, derechos laborales, derecho al trabajo, trabajo decente, control de convencionalidad, control difuso de convencionalidad.

Introducción

Justificación

La migración es un fenómeno que se da desde los inicios de la humanidad, lo que ha provocado que los Estados se vean obligados a enfrentar los desafíos de las migraciones en temas laborales, económicos, salud, entre otros.

A partir de estos desafíos, en 1940, Costa Rica crea la Oficina de Migración y Extranjeros, que sufre diferentes modificaciones para llegar a ser lo que hoy se conoce como la Dirección General de Migración y Extranjería, órgano encargado de ejecutar la política pública en nuestro país en materia de migración. A través estas políticas, se establecen requisitos y limitaciones para las personas que desean ingresar al país, según las distintas categorías y subcategorías establecidas en la Ley N°8764 Ley General de Migración y Extranjería. Es decir, la legislación interna establece que para que una persona extranjera se encuentre en condición legal, debe categorizarse en alguna de las clasificaciones de la ley mencionada. Estas categorías, divididas en residentes permanentes, temporales, no residentes, y categorías especiales, son el mecanismo para regular la entrada y salida de extranjeros en el país.

Al establecerse las categorías migratorias, existen distintos requisitos que las personas extranjeras deben cumplir para permanecer de manera legal en el territorio nacional, tal como se establece a partir del capítulo I, desde el artículo 77 al 92 de la Ley General de Migración y Extranjería.

A raíz de esta categorización, se presentan desafíos para las personas extranjeras que desean o necesitan por diferentes razones establecerse en nuestro país para trabajar o ejercer alguna actividad comercial, pues se establece como requisito por la legislación nacional un permiso de trabajo.

De esta forma, el país, no solamente cuenta con legislación interna que lo obliga a velar por los derechos laborales de las personas extranjeras o migrantes que realizan actividades económicas; sino, que de igual forma tiene compromisos a nivel Internacional por los diferentes Tratados y Convenios Internacionales, con los cuales los jefes de Estado se han comprometido ante la comunidad

internacional para velar por los derechos y protección tanto de las personas trabajadores nacionales como extranjeros, sin establecer diferencias entre ambos.

Dentro de los acuerdos más relevantes sobre los Trabajadores Migrantes se encuentra el Convenio N°97 acerca de los trabajadores. En este instrumento se formulan normas que obligan a los Estados que lo ratifican a brindar asistencia, información y protección para los trabajadores migrantes, ya sea en el ámbito de la seguridad social, o bien en la asistencia para que puedan trabajar ya sea en el sector privado o público. Otro convenio de relevancia es el N° 143, el cual se refiere a la eliminación de todas aquellas conductas abusivas para con los trabajadores migrantes; hace referencia a los tipos de migración, principalmente la clandestina y la de los traficantes de mano de obra, responsables del ejercicio de la migración clandestina. A pesar de la existencia de estos convenios, resulta alarmante que únicamente 50 Estados han ratificado el Convenio N°97 y el Convenio N°143, únicamente 25 países.

La no aprobación de estos dos Convenios por Costa Rica, se justifica en que por no ser de aplicación obligatoria como regla general, deben de hacerse moralmente, ya que hay algunos que son los principales instrumentos reguladores en temas específicos, tal y como el tema de migración laboral, y emitidos por la OIT. Sin embargo, el hecho de que sean discursos y que su legislación no es una obligación, ha traído consigo consecuencias no únicamente para las personas que migran a nuestro país; sino también para los aplicadores del derecho, quienes han tenido que buscar otras formas de hacer valer los derechos de las personas migrantes trabajadoras.

Debido a esta falta de regulación, el presente trabajo pretende establecer la necesidad de la aprobación de instrumentos internacionales que protegen a los trabajadores migrantes, ya que la legislación nacional y los mecanismos que son utilizados por los aplicadores del derecho no les brindan seguridad jurídica.

Esto se realizará a través del análisis del derecho interno costarricense y su comparación con las regulaciones internacionales, así como la posible aplicación del control difuso de convencionalidad por parte de los jueces de la República en aras de brindar protección a la parte trabajadora migrante.

Su finalidad será brindar un aporte jurídico a un problema que es real y que la nación enfrenta de manera constante, como los son las migraciones; específicamente las personas que migran en

busca de un trabajo, y esperan las condiciones laborales mínimas, ya que nuestro país es conocido a nivel internacional por el respeto de los Derechos Humanos.

Problema

A lo largo de los años, Costa Rica ha creado una normativa en materia laboral y ratificado cuerpos jurídicos internacionales para la protección de los derechos laborales. No obstante, existen Convenios y Recomendaciones que tutelan los derechos laborales de las personas migrantes que aun no han sido ratificados por nuestro país, limitando la capacidad de los operadores del derecho para resguardar el derecho humano al trabajo y sus respectivas garantías para esta población.

Por lo anterior, se plantea como problemática para este proyecto de investigación la siguiente interrogante: ¿Dispone la legislación laboral de Costa Rica de los suficientes instrumentos normativos para la protección de los derechos laborales de las personas migrantes?

Hipótesis

Los operadores del derecho en Costa Rica requieren de la ratificación de las Convenciones y Recomendaciones que tutelan los derechos y deberes de las personas trabajadoras migrantes para poder dotar de seguridad jurídica a esta población, puesto que aun cuando en diferentes fallos jurisdiccionales han utilizado estos instrumentos, esta aplicación es ejercida únicamente por los jueces de la Sala Constitucional mediante el control de convencionalidad, limitando a los demás jueces y juezas de todos los estrados judiciales a aplicar Convenciones y Recomendaciones no ratificadas por el país, lo que vulnera los derechos laborales de las personas trabajadoras migrantes.

Metodología

Como guía para el proyecto final de graduación se emplearán distintos procedimientos delimitados en primer lugar por el tipo de estudio, que corresponde a la investigación aplicada en segundo lugar, el enfoque se basa en una metodología mixta; el alcance de la investigación será de carácter

exploratorio, y en cuanto al procedimiento para la recolección de la información se utilizará el análisis documental de diversas fuentes.

El presente proyecto tiene como fin la utilización de los conocimientos adquiridos con el fin de llegar a una solución de los problemas prácticos, tanto en el ámbito jurídico como teórico del tema; lo cual corresponde a una investigación aplicada.

Se emplea la metodología mixta debido a que se utilizan tanto datos cualitativos como cuantitativos para abordar los objetivos propuestos. Como parte del enfoque metodológico cualitativo se abordan los estudios doctrinarios existentes sobre el tema, así como el marco normativo tanto nacional como internacional. Además, se realizan entrevistas semiestructuradas que permiten contribuir en el abordaje de los objetivos de la investigación.

El alcance es exploratorio ya que no existen estudios previos que tengan el mismo enfoque al planteado en este proyecto; sin embargo, se utilizan datos, documentos, jurisprudencia que tienen relación con el tema propuesto.

Para recolectar la información se aplica el análisis documental de diversas fuentes como libros, revistas jurídicas, trabajos finales de graduación, textos legales, diccionarios, páginas web. La entrevista será semiestructurada puesto que primero se construye un cuestionario para luego aplicarlo a las personas entrevistadas, profesionales en Derecho, con conocimiento en Derechos Humanos, Migraciones Internacionales, Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional, jueces y juezas. Su finalidad es aportar conocimientos y criterios, a través de perspectivas de profesionales que se encuentran en constante relación con el objeto de estudio.

Objetivo general

Establecer la injerencia de los instrumentos internacionales no ratificados por la legislación costarricense en materia de derechos laborales de las personas migrantes para determinar su posible aplicación en las sentencias judiciales.

Objetivos específicos

1. Analizar, a través de la revisión de las normas del derecho interno costarricense, el derecho laboral de las personas migrantes, con la finalidad de establecer los vacíos jurídicos presentes en la legislación.
2. Determinar los marcos de regularización, a nivel internacional, que se aplican a los derechos de las personas trabajadoras migrantes para establecer el nivel de injerencia en las resoluciones judiciales.
3. Definir el papel de las políticas de OIT sobre el trabajo decente y los derechos la persona trabajadora migrante para determinar su relación.
4. Determinar, a través del Control de Convencionalidad Difuso, la aplicación de los instrumentos internacionales no ratificados por la legislación costarricense en materia de derechos laborales de las personas migrantes.

Capítulo I: Derecho Laboral de las personas migrantes en Costa Rica

El Estado Costarricense, desde la creación de su República, se ha caracterizado por incorporar en el sistema jurídico nacional leyes y normas que tienen como finalidad regular el estatus migratorio de las personas extranjeras. En el 2009, con la promulgación de la Ley N°8764 Ley General de Migración y Extranjería, en adelante llamada LGME³, y su posterior entrada en vigor en el 2010, se comienza a tomar en cuenta situaciones de la realidad que enfrentan las personas trabajadoras extranjeras, lo cual permite llenar vacíos legales de su antecesora, la Ley N°8487 del 2006, la cual no se encuentran en debate en esta investigación.

Antes de dar inicio al abordaje de las categorías que se le otorgan a la persona migrante, resulta necesario referirse en primer lugar al término trabajador migrante ya que este es el principal sujeto en la presente investigación.

³ Asamblea Legislativa de Costa Rica, “Ley General de Migración: Ley N°8764; 19 de noviembre del 2009”. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=66139&nValor3=120751&strTipM=TC

En este Capítulo se abordarán las diferentes categorías que otorga la LGME y el Reglamento de Extranjería, en adelante RDE⁴, tales como residentes permanentes, residentes temporales, no residentes y categorías especiales. Se hará principal énfasis en las relacionadas al trabajo y de las que se deriven derechos adquiridos por su estatus migratorio.

Sección I: Categorías Migratorias según Dirección General de Migración y Extranjería

Residentes Permanentes

El concepto de residente permanente se encuentra en la LGME en el artículo 77 que asigna dicha condición a “la persona extranjera a quien la Dirección General le otorgue autorización y permanencia por tiempo indefinido”⁵; así como también lo establece el RDE.

El artículo 78 del mismo cuerpo legal indica quiénes son las personas que pueden optar por esta categoría

- 1) La persona extranjera, su cónyuge y sus familiares de primer grado por consanguinidad que haya gozado de una residencia temporal durante tres años consecutivos.
- 2) La persona extranjera con parentesco de primer grado por consanguinidad con ciudadanos costarricenses; se entenderán como tales a los padres, los hijos menores o mayores con discapacidad y los hermanos menores de edad o mayores con discapacidad.
- 3) A quien la Comisión de Visas Restringidas y Refugio otorgue dicha condición.
- 4) Personas indígenas transfronterizas⁶.

Como parte adicional a este artículo, el legislador considera que los residentes permanentes deberán asegurarse voluntariamente a la Caja Costarricense de Seguro (CCSS) para con ello poder

⁴ Poder Ejecutivo de Costa Rica, “Decreto Ejecutivo N°37112-G: Reglamento de Extranjería; 17 de mayo del 2012”. <https://www.migracion.go.cr/Documentos%20compartidos/Reglamentos/Reglamento%20Extranjer%c3%ada.pdf>

⁵ Ley N°8764, art. 77.

⁶ Ley N°8764, art. 78.

tramitar la renovación de su condición migratoria, y, desde el momento en que se le otorga la clasificación de residente permanente, sin interrupción durante la vigencia de su cédula de extranjería y su respectiva renovación.

Residentes Temporales

El Reglamento de Extranjería, así como la Ley N°8764, determinan que es residente temporal la persona extranjera cuya condición de permanencia por tiempo definido es establecida por la LGME a partir del artículo 79, que establece como residentes temporales a las siguientes personas

- 1) El cónyuge de ciudadano costarricense, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la presente Ley.
- 2) Los religiosos de las religiones que deban estar acreditadas ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.
- 3) Los ejecutivos, los representantes, los gerentes y el personal técnico de las empresas establecidas en el país, así como sus cónyuges e hijos. También estarán contemplados en esta categoría los empleados especializados que por cuenta propia o en relación de dependencia se integren a tales labores y sean así requeridos para el desarrollo de estas, según criterio de la Dirección de Migración.
- 4) Los inversionistas.
- 5) Los científicos, los profesionales, los pasantes y los técnicos especializados.
- 6) Los deportistas debidamente acreditados ante el Consejo Nacional del Deporte y la Recreación.
- 7) Los corresponsales y el personal de las agencias de prensa.
- 8) Quien haya convivido con su cónyuge e hijos menores o con discapacidad, de las personas mencionadas en los incisos anteriores.
- 9) Los rentistas.
- 10) Los pensionados.

11) Personas indígenas transfronterizas⁷.

Para todas las categorías antes mencionadas, la Dirección General podrá autorizar que dichas personas entren al país o bien puedan permanecer por un tiempo definido de 90 días hasta por dos años, los cuales pueden ser prorrogables.

Categorías Especiales

A diferencia de las dos anteriores categorías, esta acoge a todas las personas migrantes que por sus características no pueden considerarse residentes permanentes o temporales, según lo dispuesto por el artículo 93 de la LGME

Al respecto, el artículo 95 de la Ley en mención indica que las personas a las que la Dirección General le otorgue dicha categoría especial, no serán sujetas al derecho de permanencia en el territorio nacional, con la excepción de las subcategorías de asilo y apátridas quienes gozan de protección por los instrumentos internacional de los que Costa Rica forma parte. No obstante, en el artículo 96 sigue mencionando el legislador, que estas personas tendrán la posibilidad de “ (...) cambiar de categoría mientras estén en el país, siempre y cuando cumplan los requisitos prefijados por estas”⁸.

El artículo 94 se refiere a quienes forman parte de la categoría especial de la siguiente manera

- 1) Trabajadores transfronterizos.
- 2) Trabajadores temporales.
- 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, así como trabajadores por cuenta propia.
- 4) Estudiantes, investigadores, docentes y voluntarios.

⁷ Ley N°8764, art. 79.

⁸ Ley N°8764, art. 96.

- 5) Invitados especiales del Estado, sus instituciones y los que por razones de seguridad pública el Ministerio de Seguridad estime su pertinencia, así como denunciantes o testigos en procesos judiciales o administrativos.
- 6) Artistas, deportistas e integrantes de espectáculos públicos, profesionales o técnicos destacados o personas invitadas para que realicen actividades de importancia para el país.
- 7) Refugiados.
- 8) Asilados.
- 9) Apátridas.
- 10) Víctimas de trata de personas.
- 11) Trabajadores ligados a proyectos específicos y proyectos de interés público.
- 12) Los demás que la Dirección General de Migración y Extranjería estime conveniente por razones humanitarias, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como los determinados en el Reglamento de Extranjería⁹.

Todo lo anterior se encuentra regulado a su vez en el RDE, en los ordinales 101 y 102. Las personas cuya categoría sea especial deberán de presentar la solicitud para trabajar en el país a la Dirección General. Esta gestión será acompañada por “los estudios técnicos, así como los informes de carácter recomendativo del MTSS y otros criterios de oportunidad y convivencia”¹⁰, según se menciona en el artículo 102 de este Reglamento.

Sección II: Requisitos para laborar legalmente en Costa Rica (subcategorías)

1. Residentes Permanentes

En este apartado no se hará referencia a las subcategorías del artículo 77 de la LGME, ya que la característica principal de este ordinal radica en que la posibilidad de que la persona migrante

⁹ Ley N°8764, art. 94.

¹⁰ Reglamento de Extranjería, art. 102.

pueda incorporarse a la fuerza laboral del país está sujeta a su relación, vínculo sanguíneo o matrimonio con una persona costarricense.

2. Residentes Temporales

De acuerdo con el artículo 80 de la LGME, aquella persona bajo la condición migratoria de residente temporal puede laborar tanto en actividades de cuenta propia con retribución económica o no, o bien pueden estar sujetos a una relación laboral, previa autorización de la Dirección General. Asimismo, requieren estar autorizadas por la misma entidad para realizar estudios en el país.

La obtención de los permisos para el ingreso bajo las categorías de residente permanente o residente temporal, dependen de lo establecido a lo largo del RDE, así como de la respectiva LGME. En lo concerniente al RDE, en el artículo 76 se indica que, a la solicitud hecha por la persona extranjera, se debe adicionar un criterio “recomendativo” por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), el cual forma parte de los estudios técnicos necesarios para el ingreso y el correspondiente permiso para laborar en el país¹¹.

Por su parte, el artículo 99 de la LGME sobre la estancia y el desarrollo de actividades laborales de las personas trabajadoras temporales indica

Artículo 99:

Los trabajadores temporales podrán permanecer en el país por el plazo que determine la Dirección General. Solo podrán desarrollar actividades laborales remuneradas en los términos, las condiciones, las zonas y para los patronos que autorice la Dirección General, con base en las recomendaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual definirá, además, las actividades de carácter temporal en las que se requiera autorización de ingreso y permanencia de mano de obra extranjera, mediante la realización de estudios técnicos y de mercado que determinarán el contingente de trabajadores temporales necesarios. Por solicitud de la persona extranjera, la Dirección podrá disponer la realización

¹¹ Reglamento de Extranjería, art. 76.

de actividades laborales remuneradas para otros patronos o zonas; asimismo, podrá autorizar prórrogas del plazo autorizado originalmente¹².

Se desprende, como requisito de los dos cuerpos normativos, la autorización por parte de la Dirección General como del MTSS, para que la persona extranjera pueda ejercer actividades laborales.

La LGME en el artículo 79 establece un total de diez subcategorías para optar por la residencia temporal; no obstante, para el interés de este trabajo solo se tomarán en cuenta las subcategorías relacionadas con las personas trabajadoras migrantes que serán mencionadas en los siguientes apartados.

2.1. Los ejecutivos, los representantes, los gerentes y el personal técnico de las empresas establecidas en el país, así como sus cónyuges e hijos

En el Capítulo II de la LGME, artículo 79, se establecen las subcategorías que se contemplan como residentes temporales. En el inciso 3) se encuentra la subcategoría que atañe a esta investigación

Los ejecutivos, los representantes, los gerentes y el personal técnico de las empresas establecidas en el país, así como sus cónyuges e hijos. También estarán contemplados en esta categoría los empleados especializados que por cuenta propia o en relación de dependencia se integren a tales labores y sean así requeridos para el desarrollo de estas, según criterio de la Dirección de Migración¹³.

En esta misma línea, en el RDE, el artículo 83 indica que es potestad de la Dirección General tramitar las residencias temporales de las personas sujetas en este apartado¹⁴, a su vez, como parte de la protección laboral en la LGME se mencionan en el artículo 79, las condiciones necesarias para otorgar dicho permiso y categoría. Al respecto, sobre los cónyuges e hijos se debe aportar el formulario de filiación que haga constar su vínculo según el inciso a); y en los incisos siguiente se menciona los requisitos de la solicitud, el comprobante de pago de cincuenta dólares

¹² Ley N°8764, art. 99.

¹³ Ibid, art. 79 inciso 3).

¹⁴ Reglamento de Extranjería, art. 83.

estadounidenses (USD\$50,00) o el equivalente en moneda nacional según el “tipo de cambio de referencia del BCCR”¹⁵.

Otros requisitos son el pago de timbres fiscales, el comprobante de huellas emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, y requerido solo para las personas mayores de 12 años; el comprobante de inscripción consular, la certificación de nacimiento que debe ser expedida en el lugar de origen de la persona solicitante, por lo que debe estar legalizada, autenticada o apostillada. Asimismo, se incorpora en la solicitud una certificación de antecedentes penales de los últimos tres años, que debe cumplir con los requisitos legales, la fotocopia total del pasaporte vigente que será revisada por el funcionario de la plataforma que le atiende o bien por un Notario Público¹⁶.

También indica el artículo 83 que en la solicitud debe aportar la copia del contrato de trabajo autenticado, y en aquellos casos en que la persona trabajadora se encuentre dentro del artículo 23 y 24 del Código de Trabajo, se debe indicar el salario mensual que percibe. Este, según el inciso primero, deberá estar incrementado en un 25% en relación con el salario mínimo legal en el mismo puesto. Si la persona es ejecutivo o gerente se debe aportar el contrato donde se mencione su condición, su función y el tiempo que permanecerá en Costa Rica, así como el salario que va a recibir. La empresa debe cumplir con los requisitos laborales en el país, los que incluyen que se debe asegurar a todo el que trabaje en ella.

Además, se debe suministrar junto a los demás documentos, una certificación de la entidad aseguradora de la empresa y que se demuestre el cumplimiento de deberes vigentes respecto al seguro; una certificación de la personería jurídica de la empresa, copia del acta constitutiva, copia que demuestre que la empresa cumple con sus deberes y obligaciones tributarias tanto nacionales como municipales¹⁷, y por último, una certificación de ingresos emitida por un Contador Público Autorizado, así como el Balance de Situación¹⁸.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Es importante destacar que el artículo 84 del Reglamento de Extranjería menciona como requisito indispensable que las personas que trabajen para una empresa registrada ante la Dirección General deben cumplir los requisitos del Reglamento de Empresas N°36576-G-COMEX.

¹⁸ Reglamento de Extranjería, art. 83.

Sobre la retribución mínima, menciona el ordinal en cuestión que, en relación con su actividad, las personas trabajadoras migrantes “no podrán acreditar un ingreso salarial inferior al salario mínimo legal, incrementado en un veinticinco por ciento (25%) para esa misma posición”¹⁹.

Por consiguiente, el artículo 83 del RDE pretende establecer los aspectos que deben considerarse para que la Dirección General autorice a la persona extranjera su ingreso y otorgarle el estatus migratorio de ejecutivo, representante, gerente o personal técnico de las empresas establecidas en el país, así como a sus cónyuges e hijos; aunque debe ir acompañado por lo establecido en la LGME.

2.2. Los inversionistas

La LGME los ubica dentro de la categoría de residentes temporales según el artículo 79 inciso 4); no obstante, la determinación de quienes pueden considerarse inversionistas se encuentra en el RDE al indicar lo siguiente “persona extranjera que desee invertir capital propio en actividades de interés económico y social para el país”²⁰.

Asimismo, el RDE establece que los inversionistas deben cumplir con los requisitos que se indican en el artículo 87, que cita lo siguiente

Para la solicitud de residencia temporal como inversionista, la persona extranjera interesada deberá demostrar su inversión con un capital no inferior a USD \$200.000.00 (doscientos mil dólares estadounidenses) según el tipo de cambio oficial de venta que determine el BCCR, ya sea en bienes inmuebles, bienes inscribibles, acciones, valores y proyectos productivos o proyectos de interés nacional. En aquellos casos que la inversión se regule mediante Leyes especiales, será analizado de manera individual²¹.

Al respecto, la Dirección General establece como inversionistas a aquellas personas que deseen invertir en bienes muebles e inmuebles inscribibles, acciones o valores; no obstante, dicha autorización está sujeta al cumplimiento del artículo 88 del RDE.

¹⁹ Ley N°8764, art. 83.

²⁰ Reglamento de Extranjería, art. 7

²¹ Ibid. art. 87.

Es menester indicar que la Dirección General, a través del RDE, establece el tipo de inversión. Por ende, para cada tipo existen otros documentos que la persona extranjera deberá aportar de forma conjunta con los indicados por el ordinal 88.

Dentro de los tipos de inversión, según el RDE, se destacan:

- 1) Inversión en proyectos productivos o proyectos de interés nacional²².
- 2) Inversión en bienes inmuebles y bienes inmuebles inscribibles²³.
- 3) Inversionista en acciones o valores²⁴.
- 4) Inversión realizada en plantaciones forestales²⁵.

El artículo 93 del RDE menciona que las personas extranjeras a quienes se les otorgue la condición de inversionista “no podrán realizar ninguna labor manual o intelectual remunerada”²⁶.

Con lo anterior, queda claro que la legislación costarricense, tanto la Ley General de Migración y Extranjería, como el Reglamento de Extranjería, ha centrado sus esfuerzos en articular y dirigir los conceptos para lograr un solo cometido que se traduce en velar por correcto funcionamiento y aplicación en el momento de otorgar la autorización por la subcategoría de inversionista.

2.3. Los científicos, los profesionales, los pasantes y los técnicos especializados

Este tipo de trabajadores están regulados en los artículos 79, inciso 5) y 80 de la LGME. En el ordinal 80 de este cuerpo normativo se indica que la autorización para la realización de las actividades que llevan a cabo estos trabajadores está sujeta al permiso de la Dirección General; no obstante, es menester indicar como se ha venido aportando en las subcategorías anteriores, que las autorizaciones que se giren por parte del órgano correspondientes deben acoger las recomendaciones del MTSS.

²² Véase los requisitos del artículo 89 del Reglamento de Extranjería.

²³ Véase los requisitos del artículo 90 del Reglamento de Extranjería.

²⁴ Véase los requisitos del artículo 91 del Reglamento de Extranjería.

²⁵ Véase los requisitos del artículo 92 del Reglamento de Extranjería.

²⁶ Reglamento de Extranjería, art. 93.

Resulta de interés mencionar, que las personas extranjeras que quieran optar por esta subcategoría deberán de cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 94 del RDE²⁷, los cuales acogen todas las subcategorías mencionadas, mientras que el artículo 95 del mismo reglamento hace referencia a la persona extranjera solicitante bajo la modalidad de pasantía. Este ordinal exenta a estas personas de presentar los requisitos indicados en los incisos p) y q) del artículo 94 del RDE.

Al respecto de los técnicos, el artículo 96 del reglamento en cuestión hace la referencia a esta subcategoría indicando los requisitos que debe de cumplir para que la Dirección General proceda a la autorización.²⁸

3. Categorías Especiales

Como se mencionó en la Sección I en el apartado 3, las personas que por su condición no puedan adquirir el estatus migratorio de residente permanente o temporal podrán ejercer sus actividades, previa autorización de la Dirección General de Migración y Extranjería. Esto no significa, *per se*, la adquisición de derechos permanentes y así es indicado en el artículo 95 de la LGME.

Las categorías especiales se encuentran consagradas a partir del artículo 93 de la LGME. En el artículo 94 de este cuerpo legal se hace referencia a las subcategorías que caben dentro de ella.

Cabe indicar que la permanencia de las personas extranjeras admitidas bajo las categorías especiales citadas en el artículo 94 de la LGME, pueden optar por el cambio de categoría siempre y cuando cumplan con los requisitos que cada una establece; además del pago de USD \$200,00 (doscientos dólares estadounidenses), de conformidad con el ordinal 96 de la LGME.

En cuanto a los requisitos para realizar actividades remuneradas en territorio costarricense, para el interés de este trabajo solo se van a tomar en consideración aquellos que puedan estar sujetos a una relación laboral, que incluyen las subcategorías de trabajadores fronterizos, temporales, de ocupación específica, ligados a proyectos específicos o de interés público.

²⁷ Véase el artículo 94 del Reglamento de Extranjería.

²⁸ Véase el artículo 95 del Reglamento de Extranjería.

3.1. Personas trabajadoras transfronterizas

El artículo 97 de la LGME establece que

Son trabajadores transfronterizos las personas extranjeras vecinas de las zonas aledañas a las fronteras de Costa Rica, autorizadas por la Dirección General para ingresar al territorio nacional y así egresar de él, con el fin de realizar actividades asalariadas, autorizadas por la Dirección General, tomando como referencia, entre otros, los estudios técnicos aplicados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social²⁹.

Al respecto de las obligaciones que debe cumplir la persona trabajadora fronteriza, tanto el artículo 97 de la LGME, como el ordinal 103 del RDE, mencionan que la persona deberá cotizar ante la CCSS por concepto de seguridad social, y por riesgo de trabajo en alguna aseguradora. Este reglamento, a diferencia de la Ley N°8754, deja abierta la posibilidad a que la persona se asegure en la entidad que considere a bien, mientras que la Ley de una manera restrictiva menciona en el artículo 97 como entidad aseguradora al Instituto Nacional de Seguros.

Otros requisitos para la autorización, indicados en el RDE, artículo 104, son el estudio técnico por parte de la Dirección Nacional de Empleo del MTSS, que la solicitud sea hecha por parte del empleador o de la persona extranjera para el ejercicio de sus actividades laborales y que su condición esté sujeta a la categoría especial que refiere la LGME. Esta solicitud debe dirigirse a la Oficina Regional de la Dirección General mencionada por el artículo 106 del RDE, ordinal que es congruente con el artículo 105 que menciona que el área geográfica donde podrá laborar la persona extranjera es aquella indicada por el numeral 102 del Reglamento de Control Migratorio³⁰. La autorización está sujeta al cumplimiento de los requisitos citados en el artículo 107 del RDE³¹.

²⁹ Ley N°8764, art. 97.

³⁰ Reglamento de extranjería, art. 105.

Nota: El Artículo 62 del Reglamento de Control Migratorio menciona: Artículo 62. Las personas indicadas en el artículo anterior podrán solicitar el permiso correspondiente cuando demuestren fehacientemente que habitan en las siguientes áreas geográficas:

- a. Peñas Blancas: del cantón central de La Cruz hasta la línea fronteriza con Nicaragua en Peñas Blancas.
- b. Los Chiles, en el cantón central de Los Chiles.
- c. Sixaola, cantón central de Sixaola.
- d. Sabalito, cantón central de Coto Brus.
- e. Paso Canoas: el cantón de Corredores.

³¹ Véase el artículo 107 del Reglamento de Extranjería.

3.2. Personas Trabajadoras Temporales

El artículo 98 de la LGME, al respecto cita lo siguiente “Serán trabajadores temporales, las personas extranjeras a quienes la Dirección General les autorice el ingreso y la permanencia en el país y permanezcan en él con el objeto de desarrollar actividades económicas de carácter temporal, a solicitud de un interesado en el país o, del propio trabajador, fuera de él”³².

Además, señala que se deben tomar en cuenta las condiciones de las personas indígenas que soliciten la autorización a la Dirección General, pues se indica como categoría especial ya que Costa Rica ha ratificado diferentes instrumentos jurídicos internacionales donde se abordan los derechos de la persona indígena, de los cuales el país debe ser respetuoso.

El tiempo de permanencia en territorio nacional depende de la labor que vayan a ejercer, que esté autorizada por la Dirección General, la cual delimitará el término, las condiciones y la zona en la solicitud hecha por la persona extranjera; todo ello congruente con los estudios técnicos emitidos por el MTSS, según indica el artículo 99 de la LGME.

En el Reglamento de Extranjería, en el artículo 108, se citan los requisitos que debe presentar la persona trabajadora extranjera que quiera ser autorizada por la Dirección General, bajo la subcategoría de trabajador o trabajadora temporal. Entre ellos destaca el inciso b) “Solicitud por escrito dirigida a la Dirección General de Migración, firmada por el representante legal de la empresa o el patrono, donde se explican las actividades asalariadas que realizará la persona extranjera, la temporada y la zona en la que laborará”³³.

3.3. Personas Trabajadoras de ocupación específica

Según el artículo 100 de la LGME

Serán trabajadores de ocupación específica, las personas extranjeras que, sin estar comprendidas en las demás categorías especiales, sean requeridas para ejercer actividades

³² Ley N°8764, art. 98.

³³ Reglamento de Extranjería, art. 108.

asalariadas según los estudios que por actividades ocupacionales recomiende el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social³⁴.

Asimismo, el artículo 94 incorpora como personas trabajadoras de ocupación específica a los visitantes de negocios, quienes, según el artículo 100 de la LGME, serán aquellas personas que por la actividad que realizan permanecerán en el país el doble del período permitido en el estatus migratorio de turista. Dichas actividades serán “compra o venta de mercancías o servicios, negocios de contratos, conversaciones con colegas, participación en actividades de negocios”³⁵. Esta definición es similar a la citada en el artículo 119 del RDE, pues el plazo de permanencia es el doble de su visado, de acuerdo con el artículo 120 del RDE, y los requisitos que debe cumplir la persona solicitante se encuentran en el ordinal 121 del RDE³⁶.

En cuanto al personal de transferencia dentro de una misma empresa, en el párrafo cuarto del último artículo supra citado se menciona que será aquella persona que tenga como objetivo realizar labores de gerencia, ejecutivas o de conocimientos especializados en ella; lo cual es congruente con el artículo 119 del RDE. El período de permanencia se establece en el artículo 120 del RDE y corresponde al doble de su visado; mientras que los requisitos que debe cumplir para la autorización se encuentran en el artículo 122 del RDE.

En el artículo 100 de la LGME las otras subcategorías hacen referencia a los trabajadores por cuenta propia y cuya autorización está sujeta a las necesidades laborales del país. No obstante, es en el ordinal 114 del RDE que se determina quién es una persona trabajadora de ocupación específica por cuenta propia.

Se considerarán personas trabajadoras de ocupación específica por cuenta propia, aquellas personas extranjeras que posean un negocio debidamente constituido o aquellas que laboren en sectores específicos como agricultura, construcción y servicios, con base en las necesidades laborales del país³⁷.

³⁴ Ley N°8764, art. 100.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Véase el artículo 121 del Reglamento de Extranjería.

³⁷ Reglamento de Extranjería, art. 114.

El período en el cual están autorizados a realizar las actividades es de un año prorrogable, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 115 del RDE³⁸, en donde se agrega como diferenciador de los otros requisitos de las demás categorías, los incisos j) patente municipal, k) permiso sanitario de funcionamiento, m) comprobante de pago de impuestos, o formulario de exoneración presentado ante el Ministerio de Hacienda o ente recaudador³⁹. Cabe indicar que en caso que la persona extranjera ejerza la profesión en el país, es requisito la homologación del título que lo hace merecedor de su ejercicio, así como la colegiatura; tal como menciona el artículo 116 del RDE⁴⁰.

Son considerados personas trabajadoras de ocupación específica por cuenta propia a aquellas que realizan actividades en sectores particulares como “agricultura, construcción y servicios”⁴¹. Deberán cumplir con los requisitos mencionados en el artículo 117 del RDE⁴²; y la autorización depende del criterio de oportunidad, necesidad y conveniencia laboral del país, así estipulado por los artículos 117 y 118 del RDE.

3.4. Personas trabajadoras ligadas a proyectos específicos y de interés público

Como parte innovadora a las antecesoras leyes de Migración y Extranjería, la Ley N°8764 toma en consideración a las personas trabajadoras que deban ingresar al país a cumplir con proyectos específicos o de interés público. En el artículo 124 de la LGME se determina quiénes están sujetos a esta subcategoría al referir que serán trabajadores ligados a proyectos específicos, las personas extranjeras que las empresas requieran contratar para proyectos y obras especiales, quienes deberán satisfacer el pago del seguro social establecido en función de su actividad.

La solicitud para poder ser autorizado a laborar en el país debe ir acompañada por el cumplimiento del artículo 130 del RDE⁴³.

³⁸ Véase el artículo 115 del Reglamento de Extranjería.

³⁹ Reglamento de Extranjería, art. 115.

⁴⁰ Ibid, art. 116.

⁴¹ Ibid, art. 117.

⁴² Véase el artículo 117 del Reglamento de Extranjería.

⁴³ Véase el artículo 130 del Reglamento de Extranjería.

Sección III. Normativa laboral costarricense referente al trabajador migrante

La ubicación geográfica de Costa Rica, así como las condiciones sociales y económicas que le han caracterizado a través de los años, lo convierten en un país destino y de tránsito para la migración internacional. En el siglo XIX y comienzos del XX se dieron altos flujos migratorios en el país, y vinieron personas extranjeras con diferentes motivos para residir y laborar, lo cual permitió el crecimiento del país, tanto en población como en economía.

La situación ha sido constante, lo cual motiva a los órganos decisores costarricenses a crear diferentes cuerpos normativos que permiten regular el ingreso de las personas extranjeras al país, controlar las actividades laborales que realizan en territorio nacional, así como velar por el cumplimiento de los deberes y derechos que poseen.

En esta sección se analizará la normativa laboral costarricense referente al trabajador migrante, entendiendo que la tutela normativa abarca la constitucional, la normativa legal y reglamentaria, así como convenciones y tratados internacionales. No se hará referencia en esta sección a esta última tutela, a razón de que se dedicará un capítulo único para hacer mención a los convenios y tratados internacionales en materia de derecho laboral de la persona migrante; pero se incorporarán las políticas migratorias que complementan los criterios que debe tomar en cuenta la Dirección General de Migración y Extranjería.

1. Tutela Constitucional

En Costa Rica, la Constitución Política establece el parámetro mínimo en materia de protección de los derechos laborales de las personas, reconociendo que todo individuo tiene derecho al trabajo y al goce de los derechos que de este subyacen. Dicha afirmación está indicada en el artículo 56 de la Constitución Política que cita:

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 garantiza el derecho de libre elección de trabajo⁴⁴.

Constitucionalmente no se hace diferencia entre unos y otros, y queda de manifiesto en el artículo anterior que no hace distinción entre personas nacionales y extranjeras; por el contrario, se entiende el derecho al trabajo como universal para todas las personas sin distinción, lo cual es congruente con el artículo 19 de esta carta magna que reza:

Artículo 19.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales 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 internacionales⁴⁵.

Al reconocer que la igualdad es un derecho humano y que la discriminación sea por raza, etnia, nacionalidad o religión, entre otros, vulnera la dignidad humana, la Constitución Política marca en adelante, desde su promulgación en 1949, principios básicos que han de tener las normas costarricenses en materia de derechos, así indicado por el artículo 33 de la Constitución Política⁴⁶.

Asimismo, sobre los derechos básicos que todo trabajador debe de tener, el artículo 68 de la Constitución Política destaca los siguientes:

- Salario.
- Ventajas o condiciones de trabajo.
- Igualdad de condiciones⁴⁷.

Sin embargo, se hace una salvedad sobre la igualdad de condiciones. Menciona el artículo en su último párrafo que, en igualdad de condiciones, es deber de la persona empleadora preferir al trabajador costarricense. Por ello, este artículo se contradice con el número 56, el cual menciona

⁴⁴ Constitución Política de Costa Rica, art. 56.

⁴⁵ Ibid, art. 19.

⁴⁶ Ibid, art. 33.

⁴⁷ Ibid, art. 68.

que se debe procurar el acceso al trabajo de cualquier persona sin aportar ninguna distinción entre nacional o extranjero, y obliga al Estado de Costa Rica a respetar las garantías mínimas de toda persona trabajadora.

2. Tutela legal y reglamentaria

Debido a la transformación de la sociedad en los últimos años, así como a las dinámicas de la movilidad humana, los legisladores han optado por reformar y crear diferentes cuerpos legales. Además, el poder ejecutivo ha reforzado estas leyes con reglamentos que permiten regularizar y controlar la migración internacional en el país. Por tal motivo, en este apartado se hará referencia a aquellos que se encuentran relacionados directamente con el ingreso y permanencia de la persona trabajadora migrante.

2.1. Ley General de Migración y Extranjería, Ley N°8764

La Ley General de Migración y Extranjería N°8764⁴⁸ es el marco jurídico especial para la tutela de los derechos y deberes de toda persona extranjera. Este cuerpo normativo entró en vigor desde el 01 de marzo del 2010 con el fin de llenar los vacíos y lagunas que presentaba su antecesora Ley de Migración y Extranjería N°8487.

En la Ley N°8764 se delimitan las competencias de los órganos administrativos en materia migratoria, otorgándole total potestad de dirección y gestión a la Dirección General de Migración y Extranjería.

No obstante, no abarca de manera única los derechos laborales de las personas migrantes, tema de interés para el presente trabajo, sino que aborda una amplia gama de derechos, deberes, requisitos, y definiciones, acompañados por su Reglamento de Extranjería del cual se hará referencia más adelante. En cuanto a la finalidad de la ley, el artículo 3 menciona lo siguiente:

Mediante la presente Ley se regula el control de las personas migrantes y se fomenta la integración de estas a la sociedad, con base en los principios de respeto a la vida humana, a la diversidad cultural y de las personas, a la solidaridad, la equidad de género, así como a

⁴⁸ Ley N°8764.

los derechos humanos garantizados en la Constitución Política, los tratados y los convenios internacionales debidamente suscritos, ratificados y vigentes en el país⁴⁹.

Como indica Mario Zamora, exdirector de la Dirección General de Migración y Extranjería (citado por Guerrero Segura y Solís Ruballos), la presente ley pretende ser más abierta y flexible con respecto a la regularización del estatus migratorio de las personas extranjeras; pero además, tipifica delitos como la trata de personas. Para Guerrero Segura y Solís Ruballos esta ley también incorpora:

- Mejora en los controles migratorios en las principales fronteras.
- Capacitación de funcionarios.
- Trámites más ágiles y flexibles.
- Canon impuesto para la permanencia del país para los residentes.
- Creación de un Tribunal Administrativo Migratorio⁵⁰.

2.2. Reglamento de Extranjería

Este Reglamento fue creado por el Decreto Ejecutivo N.º 37112-G, con la finalidad de ser un instrumento legal auxiliar de la Ley N.º 8764. En su ordinal 2, define los conceptos necesarios para la comprensión y posterior aplicación de los criterios que en este cuerpo legal se encuentran, así como en la Ley N.º 8764.

Asimismo, los requisitos que deben cumplir todas las personas extranjeras para su ingreso y permanencia en territorio nacional están consagradas en este Reglamento, así como los de solicitud para permiso laboral, establecidos a partir de los artículos 76 y siguientes, los cuales fueron abordados en la Sección I y II de este capítulo.

⁴⁹ Ley N.º 8764, art. 3.

⁵⁰ Efraín Antonio Guerrero Segura y Salvador Enrique Solís Ruballos, "*Estudio crítico de la Ley General de Migración y Extranjería N.º 8764 en cuanto al ingreso, permanencia y egreso de los extranjeros en Costa Rica*" (Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2012), 68-69.

2.3. Código de Trabajo

Al hacer referencia a los derechos laborales de las personas migrantes, resulta necesario abordar este cuerpo normativo rector de las relaciones laborales, en cuyos apartados se estipulan los derechos y obligaciones que tiene todo trabajador y la persona empleadora.

En relación con el derecho al trabajo que tienen todas las personas, el artículo 8 de este Código señala:

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 las prescripciones de las leyes y reglamentos respectivos. Solamente cuando se ataquen los derechos de terceros o se ofendan los de la sociedad, podrá impedirse el trabajo y ello mediante resolución de las autoridades competentes, dictada conforme a la ley.

No se entenderá coartada la libertad de trabajo cuando se actúe en uso de las facultades que prescriban este Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas⁵¹.

Por tanto, este artículo guarda relación con los derechos laborales que tienen todas las personas. De manera directa menciona que no se puede privar a nadie del derecho al trabajo y de los que de él se desprenden; también hace referencia al derecho a la igualdad y no discriminación en materia laboral.

En esta misma línea, es importante mencionar que todo trabajador necesariamente ha de contar con un contrato de trabajo emitido por la persona empleadora, como lo indica el Reglamento de Extranjería en sus diferentes apartados sobre los requisitos de la solicitud para los permisos de trabajo de persona extranjera. Por su parte, el Código de Trabajo, en su artículo 23, señala que el contrato de trabajo debe de ser por escrito y cada parte se debe quedar con una copia y posteriormente deberá ser enviado a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo⁵². El artículo 24 indica los criterios mínimos que debe contener el contrato de trabajo:

- Calidades personales de las partes contratantes.
- Número de identificación.

⁵¹ Código de Trabajo, art. 8.

⁵² Ibid, art. 23.

- Domicilio, o residencia del trabajador.
- Salario⁵³.
- Jornada Laboral.
- Lugar donde llevará a cabo la actividad.
- Lugar, fecha y hora en que se llevó a cabo el contrato.
- Firma de las partes.

2.4. Ley de Reforma Procesal Laboral. Ley N°9343

Con la aprobación de la Reforma Procesal Laboral en el 2015 y su posterior entrada en vigor en julio del 2017, Costa Rica marca una nueva etapa en el acceso a la justicia laboral, que aparte de procurar un proceso más célere para la resolución de conflictos, amplía la protección a los trabajadores contra toda clase de discriminación, desde la fase de reclutamiento, sin que exista un contrato de trabajo.

Esto se refleja en los artículos del 404 al 410 de la Reforma Procesal Laboral, compilados en el Código de Trabajo, y que refieren todas aquellas prohibiciones y principios de igualdad laboral que han de tomarse en cuenta, así como las consecuencias y sanciones en caso de violación de alguno de los postulados indicados en estos artículos.

En apoyo a lo indicado, el artículo 404 indica que “Se prohíbe toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, sexo, religión, raza, orientación sexual, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación, condición de salud, discapacidad, afiliación sindical, situación económica o cualquier otra forma análoga de discriminación”⁵⁴.

⁵³ Indica el artículo 24 del Código de Trabajo en su inciso f) “En los contratos en que se estipule que el salario se pagará por unidad de obra, además de especificarse la naturaleza de ésta, se hará constar la cantidad y calidad de material, el estado de la herramienta y útiles que el patrono, en su caso, proporcione para ejecutar la obra, y el tiempo por el que los pondrá a disposición del trabajador, así como la retribución correspondiente, sin que el patrono pueda exigir del mismo cantidad alguna por concepto del desgaste natural que sufra la herramienta, como consecuencia del trabajo”.

⁵⁴ Reforma Procesal Laboral, art. 404

Y con el afán de otorgar mayor protección a las personas extranjeras, y consecuente con el principio de igualdad, el legislador en el artículo 405 cita “Todas las personas trabajadoras que desempeñen en iguales condiciones subjetivas y objetivas un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, en cuanto a jornada laboral y remuneración, sin discriminación alguna”⁵⁵; lo que le da mayor protección a la persona trabajadora extranjera en cuanto a sus derechos laborales y lo que de la relación laboral se derive.

La discriminación de cualquier tipo es prohibida de una manera más amplia a partir de esta reforma laboral, de tal manera que el artículo 406 impide el despido por las razones expuestas en el 404. La discriminación, entonces, no se trata solo de cuestiones de nacionalidad según el legislador, sino de todas aquellas condiciones que hacen diferente a una persona de la otra.

Por tal motivo, el artículo 408 indica que “Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser consideradas elegibles en el ramo de su especialidad, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por la persona empleadora o que estén establecidos mediante ley o reglamento”⁵⁶.

Dicho artículo reitera la posición de no discriminar bajo ningún motivo a las personas que deseen obtener un empleo, lo que permite la integración a la fuerza laboral del país a cualquier persona, en congruencia con la Constitución Política.

Los artículos 409 y 410 de dicha reforma se relacionan con los procesos que puede interponer aquella persona a quien se le cometiere algún acto discriminatorio, así como las obligaciones que tiene la persona empleadora para asegurar el reparo de esta acción.

3. Tutela de la Sala Constitucional

La Sala Constitucional se ha pronunciado en diferentes momentos al respecto de los derechos que tienen las personas trabajadoras migrantes, empezando desde el respeto al principio de igualdad y no discriminación, así como la relevancia que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos; de igual forma de aquellos que tienen relación con la persona trabajadora migrante.

⁵⁵ Ibid, art. 405

⁵⁶ Ibid, art. 408

Los siguientes pronunciamientos se refieren a la tutela normativa ya mencionada, principalmente a la Constitución Política y sus alcances, así como el establecimiento de parámetros jurisdiccionales para el abordaje de todo lo relacionado con la persona migrante y sus derechos, especialmente aquellos que se derivan del derecho al trabajo.

No se puede comenzar a referirse a los pronunciamientos, sin antes abordar el término de trabajador migrante, el cual es dado en primera instancia por el artículo 11 del Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (Convenio 143) de la OIT⁵⁷, que indica lo siguiente “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 como trabajador migrante”⁵⁸.

Al respecto de las siguientes sentencias, la Sala Constitucional utiliza mayoritariamente el término de trabajador migrante, y habla sobre la persona extranjera como sujeto de derechos laborales, trayendo a colación algunos instrumentos internacionales donde se emplea directamente el término de trabajador migrante. Por lo tanto, no cabe duda de que cuando la sala hace mención a la prohibición de discriminar a la persona extranjera en el acceso al empleo, se refiere al concepto utilizado internacionalmente de trabajador migrante.

Ahora bien, en 1990 la Sala mediante una acción de inconstitucionalidad en la sentencia 1147-90 hace referencia al derecho a la igualdad y no discriminación. Al respecto “(...) la Sala declara que sí existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, a favor de todo trabajador, en general; derecho que, como tal, pertenece y debe ser reconocido a todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 33 y 73 de la Constitución”⁵⁹.

En este sentido, se hace relación expresa a los artículos constitucionales que prohíben la discriminación de todo tipo, e indica que todas las personas deben tratarse con igualdad. El artículo 33 de la Constitución menciona que todas las personas son iguales ante la ley, de la misma manera

⁵⁷ Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N°143: Convenio sobre las Migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1975), artículo 11, consultado el 06 de Julio del 2019, https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312288

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 1147-90 del 21 de septiembre de 1990, 16:00 horas (expediente 90-000208-0007-CO)

que hace referencia a la igualdad como parte de la dignidad humana. Por lo tanto, a partir de esta sentencia se utiliza como principio rector, el principio de igualdad.

Asimismo, otorga el rango superior a la ley ordinaria a aquellos principios y normas internacionales de derechos humanos, y señala que no solo se debe hacer lo anterior

(...) sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma, (reformado por la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989)

En la medida en que, conforme a lo expuesto, se encuentran implicados derechos fundamentales del actor, sus circunstancias, su conducta o sus méritos, cualesquiera que éstos sean, nada tienen ni pueden tener que ver para su reconocimiento y garantía, porque tales derechos fundamentales lo son, por definición, de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, en condiciones de igualdad y "(sin) discriminación alguna contraria a la dignidad humana⁶⁰.

Ante este criterio, la Sala en atención al principio de progresividad, le da igual valor a la Constitución que a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y lo coloca sobre la misma cuando estos resguarden en mayor medida a la persona. Cabe recalcar que este órgano hace referencia que, a cualquier persona, sin importar su condición, se le deben resguardar sus derechos fundamentales.

Este razonamiento es reiterando en la sentencia 5759-93 y en la 2313-95 de la Sala Constitucional; ambas hacen mención a que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tienen rango superior, siempre y cuando otorguen mayores derechos o garantías que la propia constitución⁶¹.

Es menester mencionar que la misma Sala Constitucional, en la sentencia número 9685-2000, en aras a respetar el principio de supremacía de la Constitución, se manifiesta al respecto de las convenciones y tratados internacionales e indica que:

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Adición y Aclaración, Sentencia número 5759-93 del 10 de noviembre de 1993, 11:15 horas, y su aclaración en la Sentencia número 2313-95 del 09 de mayo de 1995, 18:00 horas.

En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los "instrumentos internacionales", significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no hay sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país⁶².

Por ende, dicha sentencia trae a colación el principio de norma más favorable cuando de derechos humanos se trate, aplicando convenios, declaraciones, o tratados internacionales, tanto a aquellos que hayan seguido el procedimiento constitucional para su ratificación, como a los que no han sido ratificados por el país.

Esta decisión es retomada en la sentencia 2261-2012, donde se hace referencia a un cuerpo normativo no ratificado por el país para sustentar su decisión. Esta norma internacional es la Convención Internacional de la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familia, donde como parte del asunto de la sentencia, que se refería a la negatoria al servicio de salud a una persona migrante, la Sala la utilizó de sustento para fundamentar que a pesar de que los migrantes deben de tener el mismo trato que los nacionales, tanto en las condiciones propias del empleo, como en la seguridad y la salud, estas deben cumplir con la normativa interna costarricense que indica que toda persona migrante para obtener su condición de regular debe poseer un seguro de la CCSS. En este sentido, los artículos de la Convención 25.1, 28, 43.1 y 45.1 son una garantía para toda persona trabajadora migrante en condición migratoria regular. Y, en caso de estar de manera irregular, las mismas normas hablan de que en caso de urgencia no se le puede negar el acceso a los servicios de salud, ni a sus familiares, ya que el Estado está en la obligación de preservar la vida de todas las personas sin importar su condición⁶³.

Respecto del principio de igualdad, la Sala Constitucional en su voto 2050-1991 cita que “igualdad quiere decir, ante todo y sobre todo, paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana y por tanto equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere”⁶⁴.

⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta perceptiva Constitucional: Sentencia número 9685-2000 del 01 de noviembre del 2000, 14:56 horas (expediente 00-008325-0007-CO).

⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo: Sentencia número 2261-2012 del 17 de febrero del 2012, 10:05 minutos (expediente 12-002091-0007-CO).

⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta legislativa facultativa, Voto 2050-1991 del 11 de octubre de 1991, 09:00 horas (expediente 91-002203-0007-CO).

Por ende, el principio de igualdad debe estar presente en todo momento como un principio de paridad, el cual viene sujeto no solo al criterio de la Sala; sino al artículo 33 de la Constitución Política que pretende otorgar el mismo trato a aquellos que se encuentren en la misma situación, prohibiendo así un trato discriminatorio. En este sentido, es visto por la Sala como un principio constitucional, y como un derecho fundamental del ser humano.

Sobre el principio de igualdad como derecho de las personas extranjeras, en la Sentencia número 1440-92 de la Sala Constitucional se menciona la igualdad de trato, e indica:

(...)lo que establece el principio de igualdad, es la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida, dentro de la categoría o grupo que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias, lo cual sólo puede hacerse con aplicación de criterio de razonabilidad. De esta forma las únicas desigualdades inconstitucionales serán aquellas que sean arbitrarias, es decir, carentes de toda razonabilidad(...)⁶⁵

La jurisprudencia constitucional también ha afirmado que la igualdad debe ser entendida como aquella donde las condiciones de las personas sean las mismas; por ello, en las sentencias anteriores se hace referencia a criterios de lógica y razonabilidad cuando se establecen diferencias entre personas nacionales y extranjeras.

De lo anterior se entiende que se pueden establecer distinciones siempre y cuando sean aplicadas con razonabilidad, en el sentido de que no vayan en contra de los derechos fundamentales y de la Constitución Política. La razonabilidad implica que los supuestos en los que se aplique una diferencia de trato deben ser justificados y amparados en lo dispuesto constitucionalmente, lo cual implica que ninguna acción debe ir más allá de lo permitido.

Asimismo, en materia de empleo, la Sala Constitucional ha procurado que se respete el principio de igualdad de la misma manera; por ende, en la sentencia 8858-1998 se pronuncia al respecto al indicar la razón del artículo 33 de la Constitución Política, “En ese sentido, se exige respeto, entre otros principios, a la igualdad frente a la Ley, quedando expresamente prohibido realizar discriminaciones contrarias a la dignidad humana”⁶⁶. Queda nuevamente de manifiesto que el

⁶⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 1440-92 del 02 de junio de 1992, 15:00 horas (expediente 90-001369-0007-CO).

⁶⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 8858-1998 del 15 de diciembre de 1998, 16:00 horas (expediente 97-004250-0007-CO).

principio de igualdad es el rector de nuestro sistema democrático; pero además, en la misma sentencia se amplía el criterio y se utiliza como parámetro lo dispuesto en el Derecho Internacional al hacer referencia al Convenio número 11 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificado por Costa Rica, así como el Convenio número 97, Relativo a Trabajadores Migrantes y el Convenio 143, Sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato a los Trabajadores Migrantes, ambos de la OIT⁶⁷.

La sentencia antes citada versa sobre la acción de inconstitucionalidad en contra del inciso a) del artículo 90 de la Ley General de Policías número 7410 del 26 de mayo de 1994, donde solo el ciudadano costarricense podía ocupar un puesto como agente de seguridad⁶⁸. Este inciso fue declarado inconstitucional por ir en contra de la Constitución y de los Derechos Fundamentales de la persona, ya que reconoce que el derecho al trabajo es de todos los individuos, y que la discriminación ocasiona una lesión del derecho humano al trabajo.

Ampliando este razonamiento, en la sentencia 616-1999 de la Sala Constitucional, se manifiesta que “El derecho al trabajo es, como ya se anticipó, 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)”⁶⁹. Se entiende a partir de ella, que el derecho al trabajo debe considerarse como un derecho fundamental todas las personas en igualdad de condiciones, por lo que en el sentido expreso se prohíbe cualquier tipo de discriminación en el acceso al empleo.

Además, sobre la equiparación de derechos que tienen las personas trabajadoras extranjeras con respecto a los nacionales, la Sala en dicha sentencia 616-1999 indica que:

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 igualdad⁷⁰.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Nota: En esta Ley N° 7410 ciudadano era solo el costarricense, dejando de lado toda persona extranjera.

⁶⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 616-1999 del 29 de enero de 1999, 10:00 horas (expediente 98-002858-0007-CO).

⁷⁰ Ibidem.

De ahí que el acceso al trabajo debe procurar el respeto máximo al principio de igualdad, lo cual se encuentra además indicado por el ordenamiento jurídico costarricense en los artículos 19 y 33 de la Constitución Política, así como en los que corresponden del 404 al 410 de la Reforma Procesal Laboral. Por ello, la sentencia anterior equipara los derechos laborales que tienen las personas extranjeras y las nacionales, y retoma lo ya antes dicho por la Sala en donde reconoce que el principio de igualdad es también necesario en el derecho al trabajo.

A razón de lo anterior, la misma sentencia 616-1999 continúa mencionando que “(...)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”⁷¹.

Ante esta afirmación, se deja claramente establecido que realizar diferencias entre nacionales y extranjeros es contrario a la misma Constitución y a los instrumentos internacionales ratificados por el país; pero además, hace referencia a las capacidades de la persona, así como la idoneidad para el puesto, por lo que estas afirmaciones se convierten en los únicos criterios lógicos y razonables por las cuales las personas extranjeras no pueden acceder al puesto de trabajo.

La sentencia 616-1999 que se ha estudiado hasta este momento, es frecuentemente utilizada en las decisiones judiciales, ya que aborda de una manera precisa los derechos laborales de las personas extranjeras, e indica que es obligación del Estado crear condiciones apropiadas en torno al derecho al trabajo, así como proteger tanto a nacionales como a extranjeros de aquellas situaciones que representen una violación a este.

Congruente con lo que se ha venido aportando, en la sentencia número 2093-93 de la Sala Constitucional se aborda el tema de la razonabilidad a partir del artículo 19 de la Constitución Política, y menciona lo siguiente

(...) nuestra Constitución permite hacer diferencias entre nacionales y extranjeros al indicar en su artículo 19(...); por supuesto que esas excepciones han de ser lógicas y derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre éstas dos categorías, de tal forma que no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización de la igualdad,

⁷¹ Ibidem.

como lo sería el decir en una ley que los extranjeros no tienen derecho a la vida, a la salud, o a un derecho fundamental, pues éstas serían irracionales. Las únicas posibles son -como se dijo-, las que lógicamente deban hacerse por la natural diferencia que existe entre estas condiciones (nacionales y extranjeros) como lo es, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos, del país⁷².

Lo anterior significa que el principio de igualdad debe primar sobre todo criterio que pretenda o tenga como fin establecer diferencias entre nacionales y extranjeros. Como menciona la Sala, cada criterio debe de ser lógico y razonable, y a su vez debe constituir el respeto a los derechos fundamentales de la persona, tal como la igualdad de trato. Es importante mencionar que la sentencia también refiere a la limitación constitucional que tienen las personas extranjeras, como es intervenir en asuntos políticos del país.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional, en la sentencia número 1942-94, señala que las personas son iguales mientras tengan las mismas condiciones, y continúa señalando que:

El principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución no tiene un carácter absoluto, pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que no se haga diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, por lo que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales⁷³.

Esto significa que la premisa de tratar a iguales como iguales y a los desiguales como desiguales es una limitación implícita, ya que no se puede pretender que personas con condiciones o capacidades distintas sean tratadas como otra que no tiene la misma condición, por lo que el legislador desarrolla la idea de una discriminación positiva en este sentido para proteger a todos por igual.

Se entiende entonces, que la condición de migrante y cualesquiera categorías que se le haya otorgado, están sujetas a distintas limitaciones y excepciones para la permanencia en territorio

⁷² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 2093-93 del 19 de mayo de 1993, y 1059-95 del 22 de febrero de 1995.

⁷³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo: Sentencia número 1942-1994 del 22 de abril de 1994, 10:00 horas (expediente: 94-001534-0007-CO)

nacional, y que el principio de igualdad impera mientras se tengan las mismas condiciones y capacidades.

Las limitaciones y excepciones a las que se hace referencia son aquellas facultadas por el artículo 19 de la Constitución Política. La Sala Constitucional en la sentencia 1282-90 hace mención de que puede ser posible la aplicación de estas diferencias siempre y cuando no signifique una “... desconstitucionalización de los derechos fundamentales que los extranjeros tienen garantizados a nivel constitucional”⁷⁴.

Asimismo, la sentencia número 2093-93 se refiere a las limitaciones y excepciones, e indica “(...) con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. Dentro de las excepciones constitucionalidad están, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país (art. 19) y la de ocupar ciertos cargos públicos”⁷⁵.

Estas limitaciones y excepciones de las cuales habla la Sala, también van acompañadas de aquellas interpuestas por la Administración, en donde realizar una diferencia entre nacionales y extranjeros resulta necesario; sin embargo, cada decisión debe ir orientada de acuerdo con la razonabilidad y la lógica, además de proporcionalidad e idoneidad, porque como anteriormente se dijo, esta no puede llevar a una desconstitucionalización.

Para ampliar lo dicho, la sentencia número 8858 – 1998 de la Sala Constitucional se pronuncia al respecto y afirma lo siguiente:

La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos

⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 1282 - 1990 del 16 de octubre de 1990, 15:00 horas (expediente 90-000518-0007-CO).

⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 2093-1993 del 19 de mayo de 1993, 14:06 horas (expediente 92-002486-0007-CO)

que en mejor manera solucionen la necesidad existente, pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad⁷⁶.

Por tanto, las limitaciones y excepciones al derecho fundamental del derecho a la igualdad que afecten a la persona migrante, no suponen que se pueda realizar de una manera antojadiza por parte del legislador o bien de la Administración Pública cuando de reglamentos o directrices se trate. Cada limitación o excepción debe ir acompañada de un juicio de los elementos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

De todas las decisiones tomadas por la Sala Constitucional y abordadas en este apartado se entiende que el principio de igualdad es el de mayor valor para el sistema democrático costarricense, que otorga a la persona extranjera las mismas garantías, responsabilidades y deberes que tienen los costarricenses. En cuestión de derecho al trabajo, cumple el mismo fin, siempre y cuando las condiciones y calidades sean las mismas que el nacional. Cabe destacar que las limitaciones y excepciones pueden ser parte del ejercicio de alguna de sus actividades, pero deben de ser ejercidas y aplicadas en razón de lo expuesto por la Constitución Política.

4. Políticas Públicas

El desafío que representa la migración internacional les exige a los gobiernos crear políticas orientadas a ordenar toda la información proveniente de los sectores de la sociedad en materia migratoria, para poder tomar decisiones que se transformaran en políticas públicas.

Al respecto, el gobierno de Costa Rica ha orientado en los últimos años dos políticas públicas como programas de acción para la migración internacional en territorio nacional, dirigidas desde la administración pública y que se encuentran vigentes. Estas son la Política Migratoria Integral

⁷⁶Sentencia número 8858-1998.

para Costa Rica 2013-2023, y el Plan Nacional de Integración para Costa Rica 2018 – 2022. El Consejo Nacional de Migración (CNM) es el órgano encargado de la creación de políticas migratorias y de aquellas acciones que permitan su cumplimiento.

Estas políticas públicas son constituidas luego de diferentes diálogos entre todos los actores sociales, para la atención de temas vinculados a la materia migratoria, incluyendo aspectos laborales, ya que según Dalia Borge “(...) las políticas públicas migratorias laborales, toman en consideración las políticas laborales, las de educación, las relacionadas con la vivienda, las de salud, y las de seguridad ciudadana, entre otras”⁷⁷. Esta es la orientación que llevan las políticas públicas desarrolladas por Costa Rica.

Estas deben buscar la promoción y protección de los derechos humanos que tienen todas las personas extranjeras, y lograr que sean congruentes con los compromisos que a través de los años ha adquirido el país, sea con organismos internacionales o con los demás Estados, por medio de tratados y acuerdos.

En el 2019, la OIM, con apoyo de la DGME, publica el informe llamado “Perfil de Gobernanza sobre Migración”⁷⁸, donde destaca la importancia de una política pública bien gestionada en materia migratoria, ya que, ello no solo permite que las personas migrantes se sientan protegidas por el sistema; sino también hace posible que el país cumpla con los Objetivos de Desarrollo Sostenible -meta 10.7-, así como con el Pacto Mundial sobre Migraciones y el Acuerdo 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Ahora bien, en este apartado se aborda las políticas públicas de Costa Rica en materia migratoria para la aplicación tanto dentro como fuera de la administración pública, con el fin de erradicar los problemas de una política migratoria mal gestionada.

⁷⁷ Dalia Borge Marín, "Migración y políticas públicas: elementos a considerar para la administración de las migraciones entre Nicaragua y Costa Rica", *Población y Salud en Mesoamérica* 3, No. 2 (enero, 2006): 4.

⁷⁸ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), "Perfil de la Gobernanza sobre Migración", Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (2019)

4.1. Política Migratoria Integral para Costa Rica 2013-2023

Creada mediante el Decreto Ejecutivo 38099-G de diciembre del 2013, contiene criterios normativos y de políticas públicas que buscan gestionar la migración internacional como parte fundamental en el desarrollo del país durante 10 años desde su creación. Resalta la importancia del control de los flujos migratorios, integración de las personas migrantes, y la articulación institucional en temas migratorios.

Como parte del abordaje, esta política menciona los principales acercamientos que se han realizado en materia migratoria, lo que respecta al ámbito laboral refiere brevemente a las principales actividades y contribución de las personas migrantes en el mercado laboral lo cual permite el crecimiento económico del país⁷⁹.

Menciona, que el migrante desconoce los derechos laborales que posee, así como los procedimientos en caso de establecer una denuncia laboral, por lo que muchas de las personas a las que se le vulneran sus derechos no interponen denuncias ante el MTSS, ente encargado de regular las relaciones laborales, y tampoco ante el órgano judicial para tramitar otro tipo de denuncias como acoso, abuso, maltrato u otras acciones que vayan en contra de la dignidad humana; por lo cual se suman esfuerzos para mejorar el acceso y la calidad con la que se difunde la información sobre los procedimientos en materia migratoria.

Cada política requiere orientarse bajo enfoques sociales que permitan que esta sea más realista y que pueda ser aplicada logrando la mayor cantidad de beneficiarios y beneficiarias posibles. En el caso de la Política Migratoria Integral 2013-2023, se instruye que se debe realizar las acciones desde doce enfoques: derechos humanos, género, diversidad, integración, desarrollo humano sostenible, participación social, seguridad humana, integralidad, interculturalidad, etario, prevención social, y por último el de equiparación de oportunidades de las personas migrantes con discapacidad y adultas mayores.

⁷⁹ Nota: Las áreas de mayor participación de trabajadores y trabajadoras migrantes es la agricultura, servicios de alojamiento y alimentación, trabajo doméstico, servicios comerciales, aportando en el 2020 un 11,35% del producto interno bruto (PIB) , según Silvia Azofeifa Ramos "Impacto de la pandemia COVID-19 en las familias inmigrantes en Costa Rica", Universidad de Costa Rica, Sociedad, (San José, 18 de agosto del 2020), <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2020/08/18/impacto-de-la-pandemia-covid-19-en-las-familias-inmigrantes-en-costa-rica.html>.

Por ello, para la promoción y protección de los derechos laborales, la política establece el objetivo de “Promover mejores condiciones de empleo y respeto a los derechos laborales de las personas migrantes y refugiadas”⁸⁰, que pretende aumentar la inserción laboral de la persona migrante en Costa Rica, y que a su vez, lo haga en condiciones de trabajo decente, a través de diversas estrategias que van desde el fortalecimiento de las instituciones rectoras hasta la promoción de políticas de sensibilización, información, y acompañamiento en el sector público y privado⁸¹.

El cumplimiento de todos los objetivos consagrados en esta Política Nacional supra citada depende de la ejecución de su respectivo “Plan de Acción 2016-2019”⁸², que permite generar mejores condiciones para la puesta en marcha de las políticas migratorias y mecanismos para abordar de una manera eficaz los objetivos y ejes mencionados en la Política Migratoria Integral 2013-2023.

En el Plan de Acción se insta al Consejo Nacional de Migración a vincular los temas con los ejes establecidos en la Política Migratoria 2013-2023 que son: servicios migratorios, integración y desarrollo, protección de los derechos humanos y grupos vulnerables, fortalecimiento institucional, y por parte del MIDEPLAN, se recomienda incluir como eje el Fortalecimiento Institucional.

Al respecto de la actividad laboral, el plan de acción la incorpora en el eje de integración y desarrollo en el subtema de empleo, en donde las acciones van dirigidas principalmente a crear mecanismos de fiscalización, de estudios técnicos, promoción de la responsabilidad social empresarial, y capacitación para que las personas trabajadoras extranjeras puedan incorporarse al mercado laboral costarricense.

Es menester indicar que tanto la Política Migratoria Integral 2013-2023, como su respectivo plan de acción, permiten que los sectores de la sociedad puedan tener insumos teóricos para la protección y el respeto de los derechos de las personas migrantes, lo que significa un avance que solo puede ser medido por resultados. Sería un error suponer que con su entrada en vigencia se acabaron de manera significativa los casos de violación a los derechos que tienen las personas extranjeras que ingresan al país, principalmente sobre los derechos laborales.

⁸⁰ Consejo Nacional de Migración, “Política Migratoria Integral para Costa Rica 2013-2023: septiembre de 2013”.

⁸¹ Véase al respecto el cuadro de los lineamientos de la Política Migratoria Integral para Costa Rica 2013-2023, 58.

⁸² Consejo Nacional de Migración, “Política Migratoria. Plan de Acción 2016-2019”. https://saludymigracion.org/es/system/files/repositorio/1c-plan_de_accion_2016-2019.pdf

4.2. Plan Nacional de Integración para Costa Rica 2018-2022

La migración internacional ejerce una presión constante para que los Gobiernos dirijan sus acciones hacia la protección de sus ciudadanos y de toda aquella persona extranjera que se encuentre en tránsito o bien tenga como destino final el territorio nacional; por lo que es necesario mejorar constantemente la capacidad de respuesta de todas las instituciones del Estado.

Consciente de la necesidad país en materia migratoria, se crea el “Plan Nacional de Integración para Costa Rica 2018-2022”⁸³, como una herramienta y apoyo a la Política Migratoria Integral para Costa Rica 2013-2023, con la finalidad de “guiar los parámetros bajo los cuales se pretenden fortalecer los procesos de integración de la población migrante, refugiada y solicitante de refugio en Costa Rica”⁸⁴. En este sentido, coadyuva al diagnóstico país en temas migratorios con base en las características propias de la migración actual.

En la misma línea que la Política Migratoria Integral para Costa Rica 2013-2023, y el respectivo Plan de Acción 2016-2019, el Plan Nacional de Integración desarrolla ejes estratégicos que permiten dar seguimiento a los avances de cada acción tomada en materia migratoria.

Al contemplar un abordaje teórico, el Plan Nacional de Integración 2018-2022 menciona que uno de los flujos migratorios recientes se da desde Nicaragua, población que alcanza un total del 75% de las personas migrantes en Costa Rica⁸⁵. Esta migración responde, según el Consejo Nacional de Migración citado por el Plan Nacional supra citado, a “(...) la insuficiencia del mercado laboral nicaragüense para absorber toda la mano de obra con que cuenta; las diferencias de salario entre ambos mercados laborales y la cercanía geográfica de ambos países; la ocurrencia de eventos naturales devastadores; la reunificación familiar; o las expectativas de aumentar el acceso a las oportunidades”⁸⁶.

Por lo anterior, se conoce que las actividades que mayoritariamente emplean a nicaragüenses son la mano de obra, trabajo doméstico y actividades agrícolas, esta última principalmente en zonas

⁸³ Dirección General de Migración y Extranjería, “Plan Nacional para Costa Rica 2018-2022: diciembre 2017”

⁸⁴ Ibid: 7.

⁸⁵ Ibid: 9.

⁸⁶ Ibid: 10.

cercanas a la frontera con Nicaragua. Como se menciona en el Plan Nacional, estas personas en edad de trabajar buscan mejorar la condición de vida propia y de sus familias, así como ocupar trabajos de mayor calificación y retribución económica.

Además, menciona lo dicho por Castro (2016), acerca de que el problema no yace en la protección jurídica; sino en la manera en que es aplicado en la práctica social. Como anteriormente se hizo referencia, las personas extranjeras desconocen los procedimientos para interponer denuncias ante las instituciones pertinentes; además, las personas empleadoras no se encuentran comprometidas con el respeto a la normativa, sea migratoria, laboral o de derechos humanos.

También señala los enfoques que se encuentran descritos en la Política Migratoria Integral 2013-2023, con la finalidad de ir contrarrestándolos con las acciones que se han realizado para lograr los objetivos señalados en ambas políticas.

Al respecto de la Migración y el Trabajo, dedica un apartado único que permite demostrar que el empleo es una de las principales bases para lograr la integración; sin embargo, destaca que el problema de la migración laboral es que las personas que llegan con edad de laborar se incorporan mayoritariamente a trabajos de baja calificación, y por ende los salarios que perciben están por debajo del mínimo requerido o del que recibe el resto de la población.

Las condiciones laborales de las personas migrantes no siempre son óptimas; por este motivo se requiere que, desde las políticas nacionales, se avance en la toma de decisiones que permitan que estas personas trabajadoras migrantes puedan incorporarse al mercado laboral costarricense, donde gocen de garantías y derechos laborales. En este sentido, es igual de importante el respeto a los derechos humanos.

Al seguir la línea de Castro (2016), citado por el Plan Nacional, se mencionan como principales problemas para la migración laboral, los siguientes:

1. Bajo cumplimiento de la normativa laboral costarricense.
2. Relación compleja entre aseguramiento obligatorio y contrato de trabajo.
3. Baja sindicalización que presentan los trabajadores inmigrantes en Costa Rica⁸⁷.

⁸⁷ Ibid: 67.

A estos problemas se le pueden sumar otros, de los cuales no se precisa entrar en detalle, empero, es por esta razón, que el Plan Nacional “busca contribuir a la generación de las condiciones políticas y los mecanismos técnicos e institucionales necesarios para la puesta en marcha y seguimiento de las líneas de acción y estrategias que plantea seguir”⁸⁸, con ello se pueden crear mejores condiciones laborales para las personas migrantes.

Es menester indicar, que solo una articulación entre todas las instituciones del Estado implicadas en la toma de decisiones en materia migratoria, así como aquellas que guardan relación como la CCSS, deben procurar el mayor resguardo y protección a los derechos de la persona trabajadora migrante, establecidos en el ordenamiento jurídico costarricense, ya que su cumplimiento depende en gran parte de las acciones que dirijan.

Capítulo II: Instrumentos Internacionales que regulan el derecho laboral de las personas migrantes

Los derechos humanos han sido la respuesta a las luchas sociales para poder acceder a los bienes y derechos necesarios para la vida. Por tal motivo, desde la Carta de Juan Sin Tierra (Carta Magna Inglesa de 1215) se dan los primeros vestigios donde se reconoce los derechos que tiene el pueblo; y a la fecha son considerados como derechos morales que cada persona ha de tener, porque con ello se consagra la dignidad humana. Desde 1948, con la creación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estos se han catalogado como derechos fundamentales, por lo que son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, y por último, inviolables.

La Universalidad de los Derechos Humanos es el ideal por conseguir. Todos los Estados deben reconocer que los seres humanos nacen libres, racionales, iguales y con voluntad propia, por lo que deben promover, proteger y evitar que existan limitaciones a los derechos humanos.

⁸⁸ Ibid: 77.

Como parte de la evolución de los Derechos Humanos, se ha llegado a hablar de los derechos económicos, sociales, políticos, y culturales. Estos son necesarios para una vida en dignidad, lo que conlleva a la creación de cuerpos normativos como convenios internacionales, así como recomendaciones que tienen como objetivo marcar un límite al hacer del Estado, para con ello proteger los derechos de estas personas.

En el presente capítulo se desarrollarán los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes para el objeto de esta investigación, reconocidos y ratificados por Costa Rica, que protegen a todas las personas, haciendo una relación con los derechos de las personas migrantes. Asimismo, se hará referencia a aquellos convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, como la Convención de la ONU que se refieren a ambos, específicamente a los derechos de la persona trabajadora migrante.

Sección I. Convenciones de Derechos Humanos

Distintos autores, según la escuela de donde provienen, iuspositivismo o del iusnaturalismo, definen los derechos humanos de distinta manera. En esta oportunidad se utiliza el concepto dado por Buergenthal, Grissman y Nikken (citados por Chacón Mata, 2016) quienes consideran que los derechos humanos son “(...) aquella rama del Derecho Internacional que se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos. Esta rama del derecho se denomina ‘protección internacional de los derechos humanos’ o ‘derecho internacional de los derechos humanos’”⁸⁹.

En este sentido, los autores hablan de una universalidad de los derechos humanos para su aplicación; sin embargo, esta debe tener el compromiso de los Estados para su cumplimiento, protección y promoción. En muchos países del mundo, su aplicación va ligada a la protección de sus creencias e ideologías, entonces su cumplimiento se da a través

⁸⁹ Alfonso Chacón Mata, "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en las Jurisdicciones Centroamericanas: Pautas y Principios Interpretativos para la Convención Internacional de Trabajadores Migrantes y sus Familias", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Número monográfico extraordinario (2016):45

de una “Universalidad de consenso superpuesto”⁹⁰; es decir que son aplicados en la medida de lo posible, pues dicho consenso se deriva de los supuestos morales o religiosos de la sociedad.

Para sustentar esta idea, Víctor Mata citado por Chacón Mata (2016) menciona que “(...) el derecho internacional de los derechos humanos es la rama del derecho internacional público que se ocupa de las obligaciones internacionales que asume el Estado en materia de derechos humanos, y que asume características propias con respecto a otras ramas de derecho internacional”⁹¹.

De ello se entiende nuevamente que los Estados deben de tener responsabilidad en su aplicación y cumplimiento en la jurisdicción interna para el bienestar de toda la sociedad; al mismo tiempo que la normativa interna debe ir de acuerdo con los instrumentos internacionales a los cuales el país se ha obligado.

Una vez entendido el concepto, se procederá a abordar propiamente los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen al trabajador migrante.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Como resultado de la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 se promulga mediante la Resolución de la Asamblea, la Declaración Universal de Derechos Humanos con el objetivo de promover la libertad, justicia y la paz en la sociedad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos constituye el corpus internacional de mayor adopción internacional; además de ello, su fuerza moral, política y jurídica hace que los países le procuren el mayor respeto.

Sobre los derechos humanos relacionados con la población migrante se debe comenzar por el artículo 1 que cita “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y

⁹⁰ Jack Donnelly, "The Relative Universality of Human Rights. (English)", *Human Rights Quarterly* 29, N° 2, (mayo, 2007):281-306, ResearchGate (consultado el 22 de febrero, 2021). DOI: 10.1353/hrq.2007.0016

⁹¹ Alfonso Chacón Mata, "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en las Jurisdicciones Centroamericanas: Pautas y Principios Interpretativos para la Convención Internacional de Trabajadores Migrantes y sus Familias", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Número monográfico extraordinario (2016):45

derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”⁹².

El artículo anterior afirma que el derecho a la igualdad es de todos y todas. Marca la pauta por seguir de este cuerpo normativo, así como los demás instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que surgen luego de su creación para reforzar y buscar su más amplia protección.

El artículo 2 señala que todas las personas, sin importar distinción alguna, son sujetos de la protección de esta declaración, por lo que nuevamente le da un valor relevante al principio de igualdad.

Asimismo, el artículo 7 sobre la igualdad ante la ley indica que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”⁹³; esto significa ser tratados y tratadas de la misma manera en todas las esferas de la sociedad.

Ahora bien, el artículo 13 de esta declaración reza

1.Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2.Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país⁹⁴.

De ahí que el artículo 13 de la declaración sea el más utilizado para mencionar los derechos de tránsito que tienen todas las personas migrantes, garantizando así la posibilidad de migrar tanto dentro como fuera de su país de origen.

Migrar hacia otro lugar distinto al de su residencia habitual no significa que por ello deja de ser poseedor de los derechos que se consagran en esta normativa. Esto se relaciona con el Artículo 13, que se refiere al derecho al trabajo, en donde menciona que

⁹² Asamblea General de las Naciones Unidas, “Resolución 217 A (III) Declaración Universal de los Derechos Humanos: 10 de diciembre de 1948”, art. 1.

⁹³ Ibid, art. 7.

⁹⁴Ibid, art. 13.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses⁹⁵.

Por tal motivo, afirmar que todas las personas tienen derecho al empleo, implica que no se debe de hacer ninguna distinción según lo referido en el artículo 13 de la declaración. En cuestión de derechos laborales de la persona migrante, significa que no debe privarse a una persona en condición de irregularidad, al derecho al trabajo, ni a los demás que de este subyacen como el salario, la jornada laboral, a la libertad de asociación, entre otros.

2. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Desde su aprobación el 16 de diciembre de 1966, fecha en que inicia la recepción de firmas por parte de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y su posterior entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos ha tenido como objetivo promover que las personas en todo el mundo tengan pleno disfrute de las libertades civiles y políticas, para con ello poder cumplir con el ideal de la Declaración Universal de Derechos Humanos de un ser humano libre y con una vida en dignidad.

Para el interés de esta investigación se rescata en primer lugar el artículo 2.1, que establece la obligación de los Estados firmantes de acogerse y respetar todo lo dispuesto en el presente Pacto, ello implica que se reconozcan los derechos de todas las personas dentro de su territorio nacional sin distinción alguna⁹⁶.

⁹⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23.

⁹⁶ Asamblea Nacional de las Naciones Unidas “Resolución 2200 A (XXI) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: 16 de marzo de 1966”, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, art. 2.1

Al respecto del trabajo, el artículo 8, que se refiere a la prohibición de la esclavitud, hace mención en su inciso 3) a que nadie puede ser sometido a trabajo forzoso u obligatorio, de lo que se sustrae que este es visto como una forma de esclavitud.

La prohibición de cualquier acción discriminatoria se encuentra en el artículo 26, que reza, Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁹⁷.

De acuerdo con este artículo, todas las personas, sin importar cual sea su distinción, tienen derecho a la protección de la ley, misma que también se ha de dar en el ordenamiento de cada Estado que ha firmado el Pacto.

3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El 16 de diciembre de 1966 se aprueba este Pacto Internacional con el ideal de proteger la dignidad humana de todas las personas, a través del respeto a sus derechos económicos, sociales y culturales. Entra en vigor a partir del 03 de enero de 1976.

Los Estados están obligados a procurar el máximo respeto a los derechos humanos, lo cual se indica en el artículo 2 de este instrumento internacional. Las acciones por realizar deben estar inclinadas a tener mecanismos apropiados dentro de la legislación nacional que pueda hacer efectivo ese reconocimiento y ese valor que tienen los derechos humanos⁹⁸, pero su inciso 2) va más allá al indicar que lo dispuesto en el Pacto debe garantizarse a todas las personas por igual, sin ninguna discriminación, sea por “raza, color, sexo, idioma, religión,

⁹⁷ Ibid., art. 26.

⁹⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Resolución 2200 A (XXI) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 16 de diciembre de 1966”, entrada en vigor el 03 de enero de 1976, art. 2.,

opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁹⁹.

En el caso del derecho al trabajo, que también debe ser aplicado para la población migrante, este Pacto en su artículo 7 aborda lo referente y reza,

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

a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos¹⁰⁰.

De una manera clara el artículo anterior define los derechos laborales que debe tener toda persona. Como se ha podido observar, estos cuerpos normativos guardan relación entre sí al establecer el principio de igualdad y no discriminación como una máxima para que las personas puedan vivir en dignidad.

⁹⁹ Ibid., art. 2.1.

¹⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7.

Los artículos 8, 9 y 10 forman parte del ejercicio del derecho al trabajo, constituyen su complemento y por ello deben de respetarse en igual medida, y requieren ser adoptados en la legislación interna de todos los países firmantes.

4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

En el marco de la IX Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá, Colombia en 1948, se constituye la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que reconoce que los derechos humanos en los Estados americanos han sufrido transgresiones a través de los años.

Es menester citar su considerando, donde indica que “(...) en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana¹⁰¹.

En el entendido de dicho artículo, los derechos no subyacen en la condición de nacionalidad; sino que por el solo hecho de ser persona, cuando los derechos humanos son inherentes a la sola naturaleza humana.

El derecho a la igualdad se observa en el artículo II que menciona que todas las personas son iguales ante la ley y no cabe ninguna distinción. Esto significa que cualquier discriminación que se haga en razón a las diferencias entre unos y otros es contraria a esta declaración y por ende a la dignidad humana¹⁰².

Asimismo, a partir del artículo XIV y hasta el XVI se mencionan los derechos laborales que tienen todas las personas, y nuevamente se indica que corresponden a todos y todas sin distinción alguna. Cabe agregar, que el goce de estos derechos no beneficia solo al titular;

¹⁰¹ IX Conferencia Internacional Americana, "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:1948" Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Considerando.

¹⁰² Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. II.

sino también a su familia, como lo indica la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en los artículos en mención¹⁰³.

Por consiguiente, la protección de este cuerpo normativo va más allá de únicamente establecer el derecho a acceder a un trabajo, ya que en el artículo XXXVII referente al deber de trabajo, menciona que “Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”¹⁰⁴; en el entendido de que trabajar no es solo un derecho sino un deber, para con ello contribuir a la sociedad y a su desarrollo personal, porque solo a través de la retribución económica percibida por la actividad que se ejerce, se pueden satisfacer las necesidades básicas para una vida en dignidad.

4. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Constituida en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, la Convención tiene como objetivo garantizar los derechos esenciales de todas las personas, sin importar si estos son nacionales o no del territorio donde habitan.

Dentro del principio de igualdad al cual hace referencia, el artículo 1 indica que es deber de los Estados garantizar el respeto a las libertades y a los derechos presentes en este cuerpo normativo en todas las personas sin distinción alguna; por tal razón, continúa la línea de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que no hace diferencia entre una u otra persona para ser sujeta de protección¹⁰⁵.

Sin embargo, es el artículo 22 hace referencia al derecho a la libre circulación que tienen las personas migrantes tanto para transitar en su país de origen como fuera de esas fronteras. Este derecho le asegura no ser objeto de acciones arbitrarias que dañen o vulneren sus derechos fundamentales, y así lo hace ver este artículo en sus incisos¹⁰⁶.

¹⁰³ Ibid., art XIV-XV.

¹⁰⁴ Ibid., art. XXXVII

¹⁰⁵ Organización de los Estados Americanos, "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), noviembre 1969" Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), art. 1

¹⁰⁶ Ibid., art. 22.

En el artículo 24 se menciona el derecho a la igualdad ante la ley, que indica que todas las personas son iguales y por tanto tienen derecho a ser tratados de la misma manera cuando de proteger sus derechos se trate¹⁰⁷.

Sección II. Convenios de OIT

Tener una mejor legislación laboral era uno de los principales objetivos de los trabajadores a inicios del S.XIX, sentimiento que procedía desde la Revolución Industrial donde se dio la mayor transformación tanto económica como social, provocada por las nuevas tecnologías incorporadas en la producción agrícola, textil, entre otras.

Además, a partir de la I Guerra Mundial había tres ideas que requerían ser consideradas. En primer lugar, mejorar las condiciones de los trabajadores a través de la justicia social; segundo el ideal de que con ello se pueden evitar las injusticias, miserias y privaciones que son una amenaza para la paz universal, y tercero que solo un régimen de trabajo realmente humano puede contribuir a que los Estados mejoren las condiciones de los trabajadores para con ello alcanzar la paz social¹⁰⁸; estas ideas fueron fundamentales para la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Creada en 1919 con el Tratado de Versalles, la OIT con su modelo tripartita, ha adoptado desde entonces normas jurídicas que tienen como fin dotar de seguridad laboral a todas las personas trabajadoras, en el derecho a la retribución económica, y aspectos como jornada laboral, horas de descanso, prohibición del trabajo en menores de edad, desempleo, derecho a asociación, derecho de huelga, normas laborales para poblaciones específicas entre otras¹⁰⁹.

Su modelo tripartita ha sido su rasgo diferenciador de los demás organismos de la ONU, y ello ha permitido que se adopten medidas tendientes a garantizar el trabajo decente, la protección en todos

¹⁰⁷ Ibid., art. 24.

¹⁰⁸ Organización Internacional del Trabajo, "*Historia de la OIT*" (OIT), consultado el 02 de marzo del 2021, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>.

¹⁰⁹Rafael Calduch, "Los Organismos Especializados de las Naciones Unidas", Cap.10 en *Relaciones Internacionales* de Rafael Calduch (Madrid, España, Ediciones de las Ciencias Sociales S.A, 1991), 192-193, Academic Search Complete, Academia.edu, consultado el 04 de septiembre del 2019 https://www.academia.edu/594426/Relaciones_internacionales

los niveles a la persona trabajadora, y asimismo, ha contribuido a generar y mejorar los canales de comunicación entre el gobierno, los patronos y las personas trabajadoras.

Es a partir de su objetivo de abordar temas relacionados con el trabajo que se van creando normas jurídicas para poblaciones específicas con necesidades propias, ejemplo de ello son las personas trabajadoras migrantes.

En el presente apartado se abordarán los principales Convenios relativos a esta población. Sin embargo, antes de hacer referencia a estos convenios técnicos, es preciso mencionar el convenio fundamental que marca una pauta en la OIT sobre el principio de igualdad en material laboral. Este es el N°111 llamado Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958. En cuanto a los convenios técnicos necesarios para el estudio del tema que se aborda se destacan el N°97 Convenio relativo a los trabajadores migrantes y su respectiva Recomendación N°86 Recomendación sobre los Trabajadores migrantes, así como el N°143 Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, y lo que concierne a su Recomendación N°151 denominada Recomendación sobre los trabajadores migrantes.

Estos han suscitado grandes cambios en las políticas públicas de muchos países en materia de derechos de las personas trabajadoras migrantes; pero a su vez lo ha hecho en materia internacional como lo es en la constitución de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, creada por la Organización de las Naciones Unidas en 1990, la cual si bien no forma parte de los convenios de la OIT, tutela los derechos de la población migrante, y además utiliza como parámetros básicos los Convenios N°97 y N°143, así como sus Recomendaciones N°86 y N°151, por lo que será abordada de manera adicional en esta sección.

Antes de detallar los contenidos de los cuerpos normativos relativos a las personas trabajadoras migrantes, es menester indicar que los Convenios Técnicos de la OIT en materia de trabajo migrante y sus recomendaciones mencionadas, no han sido ratificados por Costa Rica a la fecha, tampoco la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de la ONU; únicamente el Convenio N°111 llamado Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación).

1. Convenio N°111 “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)” (1958)

Al reconocer que la discriminación en materia de ocupación y empleo es un problema para la sociedad, y tomando en consideración la Declaración de Filadelfia que afirma que todas las personas tienen derecho a buscar su bienestar en igualdad de condiciones, se crea en 1958 el Convenio N°111 que entró en vigor el 15 de junio de 1960.

A partir de los primeros artículos, delimita el término de discriminación como

- (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados¹¹⁰.

De conformidad con este artículo, se obliga a los Estados Miembros a formular políticas públicas, y legislación que tengan como objetivo erradicar acciones discriminatorias en la sociedad en todos los ámbitos de la vida, por lo que todos los medios adoptados deben darse a conocer en una memoria anual para medir sus resultados.

Menciona este convenio que las distinciones, exclusiones o preferencias dispuestas en el artículo 1 no corresponden a *numerus clausus*; sino, que previa consulta con organizaciones de empleadores y de trabajadores, se pueden incluir otras prácticas, como discriminatorias.

Por ende, el Convenio N°111 retoma lo señalado ya por los cuerpos normativos internacionales sobre el derecho a la igualdad, y a la no discriminación; asimismo, de una manera suscita determina

¹¹⁰ Organización Internacional del Trabajo, “*Convenio N°111 Convenio sobre discriminación (empleo y ocupación)*”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1958): artículo 1.

que la igualdad y la no discriminación son derechos que no pueden separarse del derecho al empleo y la ocupación.

2. Convenio N°97 “Convenio relativo a los trabajadores migrantes” (1949)

Este convenio fue revisado el 01 de julio de 1949, pero su entrada en vigor se da el 22 de enero de 1952. El objetivo de su creación es proteger el derecho al acceso al trabajo que tienen las personas migrantes, junto a su respectiva Recomendación N°86 Recomendación sobre los trabajadores migrantes, que recoge algunos aspectos de su antecesor, el N°66 Convenio sobre los trabajadores migrantes, de 1939.

Por tal motivo, desde su artículo 1, el convenio obliga a los Estados adoptantes a realizar las acciones pertinentes para garantizar el acceso al trabajo como derecho que tienen todas las personas, incluso aquellas propias de él, que son los trabajadores y trabajadoras migrantes. Para la OIT, la información referente a la población migrante debe ponerse a disposición de dicha organización y de cualquier otro país Miembro que la solicite¹¹¹.

Antes de entrar en detalle de las disposiciones del convenio, es menester indicar que en este cuerpo normativo se habla por primera vez del término de trabajador migrante en su artículo 11, al señalar que es “toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”¹¹² y no se extiende este concepto según el inciso 2 del mismo numeral,

- (a) a los trabajadores fronterizos;
- (b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;
- (c) a la gente de mar¹¹³.

¹¹¹ Organización Internacional del Trabajo, “*Convenio N° 97 Convenio relativo sobre los Trabajadores Migrantes*”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1949): artículo 1.

¹¹² Convenio N°97, art. 11

¹¹³ Ibid., art. 11, inciso 2.

Los siguientes artículos establecen algunas consideraciones que deben tener en cuenta los países miembros, tanto en la administración en materia laboral, como en la creación de sus políticas públicas, verbigracia, el artículo 2 que menciona la obligatoriedad de tener a disposición de los trabajadores y trabajadoras migrantes un servicio gratuito donde puedan acudir en caso de ayuda¹¹⁴.

Los artículos 3 y 4 se refieren a la adopción de disposiciones necesarias que permitan mantener informada a la persona trabajadora migrante sobre su ingreso, egreso y requisitos de permanencia en el país, lo que pone en manifiesto su derecho a la información.

Sobre el derecho al acceso a los servicios de salud, el presente convenio lo ubica en su numerales 5 y 6, inciso b), dichos artículos establecen que los Estados adoptantes deberán de cerciorarse que las personas trabajadoras migrantes y sus familias tengan condiciones de salud adecuadas en el momento de ingresar al territorio nacional, además, deberán de procurar que posean protección médica “ adecuada y de buenas condiciones de higiene en el momento de su salida, durante el viaje y a su llegada al país de destino”¹¹⁵. Tal y como se observa, el derecho a la salud además de ser un derecho fundamental según los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el apartado anterior, resulta importante de la misma manera para este convenio técnico de la OIT, por ello indica en el artículo 6 inciso b) que “(..)la seguridad social (es decir, las 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)”¹¹⁶.

De esta forma además de ser un derecho humano universal, como indica el inciso b) del artículo 6, se encuentra relacionado con el derecho al trabajo que también es un derecho humano. Por ello, en la actualidad ha pasado a convertirse en una utopía para muchas personas migrantes y sus familias, principalmente por el alto costo que representa en algunos países, la complejidad de los trámites de aseguramiento, así como la denegación de la atención médica por discriminación a razón de la nacionalidad de la persona que acude al centro médico.

¹¹⁴ Ibid., art. 2.

¹¹⁵ Ibid., art. 5, inciso a), b).

¹¹⁶ Ibid., art. 6 inciso b).

En el caso de Costa Rica, las Políticas Públicas llamadas Política Migratoria Integral 2013-2023 y el Plan Nacional de Integración 2018-2022, mencionan que las personas migrantes tienen derecho al acceso a los servicios de salud como todo ser humano. Además, de no encontrarse asegurados, no se les puede negar el servicio en caso de emergencia; sin embargo, para las personas trabajadoras migrantes, independientemente de su categoría, el derecho al acceso a los servicios de salud depende del aseguramiento obligatorio a los seguros de la CCSS con que ha de contar para poder optar por el permiso de ser persona trabajadora migrante regularizada en el país, así indicado por el Reglamento de Extranjería.

Además, los discursos antiinmigrantes ocasionan más problemas en torno al acceso a los servicios de salud, motivados por los medios de comunicación, así como los criterios políticos sesgados que transmiten información poco precisa o bien errónea; pero ello daría pie a una nueva investigación.

Según las disposiciones del Convenio N°97, en el mismo artículo 6 se señalan las obligaciones que tiene la persona trabajadora migrante por concepto de su actividad, indicado así en el inciso c)¹¹⁷; y al derecho a recurrir a acciones judiciales según el inciso b)¹¹⁸, lo que promueve la igualdad de trato y derechos entre nacionales y extranjeros.

Los siguientes artículos del Convenio N°97, hacen referencia a la necesidad y obligatoriedad de que los Estados Miembros incorporen dentro de sus políticas nacionales, y su marco normativo, acciones que deben de tener como objetivo la protección del trabajador migrante y la familia que lo acompañe. Esta protección debe ser otorgada no solo en el tiempo en que el trabajador o la trabajadora migrante lleve a cabo su actividad en el territorio de ese Estado, sino que va más allá al señalar que cuando esta persona trabajadora sufra alguna complicación, sea por enfermedad o accidente que le impida volver a sus labores normales, no puede ser obligada a salir del territorio donde emigraron a su territorio de origen; en este caso, la salida depende de la voluntad de la persona trabajadora migrante.

Los Estados Miembros adoptantes de este Convenio se deben comprometer a respetar todas las disposiciones mencionadas en este instrumento de carácter técnico de la OIT con sus respectivos Anexos I, II y III, ya que el compromiso requiere la adopción de medidas que permitan el pleno acceso a los derechos de la persona trabajadora migrante.

¹¹⁷ Ibid., inciso c).

¹¹⁸ Ibid., inciso d).

Dado que el Anexo I del Convenio N°97 versa sobre el Reclutamiento, colocación de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental, las disposiciones acá contempladas protegen a los que lleguen a territorio de ese Estado sin haber sido reclutados a razón de los convenios y acuerdos celebrados para permitir el ingreso de migraciones colectivas con fines laborales.

Por esta razón, lo referente al reclutamiento, introducción y colocación de las personas migrantes en puestos laborales se encuentra tutelado en este anexo, donde se dispone la institución a cargo de estas acciones, así como los requisitos que deben presentar para que puedan ser autorizados a ingresar al territorio con la finalidad de ejercer una actividad laboral y donde no exista previamente un contrato de trabajo que deviene de un acuerdo de migraciones colectivas.

En sentido contrario, el Anexo II se refiere al Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebradas bajo el control gubernamental. Abarca, en los primeros artículos, las mismas definiciones contempladas en el Anexo I sobre reclutamiento, introducción y colocación; entre las diferencias entre uno y el otro se encuentra que en el artículo 4, inciso 6 del Anexo II se menciona “Antes de autorizar la introducción de trabajadores migrantes, la autoridad competente del territorio de inmigración se deberá cerciorar de que no existe en este territorio un número suficiente de trabajadores disponibles capaces de realizar el trabajo en cuestión”¹¹⁹, mientras que en el Anexo I este proceso se hace luego del ingreso de las personas trabajadoras migrantes y cuando los ingresos sean elevados.

Los requisitos que deben cumplir están indicados en el artículo 6 del Anexo II, donde se obliga a la persona trabajadora migrante a presentar el contrato de trabajo o su respectiva copia, el cual debe contener la remuneración que esta persona percibirá por la actividad realizada; de la misma manera deberá indicarse las condiciones de trabajo y de vida a las cuales estará sujeto en territorio del Estado receptor.

Seguidamente, este anexo menciona la obligación del Estado donde trabajarán las personas migrantes, a procurar el respecto a sus demás derechos humanos. Esta protección debe darse desde el momento del traslado de las personas hasta su territorio, independientemente del medio de

¹¹⁹ Convenio N°97, Anexo II, art. 4 inciso 6.

transporte¹²⁰; pero también se refiere a las situaciones cuando el trabajador o la trabajadora migrante no haya obtenido el empleo por el cual se había trasladado, indica el artículo 9 que “(...) los gastos de su regreso y del de los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlos o a reunirse con él, comprendidos los impuestos administrativos, el transporte y la manutención hasta el lugar de destino y el transporte de los efectos de uso doméstico, no deberán correr a cargo del migrante”¹²¹.

Se entiende entonces, que el Anexo II trata de solventar aquellos supuestos no contemplados por los artículos anteriores del Convenio N°97, incluyendo a las personas que no forman parte y las que sí, de un acuerdo para el ingreso colectivo de trabajadores migrantes, aquellos que han sido introducidos al Estado para realizar una actividad y finalmente no han obtenido el empleo, y las que están en calidad de refugiadas o desplazadas. Además, protege a las personas trabajadoras migrantes que en el momento de ingresar al país obtienen un trabajo inadecuado¹²², y se extiende a los familiares que los acompañan.

El Anexo III se refiere a la Importación de efectos personales, herramientas y equipo de los trabajadores migrantes. Sus dos únicos artículos mencionan el derecho que tienen las personas trabajadoras y sus familias de ingresar o sacar, libres de pago de impuestos de aduana, los efectos personales, así como las herramientas y equipos que requieran para ejercer su oficio.

El Convenio N°97 es el instrumento que marca desde 1949 la importancia que tiene que los Estados parte de la Organización Internacional del Trabajo velen por los derechos de las personas trabajadoras migrantes, y sienta las bases para la tutela internacional de sus derechos y sus familias. Se habla del derecho a la igualdad al acceso al empleo entre trabajadores y trabajadoras migrantes y las personas nacionales, y no aplicar un trato menos favorable con respecto a los derechos adquiridos por los oficios realizados, tales como remuneración, derecho de afiliación a sindicatos, disfrute de los beneficios de las convenciones colectivas, respeto a las jornadas laborales, derechos a la seguridad social y los servicios básicos; por tanto dispone así la obligatoriedad de respetar los derechos humanos de la persona trabajadora migrante.

¹²⁰ Ibid., art. 8.

¹²¹ Ibid., art. 9.

¹²² Véase al respecto el artículo 10 del Anexo II del Convenio N°97.

3. Recomendación N°86 “Recomendación sobre los trabajadores migrantes” (1949)

La Recomendación N°86 acompaña lo establecido en el Convenio N°97, y brinda una amplia protección a los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes y de la familia que los acompaña. Este cuerpo normativo protege derechos humanos que complementan el derecho al trabajo.

Delimita, en primer lugar, los alcances de la recomendación, no aplicable para las personas mencionadas por el Convenio N°97, tales como los trabajadores fronterizos, artistas y personas que ejerzan una profesión liberal e ingresen por un período corto, la gente de mar.

Para esta recomendación, la adopción de políticas que permitan el empleo de personas migrantes en los Estados Miembros tiene que comenzar con la difusión de información al alcance de todos los trabajadores y trabajadoras migrantes, y de una manera particular menciona en el apartado III punto 4) lo siguiente:

Para facilitar la adaptación de los migrantes, deberían organizarse, cuando se consideren necesarios, cursos preparatorios destinados a informar a los migrantes sobre las condiciones generales y los sistemas de trabajo que prevalezcan en el país de inmigración y a enseñarles el idioma de ese país. Los países de inmigración y emigración deberían ponerse de acuerdo para la organización de dichos cursos¹²³.

De conformidad con lo anterior, los Estados receptores deben procurar la preparación de las personas trabajadoras migrantes para que puedan llevar a cabo sus actividades laborales sin problema alguno. Esto guarda relación con lo indicado en el Convenio N°97 en el sentido de que se indica que el Estado, en caso de que el trabajador o la trabajadora, se encuentre realizando labores en un lugar inadecuado, es responsable de tomar las medidas pertinentes que inician con buscar otro trabajo, siempre y cuando la persona trabajadora migrante lo acepte voluntariamente.

De forma similar a lo indicado en el Convenio N°97, la Recomendación N°86 le solicita a los países miembros hacer llegar toda la información pertinente sobre las medidas de migración

¹²³ Organización Internacional del Trabajo “Recomendación N°86 “Recomendación sobre los trabajadores migrantes” (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1949): apartado III punto 4).

adoptadas, requisitos, tipos de permiso o disposición emitida por la administración, a la Oficina Internacional del Trabajo, porque ello permite que la organización conozca acerca de los avances y limitaciones que tienen los trabajadores y trabajadoras migrantes, y a través de ello, implementar acciones para disminuir los problemas a los que se enfrentan.

Lo establecido hasta este punto por la Recomendación N°86 no puede ser de otra manera, pues como se dijo con anterioridad, este es un complemento para el Convenio N°97, por lo que en los siguientes apartados, esta recomendación aborda aspectos para proteger los derechos de las personas trabajadoras migrantes, desde su introducción hasta su respectiva colocación en un empleo con condiciones adecuadas, donde las garantías y derechos laborales se encuentren estipulados en un contrato, el cual, en caso de ser necesario, debe estar traducido al idioma del trabajador. Además, determina que es obligación del Estado Miembro dar acompañamiento a la familia de la persona trabajadora migrante.

El Anexo I de la Recomendación N°86, denominado Acuerdo-Tipo sobre las migraciones temporales y permanentes de trabajadores con inclusión de la migración de refugiados y personas desplazadas, abarca los aspectos que han de tomar en cuenta las autoridades que son competentes en materia de migración en el territorio donde inmigraron.

Las consideraciones incluyen disposiciones legislativas, administrativas, empleo, residencia, establecimiento tanto para la persona trabajadora contemplada por el anexo como de la familia que le acompaña, beneficios de seguridad social, acceso a la información con contenido de interés para los migrantes, refugiados o personas desplazadas, derecho a recurrir a las vías administrativas mediante procesos celeres y simplificados cuando estos tengan relación con la salida, viaje, entrada, residencia, establecimiento de migrantes y sus familias, así como demás requisitos que estas personas deban cumplir para poder ingresar a territorio de ese Estado y acceder a un empleo¹²⁴.

La Recomendación N°86 es un instrumento auxiliar para la Convención N°97, que permite que los Estados Miembros puedan recurrir a este en caso de duda sobre las acciones que debe tomar

¹²⁴ Al respecto del derecho a la información, menciona el artículo 2 inciso 1. del Anexo I de la Recomendación N°86. Artículo 2: Acción contra la propaganda que induce a error

1. Las partes convienen en tomar todas las medidas pertinentes que conciernan a sus territorios respectivos, siempre que lo permita la legislación nacional, para impedir toda propaganda relativa a la emigración e inmigración que pueda inducir en error”.

en cuenta para el ingreso de las personas trabajadoras migrantes y sus familias; acciones que como ha quedado claro, abarcan desde la selección de las personas en su territorio de origen hasta la introducción al país donde inmigra y su respectiva colocación en el empleo por el cual se moviliza.

Los derechos humanos de las personas migrantes no se pierden por el solo hecho de no ser nacionales de un país, ya que, estos son de todo individuo, independientemente del lugar en el que se encuentre y de su nacionalidad. Por ello, estos cuerpos normativos relacionados con el trabajo migrante que se complementan uno a otro; y no tienen otro fin más que el respeto a los derechos humanos de las personas trabajadoras migrantes y sus familias.

4. Convenio N°143 “Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes” (Convenio sobre los trabajadores migrantes) (1975)

En el entendido de que el trabajo no es una mercancía, y que por el contrario permite mejorar la calidad de vida de las personas trabajadoras y sus familias; además de que se reconoce y retoma como derecho humano, el derecho a desplazarse tanto dentro como fuera de las fronteras de su país de origen, surge en 1975 el Convenio N°143 con su posterior entrada en vigor en 1978, para contribuir en la protección de los derechos laborales de las personas migrantes y sus familias, junto a su respectiva Recomendación N°151.

Dentro de los objetivos principales del Convenio N°143 están promover la adopción de medidas que contribuyan a disminuir la discriminación laboral por razones de nacionalidad. De esta manera, su artículo 1 versa sobre el compromiso de los Miembros firmantes en respetar los derechos fundamentales que tienen los trabajadores y trabajadoras migrantes¹²⁵.

Los siguientes artículos están orientados a dirigir las acciones para que los Estados Miembros erradiquen los empleos ilegales en los que trabajan migrantes, además de otras violaciones a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por otra parte, se incluye la necesidad de

¹²⁵ Organización Internacional del Trabajo, “*Convenio N°143 Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (Convenio sobre trabajadores migrantes (disposiciones complementarias))*”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1975): artículo 1.

recopilar información sobre la cantidad de movimientos migratorios con fines de empleo, adopción de políticas públicas, creación de leyes o aquello necesario para eliminar las migraciones clandestinas; así como sanciones contra toda aquella persona física o jurídica que saque provecho de la condición del trabajador o la trabajadora migrante, el empleo ilegal de migrantes, y promover el intercambio de información entre países para adoptar acciones internacionales que contribuyan al cumplimiento de este Convenio.

Además, como ya lo ha establecido el Convenio N°97 y su respectiva Recomendación N°86, este Convenio N°143 considera que el derecho a la igualdad es intrínseco al derecho al trabajo, y en el caso de las personas trabajadoras, los Estados Miembros han de procurar un trato no menos favorable en el acceso al empleo, así como las garantías sociales a las cuales tienen derecho, y el respeto a derechos accesorios del derecho al trabajo tales como jornada laboral, salario, días libres, derecho a pertenecer a un sindicato y a percibir los beneficios de las convenciones colectivas.

Significa entonces, que las medidas que adopten los países con el objetivo de eliminar el empleo ilegal de las personas migrantes no pueden obviar los derechos antes descritos; por el contrario, deben estar orientadas a resguardarlos para los trabajadores, trabajadoras y sus familias, ya que se derivan del empleo y de la condición misma de ser humano.

Cabe indicar que el artículo 11 del Convenio N°143 amplía las categorías que no acoge este instrumento. Según el inciso 2,

(d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación;

(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 definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones¹²⁶.

Estas dos categorías se unen a las indicadas por el Convenio N°97, que se referían a los trabajadores fronterizos, los artistas y personas que ejerzan actividades de corta estancia en el país,

¹²⁶ Convenio N°143, art. 11 inciso (d), (e).

y la gente de mar; sin embargo, sí contemplan a aquellos individuos que por condiciones ajenas a ellos, pierdan el empleo por el cual ingresaron al país.

Es importante prestar atención al artículo 12 en los incisos (e) y (f), ya que lo indicado acá resulta una medida que puede contribuir a mejorar la condición de empleo y vida de muchos trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, lo cual ayuda en la economía del país receptor y de su país origen. Estos mencionan como métodos los siguientes:

(e) elaborar y poner en práctica, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, una política social adecuada a las condiciones y prácticas nacionales que permita a los trabajadores migrantes y a sus familias disfrutar de los beneficios acordados a sus nacionales, teniendo en cuenta, sin infringir el principio de la igualdad de oportunidades y de trato, las necesidades particulares que pudiesen tener hasta el momento en que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado;

(f) tomar las medidas necesarias a fin de ayudar y estimular los esfuerzos que realicen los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica, así como sus vínculos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna¹²⁷.

La adopción de este tipo de medidas también puede mejorar las políticas públicas así como contribuir en la creación de legislación nacional, entendida como el fin inmediato de estos incisos del artículo 12 de este cuerpo normativo, así como percibir el mismo objetivo en los artículos siguientes.

No cabe duda de que el presente Convenio N°147 busca una protección de manera integral tanto del trabajador y la trabajadora migrante como de sus familias. Defender sus derechos humanos tales como el derecho a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, así como al libre tránsito son parte de los ejes de este instrumento internacional. Por ello, la OIT insta a los países Miembro a su adopción; ya que la migración, a pesar de no ser una situación nueva, cada día requiere de una protección técnica por parte de los organismos internacionales y de los mismos países.

¹²⁷ Convenio N°143, art. 12, inciso (e), (f).

5. Recomendación N°151 “Recomendación sobre los trabajadores migrantes” (1975)

Adoptada en 1975, la Recomendación N°151 es un instrumento auxiliar del Convenio N°143 de ese mismo año; por ende, considera de la misma manera importante el máximo respeto a los derechos humanos de los trabajadores y trabajadoras migrantes.

En el punto primero establece que

Esta política de migraciones debería estar basada sobre las necesidades económicas y sociales de los países de origen y de los países de empleo, y debería tomar en cuenta no solamente las necesidades y los recursos de mano de obra a corto plazo, sino también las consecuencias económicas y sociales que las migraciones puedan tener a largo plazo, tanto para los migrantes como para las comunidades interesadas¹²⁸.

De lo anterior, se delimitan las condiciones que deben tomar en cuenta los Estados Miembro, para con ello optimizar las políticas y medidas adoptadas por concepto de empleo para trabajadores y trabajadoras migrantes, lo cual permite un beneficio mutuo.

Sobre la igualdad de oportunidad y trato, esta recomendación en su apartado I punto 2 párrafo primero, menciona el derecho de la persona trabajadora a ser tratada en igualdad de condiciones en el acceso al empleo, derechos laborales como la remuneración, a una condición laboral justa con jornada adecuada, y la seguridad social; no obstante, lo delimita a las personas que ingresaron legalmente al territorio de un Miembro¹²⁹.

Los demás puntos del apartado I versan sobre el tipo de medidas que deben tomar los países Miembro para poder garantizar los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes ya mencionados. Al igual que en el Convenio N°143, las acciones pueden ser políticas, normativas, así como sociales.

Contrario a lo indicado por el punto 2, párrafo primero del presente Convenio, el punto 8 se refiere a aquellos trabajadores y trabajadoras migrantes que tenga una situación irregular, tal como se señala a continuación

¹²⁸ Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación N°151: Recomendación sobre los trabajadores migrantes”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1975): apartado 1.

¹²⁹ Recomendación N°151, apartado I, punto 2, párrafo primero.

(3) Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales¹³⁰.

Se entiende que los mismos derechos que acogen a aquel trabajador o trabajadora migrante y su familia en condición regular, debe, respetarse en la misma medida en aquellas personas cuya condición no sea regular o bien que no haya sido regularizada aún.

De conformidad con las acciones sociales, el apartado II correspondiente a política social estipula que los Estados Miembros, previa consulta a las organizaciones que representan a empleadores y a los trabajadores, deberán crear una política adecuada para las personas trabajadoras migrantes y sus familias, y que a través de ella puedan gozar de los beneficios que tienen los nacionales; tal como menciona el apartado en el punto 11 “Esa política debería tener en cuenta la necesidad de lograr una repartición tan amplia y justa como sea posible del costo social de las migraciones en el conjunto de la colectividad del país de empleo, y en especial entre aquellos que más provecho obtienen del trabajo de los migrantes”¹³¹.

Queda de manifiesto que la inclusión laboral de las personas trabajadoras migrantes en los países receptores no debe representar una carga. Por ello, resulta imprescindible equilibrar su participación en el empleo nacional.

Para la Recomendación N°151 resulta igual de importante que los trabajadores y trabajadoras migrantes que se encuentren en el país, tengan la posibilidad de reunirse con su familia; verbigracia, lo dispuesto en el punto 13 numeración (1) que indica que los países de origen en conjunto con los receptores, realicen las acciones pertinentes para facilitar esta posibilidad. Cuando en un período mayor a un año la persona trabajadora migrante no ha podido reunirse con su familia, esta tiene el derecho a poder visitarla en su periodo de vacaciones sin que ello afecte su condición migratoria¹³².

¹³⁰ Ibid., apartado I, punto 8, numeración (3).

¹³¹ Recomendación N°151, apartado II, punto 11.

¹³² Ibid., apartado II, punto 17.

En lo que concierne a la salud, esta recomendación la considera como un derecho fundamental que debe de respetarse a todos los trabajadores y trabajadores migrantes, lo cual es congruente con los instrumentos internacionales de derechos humanos y el Convenio N°143. Este derecho, según lo dispuesto en este cuerpo normativo, debe acoger en la misma medida a la familia que migra junto a la persona trabajadora migrante; el resguardo del derecho a la salud comienza en la preparación tanto del empleador como de la persona trabajadora en materia de seguridad e higiene del lugar de trabajo.

Por último, como ya lo ha venido aportando la Organización Internacional del Trabajo en los convenios y sus respectivas recomendaciones, incluyendo la Recomendación N°151 en cuestión, el beneficio de los servicios sociales debe ser para todas las personas en igualdad de condiciones y no pueden darse prácticas discriminatorias por razón de nacionalidad. Por lo tanto, los Estados Miembros deberán de ayudar a las personas trabajadoras migrantes en el acceso a estos servicios como salud, educación, seguridad social, formación profesional, servicios de traducción e interpretación, vivienda, transporte, enseñanza de idiomas, y empleo. Con respecto a este último, el apartado III de esta recomendación se refiere al derecho de todo trabajador o trabajadora a obtener una residencia. Aun cuando por motivos diversos pierda su empleo, se le deberá dar un período prudencial para encontrar otro, y gozar de todas las garantías judiciales y administrativas para hacer valer sus derechos.

La Recomendación N°151 es un instrumento internacional de carácter técnico de la OIT, que estipula los parámetros necesarios que deben cumplir los Miembros para garantizar el máximo amparo de los derechos humanos de todos los trabajadores y trabajadoras migrantes, nacido a partir del entendido de que las migraciones se encuentran en constante evolución, y es importante construir esfuerzos internacionales que hagan posible un aprovechamiento de la mano de obra migrante, sin que ello signifique un perjuicio para el país receptor.

6. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)

La protección internacional de los trabajadores y trabajadoras migrantes se complementa con esta Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) y adoptada en diciembre de 1990, con su respectiva entrada en vigor en el 2003. Su objetivo es mejorar las condiciones de vida de las personas trabajadoras migrantes y sus familias, al ser que la migración internacional se ha convertido en el tema por tratar en todas las sociedades; no como un mal, sino para erradicar las malas prácticas en torno al empleo y ocupación de la persona trabajadora migrante.

Los principales componentes de esta Convención son el respeto de los derechos humanos y sus principios fundamentales, la búsqueda de un bien social donde todos se sientan parte de un sistema que les protege y acoge, el derecho a nuevas oportunidades de empleo, a una retribución económica justa, a acceder a la justicia en caso de que sus derechos laborales hayan sido violentados, y a la salud y al bienestar tanto del trabajador o trabajadora migrante como de la familia que le acompaña.

La primera parte de este instrumento jurídico internacional se refiere a los alcances y definiciones de trabajador y trabajadora migrante. De acuerdo con el artículo 1 inciso 2, abarca desde “(...) la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual”¹³³.

Por ende, se entiende que es obligación de los Estados proteger a las personas trabajadoras migrantes como iguales desde que estos son contactados por el empleador para movilizarse al territorio donde se encuentra el domicilio comercial en el que llevara a cabo las actividades laborales. Determina, a su vez, en los artículos 2 y 3 el ámbito de aplicación sujeto a esta Convención mediante la definición de los tipos de trabajadores migrante. Incluye únicamente a aquellas personas que no son nacionales en un Estado donde realicen una actividad remunerada, y excluye a los empleados de organizaciones u organismos internacionales, los enviados por el

¹³³ Organización de las Naciones Unidas, “*Convención internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos)*” (OHCHCR-ONU), 2003): art. 1.

Estado en misión diplomática, las personas que hayan sido enviadas por el Estado o un empleador para cumplir un fin específico¹³⁴.

Asimismo, en el artículo 4 se establecen los términos que han de tener los familiares de las personas trabajadoras para ser contemplados por la Convención supra citada; por ello es requisito el vínculo matrimonial o aquel vínculo que surta los mismos efectos que el matrimonio; en el caso de los hijos e hijas serán aquellos de los que esté a cargo¹³⁵.

Para la Convención Internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias es importante entender que los obligados no son únicamente el Estado de origen y el Estado de empleo; también está obligado a respetar y proteger sus derechos humanos el Estado de tránsito donde requieran pasar los migrantes para llegar a su destino final. Esto se encuentra estipulado en su artículo 6, y es congruente con el siguiente que hace mención al derecho a la no discriminación en el reconocimiento de derechos.

La parte III de este cuerpo normativo refiere a los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, tales como a la libre circulación, a la vida, a no ser sometido a tratos crueles inhumanos o degradantes, la prohibición de los trabajos forzosos u obligatorios¹³⁶, y contempla los derechos de libertad de pensamiento, de expresión y opinión, a recibir información¹³⁷, al honor, a la propiedad privada, y a las garantías judiciales establecidas por los artículos del 16 al 20. Este último derecho referido por la Convención, se refiere a que a los trabajadores migrantes y sus familias a quienes se les siga una causa judicial, no podrán permanecer separados de las personas condenadas, estas garantías deben ser acatadas tanto por los Estados de empleo como los Estados de tránsito.

También aborda la prohibición de confiscar documentos de identidad, autorizaciones u otros que hagan constar la estancia de la persona, así como sus calidades, sin previa autorización; y de la prohibición de expulsar a los trabajadores o trabajadoras migrantes y sus familias sin que se hayan

¹³⁴ Véase al respecto los artículos 2 y 3 de la Convención internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias, art. 2.

¹³⁵ Convención Internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias, art. 4.

¹³⁶ Véase las excepciones del inciso 4 del artículo 11 de la Convención Internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias.

¹³⁷ Véase las excepciones del inciso 3 del artículo 13 de la Convención Internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias.

examinado individualmente los casos, y se informe a las personas de la situación por la cual van a ser expulsadas, lo que constituye el derecho de oposición a la decisión tomada por las autoridades.

Es menester indicar que los derechos referidos en la parte III protegen a todas las personas trabajadoras migrantes sin importar su condición regulatoria, lo cual es congruente con el resto de los instrumentos internacionales del sistema de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Entonces, los derechos de esta parte constituyen derechos humanos de protección básica que no hacen distinción, por lo que amparan a las personas trabajadoras migrantes así como a la familia que las acompañan.

Al respecto de los derechos que subyacen en el derecho al trabajo, la Convención en cuestión los aborda a partir del artículo 25 parte IV, numeral en el que hace referencia al derecho al acceso al empleo en igualdad de condiciones, a la remuneración justa y equitativa, respeto a la jornada laboral, descanso semanal, vacaciones, seguridad laboral, seguro social y otras prestaciones. De igual forma hace mención al derecho de asociación, acceso a los servicios de salud -sea en caso de emergencia o no-. Con respecto a los derechos de la familia que acompaña a la persona trabajadora migrante, la Convención indica el derecho al nombre y a la nacionalidad, a la educación la cual no podrá negarse por motivo de condición migratoria irregular “(...) en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo”¹³⁸.

Todos los derechos contemplados en la Convención Internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias les deberán ser informados por el Estado de empleo, el Estado de tránsito y el Estado de origen.

Por otro lado, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, dedica artículos para categorías especiales como trabajadores fronterizos, de temporadas, itinerantes, vinculados a proyectos, con empleo concreto, y por cuenta propia. La mayoría tiene un período establecido para la permanencia en el país, y actividad laboral limitada a su contrato.

En las demás partes de la Convención, se habla sobre los derechos y disposiciones para los trabajadores migrantes y sus familias que gocen de una situación regular en el país, lo que excluye

¹³⁸ Convención Internacional para los Trabajadores migrantes y sus familias, art. 30.

a las personas trabajadoras que por diferentes motivos se encuentran en situación irregular, tal como se establece en el artículo 68 inciso 2

Los Estados de empleo adoptarán todas las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores. Esas medidas no menoscabarán los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo¹³⁹.

De lo anterior se entiende que los Estados han de crear políticas públicas y cualesquiera otras medidas que tengan como objetivo erradicar el trabajo de migrantes en condición irregular, entendiendo que estos son más propensos a sufrir discriminación, tratos crueles, trabajo forzado, y otras violaciones a sus derechos fundamentales.

Es importante, de acuerdo con la Convención, mantener informada a la población sobre temas migratorios, así como llevar una adecuada fiscalización de todas aquellas empresas o personas dedicadas a la contratación de personas trabajadoras migrantes. En caso de que las acciones que lleven a cabo sean contrarias a lo estipulado por el cuerpo normativo referido, el Estado de empleo deberá ejercer las sanciones adecuadas para proteger sus derechos humanos.

En términos de aplicación de la Convención, se constituye un Comité que será la autoridad encargada de observar la aplicación de las normas en dispuestas, además de recibir toda información pertinente en el periodo establecido de acuerdo con el artículo 73, emitida por los Estados Miembro, para con ello analizar la situación que enfrentan los países en relación con el trabajo migrante, y dar las observaciones y recomendaciones que se consideren necesarias. Los siguientes artículos están dirigidos al procedimiento de ratificación, adopción, así como las obligaciones de los Estados Parte para el cumplimiento de este instrumento internacional.

Hasta marzo del 2021, el Estado de Costa Rica no ha ratificado la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, el cual es uno de los instrumentos más importantes en el reconocimiento de derechos de las personas trabajadoras migrantes.

¹³⁹ Ibid, art. 69 inciso 2.

Capítulo III: El trabajo decente para las personas migrantes

La migración es un fenómeno social basado en dos componentes principales, la salida de la persona desde su país de residencia o nacionalidad, es decir la emigración; y la entrada del migrante al país donde establecerá su nueva residencia, llamada inmigración; en donde convergen diversos factores, como los económicos, sociales, políticos y culturales. Por ello, este proceso no es nada sencillo, e implica que la persona migrante y su grupo familiar se enfrentan a un sin número de desafíos.

La OIM, como organización, ha establecido conceptos generales para que los Estados y miembros de la sociedad civil pueden comprender y abordar la migración, definiéndola como un “Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos”¹⁴⁰

Las razones de la migración han ido cambiando a través del tiempo, por lo que en la actualidad no tiene como fin llegar a territorios despoblados o con la finalidad de conquistarlos; sino que se migra a ciudades con condiciones sociales, políticas y económicas óptimas para su desarrollo, las cuales son consideradas como estructuradas.

En el caso de Costa Rica, se han establecido políticas públicas que categorizan el estatus migratorio de una persona extranjera, y a través ella, ya mencionada en el Capítulo I, se clarifican los derechos y obligaciones según la categoría donde se encuentre la persona migrante. A través de este estatus, a la persona se le permite acceder a un trabajo dentro de la legalidad; o por el contrario a uno informal en donde no se cuente con las garantías laborales que se establecen dentro del marco jurídico costarricense. A partir de este escenario se les da especial relevancia a las políticas internacionales como las planteadas por la OIT, en relación con el trabajo decente.

¹⁴⁰ Organización Internacional para las Migraciones, "*Glosario sobre Migración*", (OIM, 2006) consultado el 30 de Mayo del 2021, https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf

En el presente capítulo se desarrollará el surgimiento y concepto del trabajo decente, así como los indicadores que contempla la Organización Internacional del Trabajo para su evaluación; así como su aplicación en Costa Rica.

Sección I: Origen y definición de trabajo decente

El concepto de trabajo decente se empieza a desarrollar en los años 90 debido a la globalización, que en su momento exigía una demanda de bienes y servicios más alta de lo usual que genera como respuesta que los propietarios de las distintas compañías incrementen su producción. Esto repercute directamente en las personas trabajadoras, sus jornadas laborales; pero no en su salario, ya que en aquel momento no se contaba con una normativa clara que estableciera los derechos y obligaciones de las personas trabajadoras.

En 1995 se lleva a cabo la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social, en Copenhague, en donde se acoge, por parte de los jefes de Estado, una serie de compromisos de derechos básicos, en aspectos como sociales, económicos y políticos, y a su vez un programa de Acción de la Cumbre Social, para velar por el cumplimiento de los compromisos. Esta lista se extiende a diez; sin embargo, se hará mención únicamente al tercer compromiso, porque es donde se establece lo referente al empleo. Este tenía como finalidad buscar los medios para que las personas trabajadoras puedan acceder a trabajos que les permitieran una mejor calidad de vida.

- a) Daremos a la creación de empleo, la reducción del desempleo y la promoción de empleo apropiada y suficientemente remunerado un lugar central en las estrategias y políticas de los gobiernos, con pleno respeto de los derechos de los trabajadores, y con participación de los empleadores, los trabajadores y sus respectivas organizaciones (...)
- b) Formularemos políticas para ampliar las oportunidades de trabajo y la productividad en los sectores rurales y urbanos mediante el crecimiento económico, la inversión en el desarrollo de los recursos humanos y la promoción de tecnologías que generen empleo productivo, así como fomentando el empleo independiente, el espíritu empresarial, y la pequeña y mediana empresa;

c) Mejoraremos el acceso a la tierra, el crédito, la información, la infraestructura y otros recursos productivos para las empresas pequeñas y las microempresas, incluidas las del sector no estructurado, prestando particular atención a los sectores desfavorecidos de la sociedad;

d) Formularemos políticas para que los trabajadores y los empleadores cuenten con la educación, información y capacitación necesarias para adaptarse a los cambios de las condiciones económicas, las tecnologías y los mercados de trabajo;

e) Estudiaremos opciones innovadoras de creación de empleo y buscaremos nuevos modos de generar ingresos y poder adquisitivo;

f) Fomentaremos políticas que permitan a la población conjugar el trabajo remunerado con sus responsabilidades familiares;

g) Prestaremos particular atención al acceso de la mujer al empleo, a la protección de su posición en el mercado de trabajo y a la promoción de la igualdad de trato del hombre y la mujer, en particular con respecto a la remuneración;

h) En nuestras estrategias de desarrollo del empleo tendremos debidamente en cuenta la importancia del sector no estructurado con miras a aumentar su contribución a la erradicación de la pobreza y la integración social en los países en desarrollo y a reforzar sus vínculos con la economía estructurada;

i) Procuraremos alcanzar el objetivo de velar por la existencia de buenos puestos de trabajo y salvaguardar los derechos e intereses básicos de los trabajadores y, con tal fin, promoveremos la observancia de los convenios pertinentes de la Organización Internacional del Trabajo incluidos los que tratan de la prohibición del trabajo forzoso y el trabajo infantil, la libertad de asociación, el derecho de sindicación y de negociación colectiva y el principio de la no discriminación.

En el plano internacional:

j) Nos aseguraremos de que los trabajadores migratorios disfruten de las protecciones previstas en los instrumentos nacionales e internacionales apropiados, adoptaremos medidas concretas y efectivas contra la explotación de esos trabajadores, y alentaremos a

todos los países a considerar la ratificación y plena aplicación de los instrumentos internacionales relativos a los trabajadores migratorios;

k) Fomentaremos la cooperación internacional en las políticas macroeconómicas, la liberalización del comercio y la inversión a fin de promover el crecimiento económico sostenido y la creación de empleo, e intercambiaremos experiencias sobre políticas y programas que hayan servido para aumentar el empleo y reducir el desempleo.¹⁴¹

Se establecieron, entonces, los derechos básicos para las personas trabajadoras, tales como la prohibición del trabajo forzoso, la libertad de asociación, la prohibición del trabajo en niños, así como con el programa de acción que insta a los gobiernos a compartir el conocimiento sobre los factores que afectan la economía, como el desempleo, la pobreza; y a su vez, compartir dicha información para la cooperación a nivel internacional.

En 1996, de acuerdo con datos de la página oficial de la Organización Mundial del Comercio, en la Declaración Ministerial de Singapur, se ratifica a la OIT como el órgano encargado de velar por las normas y principios de los temas referentes al trabajo, apoyados en el incremento del comercio. Esta ratificación viene a consolidar la posición de la OIT no solo como una Organización encargada de la creación de normas, sino también en su papel de verificador.

Sin embargo, no es hasta en 1998 que se crea la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Su seguimiento, de acuerdo con el Documento de su presentación, pretendía establecer una plataforma social mínima para respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a derechos fundamentales como:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
- e) la abolición efectiva del trabajo infantil.
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.¹⁴²

¹⁴¹ Organización de Naciones Unidas. Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995)

¹⁴² Organización Internacional del Trabajo. Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (Ginebra, 1998)

De esta manera, la OIT procuraba dar una respuesta a los cambios sociales que se daban en aquel momento, y las repercusiones que se veían reflejadas en las personas trabajadoras. Esta Declaración, como su mismo nombre lo indica, contemplaba un factor de seguimiento, quiere decir que los países Miembros debían presentar un formulario de memoria. De acuerdo con la página oficial de la OIT, la presentación de estas memorias da la posibilidad a los gobiernos de mencionar las medidas tomadas para cumplir con la Declaración misma; esta información proporcionada por los Estados se recopilaba para creación de un Informe Global con base en el cual se establecían los proyectos de cooperación técnica; es decir, la OIT prestaba ayuda a los países para el desarrollo de los proyectos.

A partir de esta Declaración, a nivel Internacional se empieza a buscar y proponer mecanismos para mejorar sus condiciones de trabajo, ya que la Declaración rige para todos los Estados sin importar si han ratificado o no los Convenios, es decir la Declaración se aplica en todos aquellos Estados que aceptaron la constitución de la OIT. Esto significa que por su sola pertenencia deben promover los principios y derechos fundamentales.

En 1999, se realiza la 87.a reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo. En ella, el Director General de la OIT, Juan Somovía, recalca la necesidad de promover los cuatro objetivos estratégicos que se dividen en secciones.

La primera sección versa sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y se propugna en ella que se remoce el interés por las normas de la OIT y que se piense en la posibilidad de recurrir a instrumentos y medios complementarios para alcanzar tal finalidad. La cabal aplicación de la Declaración puede contribuir decisivamente a que el ejercicio de los derechos fundamentales llegue a ser una realidad verdaderamente mundial. La segunda sección se refiere a la creación de mayores oportunidades en materia de empleo y de ingresos para las mujeres y los hombres. La nueva economía mundial ha puesto de manifiesto que hay ingentes posibilidades de creación de puestos de trabajo en las debidas condiciones, pese a los muchos peligros que rondan. Será necesario explorar nuevas opciones para promover una orientación proclive al empleo en las estrategias macroeconómicas, en la transformación de los sistemas de producción y como modo de reducir la pobreza y las desigualdades. En la tercera sección se aborda el tema de la protección social. En una situación económica cada vez más fluida, pasa a ser más

importante todavía el imperativo de la seguridad. Los sistemas existentes están sometidos a grandes presiones y sigue preocupando el grado de cobertura de la protección social. Por último, la cuarta sección trata del diálogo social y del tripartismo, y examina el modo de reforzar la capacidad institucional de los mandantes de la OIT y lo que éstos pueden aportar al diálogo social.¹⁴³

Desde ellos se pueden generar opciones de empleo para que los individuos alcancen un trabajo productivo, en donde se vele por los derechos de los trabajadores, y que a su vez la persona reciba ingresos equivalentes al trabajo que realiza. Si bien es cierto, en dicha Memoria no se establece un concepto inequívoco de trabajo decente, se determinan los componentes – ya mencionados- considerados como el punto de unión de lo que puede entenderse como trabajo decente, establecido en la Memoria de la siguiente forma

(...) al ser un concepto que nació como una necesidad social, por parte de la OIT de generar y procurar mejores condiciones para los y las trabajadores, ha ido cambiando a lo largo de los años, adaptándose así a nuevas necesidades. Pero en su concepción inicial se entiende el trabajo decente como "el trabajo que se realiza en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana"¹⁴⁴

El concepto de trabajo decente pretende por tanto, unificar las condiciones que se consideran como mínimas para que los trabajos se puedan llamar decentes, sobre todo que su calificación como tal no solo se dé en el papel; sino que se refleje en las condiciones diarias de una persona trabajadora, y especialmente una persona trabajadora migrante. Montoya y otros indican al respecto,

Podría entenderse entonces, el concepto de trabajo decente como sinónimo de oportunidades laborales entre hombre y mujeres fundamentado en condiciones de calidad laboral, de integración social y de derecho de los trabajadores.

¹⁴³ Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. “*Memoria del Director General: Trabajo Decente, Decente*,” Junio de 1999, consultado 9 de Abril, 2021, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#La%20Declaraci%C3%B3n%20de>

¹⁴⁴ Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. “*Memoria del Director General: Trabajo Decente*”, Junio de 1999, consultado 9 de Abril, 2021, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#La%20Declaraci%C3%B3n%20de>

Como se ha expuesto anteriormente, el trabajo decente es un concepto que debe estar inserto en lo que es la calidad de vida en laboral, es decir, que no sólo está en juego el bienestar que puede tener el colaborador al interior de la organización, sino también todas las acciones que desarrolla ésta para generar placer, tranquilidad y beneficios a los empleados de tal manera que pueda lograr el cumplimiento de los objetivos que se ha propuesto la organización.¹⁴⁵

Dichas condiciones de calidad laboral son aún más difíciles de asegurar y monitorear cuando las personas trabajadoras realizan su labor en el sector informal de la economía, como le puede suceder a una persona migrante sin posibilidad de regularizar su estatus migratorio; es decir, un individuo, en cuyo país de origen, por distintas razones, no puede acceder a un trabajo que le brinde condiciones de vida decentes, y se ve forzado a migrar a otro país donde espera que las condiciones laborales sean diferentes, al permitirle mejorar su propia condición de vida.

Por su parte, Amartya Sen (citado por Lanari) determina que el trabajo decente "...es un derecho que va más allá de la legislación laboral vigente (...) que tiene el sentido de reconocer derechos básicos y que permite una comprensión mucho más alentadora de las necesidades de las distintas instituciones y las distintas políticas en pro de los derechos de los intereses de los trabajadores"¹⁴⁶.

Y al ser un concepto que ha ido evolucionando, se han establecido otros elementos que permiten definir, no solo la dimensión del trabajo decente sino a su vez una dimensión espiritual. Según Somavía

Cuando hablamos de trabajo decente nos referimos a un trabajo que permita a mujeres y hombres mantener a su familia y mandar a sus hijos a la escuela. Un trabajo en el que los trabajadores sean respetados, puedan organizarse y hacer oír su voz. Un trabajo que proporcione una pensión razonable al final de la vida laboral. Y nos referimos también a políticas que generen trabajo de calidad en todos los ámbitos de la sociedad. Lo llamamos trabajo decente porque sabemos que el trabajo es fuente de dignidad. El trabajo decente es

¹⁴⁵ César Montoya *et al.*, "Trabajo Digno y Decente: Una Mirada desde la OIT para la Generación de Indicadores para las Pyme Mexicanas y colombianas," *Revista Visión de Futuro* (2017): 98 consultado 28 de mayo, 2021, http://revistacientifica.fce.unam.edu.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=440&Itemid=96

¹⁴⁶ María Estela Lanari, "*Trabajo Decente: significados y alcances. Indicadores propuestos para su medición*", en Trabajo, ocupación y empleo: relaciones laborales, territorios y grupos particulares de actividad, de Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales, (Buenos Aires, Argentina, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2005), 105-132

fundamental para una estabilidad familiar y está vinculado con la paz. El concepto de trabajo decente es un reconocimiento de que no puede haber sociedades basadas en la desigualdad social, así como no puede haber desarrollo social basado en economías inestables. El trabajo decente no es una norma internacional; es una meta humana legítima en toda sociedad. Se basa en la creación de empleos y de un ambiente que propicie la inversión y el desarrollo de las empresas, el respeto a los derechos laborales y una protección social que esté dentro de las posibilidades de cada economía, todo esto facilitado por el diálogo entre gobiernos, empleadores y trabajadores, y con apoyo de la solidaridad internacional.¹⁴⁷

Si bien la Memoria del Director de la OIT de 1999 es lo que se podría decir, el punto clave al iniciar la conversación de las condiciones mínimas que deben existir para las personas trabajadoras; su desarrollo continúa en las siguientes Conferencias. En el 2001 toma lugar la 89.ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo que plantea la Memoria bajo el nombre Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global. En ella se establecen los avances que se tuvieron en relación con el trabajo decente entre 1999 y 2001. De acuerdo con lo establecido en la Memoria del Director General, 2001 se indica que el trabajo decente contribuye al mandato de la OIT de cuatro formas distintas, primeramente, es una pretensión universal que busca conseguir trabajos productivos en condiciones que permitan a los individuos desarrollarse personalmente, y para los países, sirve de soporte de las metas de desarrollo a las que previamente se han comprometido. Lo segundo es que establece una guía de políticas, es decir los objetivos estratégicos de la OIT en relación con el trabajo, ya que un enfoque a nivel mundial permite que la base del compromiso sea a largo plazo. En tercer lugar, es un método para la organización de programas y actividades, al permitir que el Programa de Trabajo Decente da la posibilidad de darle continuidad y revisiones de su progreso. En último lugar, es una plataforma para diálogo y asociación, ya que los programas se desarrollan en conjunto con otras instituciones lo cual permite un sistema multilateral.

Como el nombre de la memoria lo indica, se plantean los desafíos que se dieron para la implementación de políticas para la adaptación del trabajo decente, no solamente para la creación de nuevos puestos de trabajo, sino para los ya existentes, sobre todo cuando se da algún tipo de

¹⁴⁷ Juan Somavía, “*El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*”. (Santiago, Chile: Organización Internacional del Trabajo, 2014),41

reestructuración en las empresas, que genera incertidumbre para los trabajadores. Somovía se refiere al respecto

La reestructuración de las empresas, situación que a menudo pone en peligro la seguridad de los empleos e ingresos, también puede llevarse a cabo teniendo en cuenta los objetivos del trabajo decente. No se pueden pasar por alto las realidades económicas, y las empresas quizás deban reestructurarse para sobrevivir, pero las medidas que se tomen en relación con cada aspecto del trabajo decente pueden contribuir a mantener bajos los costos sociales. Las prácticas óptimas son posibles, incluso en circunstancias económicas difíciles. Por ejemplo, las empresas de los países en transición han estado experimentando una reestructuración importante. Ello ha provocado una inseguridad generalizada y el aumento de la pobreza. El Grupo ZEI, uno de los pocos supervivientes de la industria rusa de fabricación de instrumentos, adoptó una estrategia algo diferente. Su reestructuración se basó en: establecer un diálogo con las organizaciones representativas de los trabajadores para discutir y planificar las medidas que debían tomarse; centrar la atención en las repercusiones sobre el empleo invirtiendo fuertemente en la formación y readaptación profesional del personal directivo y los trabajadores, así como en el establecimiento, con ayuda de la OIT, de un «Centro de servicios al personal» para los trabajadores separados del servicio, y alcanzar un compromiso para evitar el trastorno total de la vida de los empleados, sus familias y las comunidades.¹⁴⁸

En el 2003, el Director de la OIT, Juan Somovía presenta la tercera Memoria en la 93ª reunión, en donde menciona la estrecha relación entre el trabajo decente y la pobreza, ya que al existir mejores condiciones para las personas trabajadoras, pueden acceder a más beneficios y servicios, ya que tienen asegurado un ingreso y las condiciones básicas de seguridad social; no solamente para estas, sino también para su grupo familiar.

Además, establece la relación de la pobreza con los cuatro objetivos estratégicos de la siguiente forma

¹⁴⁸ Oficina Internacional del Trabajo. “Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión”, Ginebra, 2001. consultado 01 de Junio, 2021, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#La%20Declaraci%C3%B3n%20de>

Empleo. No es posible erradicar la pobreza si la economía no genera oportunidades de inversión, desarrollo empresarial, creación de puestos de trabajo y medios de vida sostenibles. La vía principal para salir de la pobreza es el trabajo.

Derechos. Los pobres han de poder expresarse para conseguir que se reconozcan sus derechos y exigir que se les respete. Necesitan representación y participación, así como una buena legislación que se cumpla y que favorezca sus intereses, en vez de oponerse a ellos. Sin derechos, y sin la posibilidad de ejercerlos, los pobres no saldrán de la pobreza.

Protección. Los pobres carecen de protección. La capacidad de obtención de ingresos de quienes viven en la pobreza queda anulada por la marginalización y la falta de sistemas de apoyo. La OIT está procurando encontrar nuevas vías para proporcionar protección social y rehabilitar el cometido del Estado al respecto. Es crucial que las mujeres tengan capacidad para renegociar el reparto de las tareas familiares no remuneradas. Es esencial también ayudar a las personas que no pueden trabajar a causa de la edad, de una enfermedad o de discapacidad.

Diálogo. Los pobres comprenden la necesidad de negociar y saben que el diálogo es el modo de resolver los problemas pacíficamente. La OIT puede ofrecer su experiencia a quienes viven en la pobreza en lo que atañe al diálogo y la solución de conflictos como medio para promover sus intereses. Podemos amoldar nuestro quehacer para incorporar los intereses de los más pobres.¹⁴⁹

Al igual que la pobreza, el trabajo decente requiere de un esfuerzo conjunto de las instituciones gubernamentales con el apoyo de otras, además de los Organismos No Gubernamentales que persiguen este mismo fin. Las posibilidades de mejorar los índices de pobreza, desempleo y empleo informal, están estrictamente relacionadas con la economía, no solamente de nuestro país sino a nivel mundial. Por esta razón, toma vital importancia la labor que plantea la OIT, el apoyo y cooperación de los países que tienen una economía más estable, para la implementación de políticas para otros países cuya economía se encuentra en rezago.

¹⁴⁹ Oficina Internacional del Trabajo. “*Superar la pobreza mediante el trabajo, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 93.ª reunión*”, Ginebra, 2001. consultado 07 de Junio, 2021, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#La%20Declaraci%C3%B3n%20de>

Como respuesta a la Crisis Económica Mundial que se vivió en el 2008, la OIT utilizó su Conferencia del 2009 para adoptar el Pacto Mundial para el Empleo, que plantea una serie de políticas equilibradas que los países, con el soporte de distintas instituciones podían adoptar con la finalidad de acelerar la tasa de empleo, que se vio severamente afectada por la crisis.

El Pacto propone medidas y políticas para:

mantener en el empleo a las mujeres y los hombres tanto como sea posible, y respaldar a las empresas, en particular las pequeñas, medianas y microempresas;

apoyar la creación de empleo y promover inversiones en sectores intensivos en empleo, incluidos los empleos verdes;

facilitar una reinserción más rápida en el empleo y contener la deflación de los salarios;

proteger a las personas y las familias afectadas por la crisis, en particular las más vulnerables y aquellas en la economía informal, fortaleciendo los sistemas de protección social para mantener ingresos y niveles de subsistencia sostenibles, así como la seguridad de las pensiones;

acelerar la recuperación del empleo y ampliar las oportunidades de ocupación, actuando simultáneamente sobre la demanda y la oferta de trabajo; y

dotar a la fuerza de trabajo de las competencias laborales necesarias tanto ahora como en el futuro.¹⁵⁰

Por lo tanto, en cuanto al trabajo decente, se puede decir que en sí lo que se persigue es un ideal, y que como lo establece Somavía (2003), el concepto por sí solo no es una norma de carácter internacional; sin embargo, la OIT ha concretado políticas y agendas en las que se ha incluido este tema, para lograr que sus países miembros puedan generar opciones de empleo para las personas trabajadoras, que posean las condiciones para no ser solamente un trabajo, sino un trabajo decente.

¹⁵⁰ Oficina Internacional del Trabajo. “*Para recuperarse de la crisis Un Pacto Mundial para el Empleo, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión*”, Ginebra, 2009.

Sección II Aplicación del trabajo decente en materia laboral en Costa Rica

A nivel mundial se ha intentado procurar, velar y cumplir por los derechos de todas las personas trabajadoras, a través de los mecanismos internacionales, y las regulaciones internas de cada país; no obstante, se han enfrentado distintos desafíos, tal como la cantidad de migrantes que buscan mejores oportunidades, por mencionar un ejemplo en cifras

Según las estimaciones recientes de la OIT y conforme a las cifras correspondientes a 2017 proporcionadas por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (DAES), ajustadas en función del número de refugiados, en el mundo hay 258 millones de migrantes internacionales, 234 millones de migrantes en edad de trabajar (15 años o más) y 164 millones de trabajadores migrantes.¹⁵¹

Estas cifras son una muestra de la necesidad que existía y se sigue dando de que los gobiernos mejoren sus políticas internas, para así brindar mejores condiciones a las personas trabajadoras migrantes. Por esta razón, a partir del 2014, la OIT creó los Programas de Trabajo Decente por país, conocidos como PTDP, en los cuales se unifican las labores institucionales hacia los objetivos de un trabajo decente, tanto para hombres como para mujeres, que se reflejan en los compromisos que han establecido los Estados. De acuerdo con la OIT, el Proceso de Programación se divide en 4 etapas:

1. Consulta con los mandantes y otros actores
2. Diagnóstico de país
3. Preparación del documento principal de la programación por país
4. Ejecución, seguimiento y evaluación

En estas cuatro etapas establecen un ciclo de programación, con planes estratégicos por un plazo de cuatro años. Este periodo se extiende en los programas por país, de 3 a 5 años. Se redacta un documento con la programación estratégica de los resultados por obtener, la medición y los recursos. Además, brindar planes de trabajo que se basan en resultados, se pueden planificar y

¹⁵¹ Organización Internacional del Trabajo. “Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes. Resultados y metodología. Resumen Ejecutivo”. (2017), IV.

monitorear; y el informe de aplicación y evaluaciones funciona como instrumento de rendición de cuentas y aprendizaje. Este ciclo de programación se utiliza para la aplicación trabajo decente por país, con el fin de que exista coherencia entre las políticas de los países de una misma región, para así promover los objetivos estratégicos de la OIT.

Actualmente, los temas transversales que se derivan de los objetivos constitucionales de la OIT y las normas que la Organización tienen por mandato defender y promover deben servir de base para todos los PTDP. Estos son:

1. El tripartismo y el diálogo social

El tripartismo y el diálogo social no sólo (sic) son importantes como objetivos en sí, sino que además son un medio de alcanzar todos los objetivos estratégicos de la OIT. Representan el paradigma de gobernanza de la OIT para abordar los problemas sociales, examinar una gran variedad de aspectos laborales sobre los que los interlocutores sociales cumplen una función directa, legítima e irremplazable, y generar consenso, haciendo del dialogo social un elemento central en las sociedades democráticas. La libertad sindical y la negociación colectiva están en el corazón del diálogo social.

2. Las normas internacionales del trabajo

Las normas internacionales del trabajo sientan los principios básicos que dan forma a la labor política y de asesoramiento de la OIT. Además, están enriquecidas por el trabajo y los comentarios de los mecanismos de control de la OIT. La ratificación y la aplicación efectiva de las normas internacionales del trabajo proveen el marco legal básico que es el primer paso para promover los derechos en el trabajo, crear empleos decentes, apoyar a las empresas sostenibles, mejorar las condiciones laborales y ampliar la protección social.

3. La igualdad de género y la no discriminación

La igualdad de género y la no discriminación son elementos clave de la visión de la OIT sobre el trabajo decente y son componentes básicos de sus esfuerzos para producir equidad y crecimiento. Esto supone prestar asistencia a grupos de trabajadores que son particularmente vulnerables a la discriminación o a la exclusión, incluidos, entre otros, las

mujeres, las personas con discapacidades, los trabajadores que viven con el VIH y SIDA, o los miembros de comunidades indígenas o minorías étnicas.”¹⁵²

Es decir, con los programas de Trabajo Decente no solo se busca mejorar las condiciones de los trabajadores y las trabajadoras migrantes, sino atacar problemas sociales como la desigualdad de género y la no discriminación para grupos minoritarios tales como personas con discapacidad, indígenas, e inclusive hoy día se puede agregar la población lesbiana, gay, bisexual, transgénero, queer, de ahora en adelante llamada LGBTQ.

Programa de Trabajo Decente de la República de Costa Rica: Gestión, seguimiento, y evaluación 2013-2017

En el documento preparado por la OIT se establece una introducción con un resumen del Contexto País. En el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014 sobresalen 4 elementos, que según el análisis realizado, se ven ligados al Programa: mejoramiento a la empleabilidad, fortalecimiento de las políticas universales, cuidado y atención integral a la niñez y a la persona adulta, y atención integral a la pobreza. Estos 4 elementos han sido reiteradamente analizados, no solamente en los principios de trabajo decente, sino en las Memorias del Director de la OIT, donde se ha discutido temáticas como la pobreza, el desempleo y el trabajo infantil. En dicho documento se menciona el marco laboral ya existente en nuestro país y se establecen las instancias representantes del diálogo social tripartito, Consejo Superior de Trabajo, en adelante CST, Consejo Nacional de Salarios, en adelante CNS, Consejo Salud Ocupacional, y otras instancias que colaboran como el Instituto Nacional de Aprendizaje, la Caja Costarricense del Seguro Social y la Comisión Tripartita para la Igualdad y Equidad de Género en el Trabajo.

Los PTDP permiten dar respuesta a situaciones que afectan la economía de un país, ya sea que se dé a nivel local o internacional. La crisis económica del 2008 trajo consigo la pérdida de miles de trabajos, y la disminución de la mejora en las condiciones ya existentes, tal como lo expresa la Encuesta Continua de Empleo (citada por la OIT).

¹⁵² Oficina Internacional del Trabajo. “Programa de trabajo decente por país de la OIT: Una Guía Práctica”, versión 4, (2016):10

La crisis económica se manifestó en el empleo en el 2009 (recordando que se inició en 2007 en el mundo y en Costa Rica en el 2008 en el país). La crisis tuvo un impacto en la reducción de la ocupación, en especial para las mujeres, ya que entre 2007 y 2010 se redujo la tasa de ocupación en 1.86 puntos porcentuales en el caso de los hombres y 4.24 puntos porcentuales en el caso de las mujeres (OITOLACD, II Informe Crisis). No obstante, según los datos de la encuesta continua, entre el tercer trimestre del 2010 (3Trim2010) y el primer trimestre del 2012 (1Trim2012), se han generado 96,162 empleos. Sin embargo, esta generación de empleos no ha sido suficiente para afrontar el desempleo, que se ha mantenido casi constante, parcialmente explicado porque ha habido un aumento en la tasa de actividad en el mismo período, que ha incrementado en 3 puntos porcentuales. Si se agregan las cifras de subempleo visible, se llegaría a cerca de 18% de la población económicamente activa.¹⁵³

Esto quiere decir que nuestro país estaba haciendo lo posible para promover empleos; sin embargo, posterior a la crisis, los números indican que los esfuerzos no estaban siendo tan efectivos para afrontar la necesidad de expansión. Para la puesta en marcha del PTD del país, se establecen cuatro prioridades

- I. Promover el cumplimiento efectivo y aplicación de las normas internacionales del trabajo y de la legislación laboral nacional;
- II. Establecer una Política de Empleo y Trabajo Decente, con el propósito de crear mayores oportunidades de empleo decente, aumentando la empleabilidad de la fuerza laboral en empleos de calidad, así como eliminar barreras que impiden la integración de ciertos grupos vulnerables al mercado laboral;
- III. Ampliar y fortalecer la protección social para todos; y
- IV. Fortalecer el diálogo social tripartito y bipartito, y el desarrollo de competencias de las organizaciones de empleadores y de trabajadores para la formulación y ejecución de políticas, programas y estrategias de desarrollo socio-laboral.¹⁵⁴

¹⁵³ Oficina Internacional del Trabajo. “Programa de Trabajo Decente de la República de Costa Rica Gestión, seguimiento, y evaluación 2013-2017”: , (s.f):2

¹⁵⁴ Ibid.,:5

De estas cuatro prioridades se desprenden los resultados, indicadores y estrategias; por lo que se mencionará los más relevantes para cada una de las establecidas en el PTDP.

En la **prioridad uno**, en su sección de **Resultados**, se señalan los Convenios de la OIT, específicamente el 151, y el 154, los cuales se relacionan con la libertad sindical y de negociación colectiva, sensibilización sobre la importancia del cumplimiento de los derechos de negociación colectiva, igualdad de oportunidades, capacitaciones para los funcionarios del MTSS, implementación de la Programación de la Hoja de Ruta 2010-2020 para que el país sea libre de trabajo infantil, apoyo técnico de la OIT en los servicios de inspección y administración laboral.

En cuanto a los **Indicadores**, se incluye la toma de acciones tendientes a asegurar la libertad sindical, negociación colectiva, equidad de género, encuestas dirigidas a grupos vulnerables con conocimiento de derechos como la protección al hostigamiento, a las trabajadoras domésticas y sus derechos laborales, proporción de apoyo técnico por parte de la OIT para la estrategia de sensibilización, aprobación y cumplimiento del 70% de la Programación de la Hoja de Ruta, estrategias para la sensibilización para aspectos técnicos y alcance de la inspección de trabajo.

Por último, en la **Estrategia** para este primer indicador se utilizan talleres, charlas, visitas para los procesos de sensibilización en relación con los derechos de asociación, protección de discriminación laboral y sexual.

En cuanto a la **prioridad dos**, los **Resultados** incluyen la elaboración y ejecución del Plan Nacional de Empleo, el impulso de políticas para la formación de la persona joven, la promoción del desarrollo de las Pequeñas y Medianas Empresas PYMES, el monitoreo efectivo del mercado laboral y sus tendencias, la adopción de medidas para el reconocimiento de los derechos, que promuevan equidad, protección de salarios mínimos, conciliación de la vida laboral y familiar.

Entre sus **Indicadores** se encuentran los acuerdos tomados en las reuniones del CST, la inclusión del Plan Nacional de Empleo en la planificación Estratégica del Ministerio de Trabajo, el Plan Nacional de Empleo basado en las pautas de Trabajo Decente en el país, y los Informes de demanda ocupacional en todo el país. Se utilizó la cantidad de empleos generados por las PYMES, así como la evaluación de la creación y desarrollo de nuevas empresas; al tiempo que se aumentan las visitas de fiscalización por parte de los Inspectores del MTSS.

La **Estrategia** señala que el CST se encargará de las discusiones sobre el Plan Nacional de Empleo, a través del aporte técnico de la OIT para la Estrategia Empléate. Como parte ella, las instituciones gubernamentales como el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) y el Ministerio de Educación Pública (MEP) generarán alianzas para la mejora de la oferta técnica, el fortalecimiento de modelos regionales para promover la creación de nuevas empresas, y un incentivo para las iniciativas públicas.

En la **prioridad tres** se establecen los siguientes **Resultados**: ejecución de políticas y estrategias para mejorar el cumplimiento de las condiciones de salud y riesgos del trabajo. Políticas de mejoras de las condiciones laborales hacia grupos vulnerables. Diseño y aplicación de una política en relación con las migraciones laborales, con base en los derechos ya establecidos en la normativa nacional e internacional.

Sus **Indicadores** incluyen capacitación al Consejo de Salud Ocupacional, adopción de políticas para mejora de condiciones como la maternidad, organización en el trabajo. Mecanismo de coordinación interinstitucional para la administración de la migración laboral.

La **Estrategia** incluye asistencia técnica al Consejo de Salud Ocupacional, campañas por parte del MTSS y el sector empresarial para brindar información sobre el acoso sexual en las áreas de trabajo. En esta estrategia se establece de forma específica lo relacionado con los trabajadores migrantes.

Las políticas efectivas y mejores servicios migratorios para los trabajadores migrantes en general, y para los trabajadores migrantes altamente especializados en particular, son un reto multidimensional que requiere apoyo y la coordinación de muchas instituciones en los países de origen y de destino de los trabajadores migrantes. Para ello se promoverá la coordinación binacional o entre más países, a través de la suscripción de compromisos o de ampliación y/o actualización de los existentes, con el apoyo de la OIT y otras Agencias Especializadas del Sistema Naciones Unidas. Las migraciones laborales deben de coordinarse entre gobiernos para garantizar la protección de los nacionales. Constituirán un insumo importante los estudios de mercado que orienten las decisiones alrededor de la migración laboral, en función de la necesidad de mano de obra. Asimismo, se alentará el compromiso de los empleadores y trabajadores migrantes de hacer los aportes de ley para la seguridad social. Se promoverán los procesos de certificación de competencias

adquiridas por trabajadores migrantes, para la mejora de su empleabilidad y en beneficio de los sectores productivos que se utilicen de esa mano de obra. La gestión ordenada de la migración laboral debe formar parte de la Política Nacional de Migración y del Plan Nacional de Empleo, en dónde se incluye el tema de los permisos laborales y la certificación de competencias, y también de la Política de Empleo y su plan de acción, buscándose insertar los servicios para atender la población migrante en el sistema público de intermediación laboral.¹⁵⁵

En cuanto a la **prioridad 4** se establecen los siguientes **Resultados**: promover el cumplimiento y coordinación entre las instancias tripartitas. Fortalecimiento del Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil,

Los **Indicadores** incluyen el aumento de acuerdos emanados por el CST y el grado de percepción por parte de los miembros de CST.

La **Estrategia** propone acciones de información sobre el valor de diálogo social, así como de información y capacitación en temas de salarios mínimos.

Cuando se desarrolla el PTDP, Costa Rica es el primer país en firmar el Pacto Nacional por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), el cual busca mejorar la calidad de vida mediante la planificación de políticas y proyectos para impulsar la Agenda 2030. Se establecen 17 objetivos, de los cuales el número 8 se relaciona con el tema en estudio, Trabajo Decente y Crecimiento Económico, en donde se busca “Promover el crecimiento económico sostenido, incluyente y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.”¹⁵⁶ En nuestro país, la Organización Internacional de la Migración, el Programa de las Naciones Unidas, la Agencia de la ONU para los Refugiados, trabajan en el desarrollo de los Programas de Venezuela y Programa Regional sobre la Migración. De igual manera, los objetivos 1 y 5 se relacionan con los PTD, ya que el primero busca el fin de la pobreza, y el 5, la igualdad de género. Tal como lo establece la OIT

¹⁵⁵ Oficina Internacional del Trabajo. Programa de Trabajo Decente de la República de Costa Rica Gestión, seguimiento, y evaluación 2013-2017: (s, f):15

¹⁵⁶ Página Oficial de las Naciones Unidas, Costa Rica. (consultado 8 de junio, 2021) <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/economic-growth/>

La Agenda 2030 coloca el trabajo decente para todos, y el mandato de la OIT y el objetivo de la justicia social, en el centro de las políticas para un desarrollo y un crecimiento sostenible e inclusivo. Diversos países han regresado al crecimiento, o lo han mantenido, desde la crisis financiera de 2008. Pero muchas veces se ha tratado de un crecimiento sin empleos. Nuestras economías están obteniendo mejores resultados, pero las personas no perciben que haya mayores posibilidades de encontrar un trabajo decente. Esta situación no es sostenible.

Es necesario crear más de 600 millones de nuevos empleos de aquí a 2030, sólo para seguir el ritmo de crecimiento de la población mundial en edad de trabajar. Esto representa alrededor de 40 millones de empleos al año. También es necesario mejorar las condiciones de los 780 millones de hombres y mujeres que trabajan pero que no ganan lo suficiente para superar ellos y sus familias el umbral de pobreza de 2 dólares al día.¹⁵⁷

Programa de Trabajo Decente de la República de Costa Rica: 2019-2023 Acuerdo Tripartito

El PTD se genera en el Marco de la Cooperación Técnica por parte de la OIT. Al ser un Programa que aún se encuentra en curso no se logra encontrar información sobre su avance; sin embargo, de acuerdo con la página oficial de la OIT se establecen cuatro prioridades, al igual que en el Programa 2013-2017.

Protección y el respeto de la normativa laboral. Se enfoca en promover el cumplimiento y aplicación de las normas internacionales del trabajo y de la legislación laboral nacional. **Promoción de políticas de empleo,** mercado de trabajo, trabajo decente, formalización y formación profesional. Plantea eliminar barreras que impiden la integración de ciertos grupos vulnerables al mercado laboral. Se busca ofrecer mejores oportunidades de empleabilidad a los grupos más afectados por el desempleo a causa de su condición de vulnerabilidad, y mejorar las condiciones laborales de personas trabajadoras y/o empresas que operan en la informalidad. **Ampliar y fortalecer la protección social** para las personas trabajadoras y fortalecer el diálogo social tripartito y

¹⁵⁷ OIT. “*Trabajo Decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible*”, (s.p): 5, (consultado 10 de junio, 2021) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf

bipartito. **Desarrollo de las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores** para la formulación y ejecución de políticas, programas y estrategias de desarrollo socio- laboral.¹⁵⁸

Si bien las prioridades del PTD cambiaron con respecto a las que se establecieron en el periodo anterior, la aplicación del programa sigue las mismas 4 etapas ya mencionadas al inicio de este apartado. Es importante mencionar que los resultados de este programa pueden variar por las condiciones que se viven, no solamente en nuestro país, sino a nivel mundial por la crisis sanitaria del COVID-19.

Capítulo IV Control de Convencionalidad para la tutela de los derechos laborales de las personas migrantes.

Hasta este punto de la investigación se ha mencionado un asidero jurídico que permite la protección de la persona trabajadora migrante, integrando tanto leyes y normas nacionales, como cuerpos normativos de derechos humanos internacionales o desarrollados en el ámbito regional, además de los Convenios específicos de la OIT respecto a los derechos laborales del trabajador y trabajadora migrante.

Cabe indicar que, en virtud de la población a la que se han enfocado todos los apartados anteriores, resulta importante abordar en un primer momento que la migración ha sido entendida durante muchos años como un problema social y económico que representa un reto político en el que los gobernantes han instado a una visión de la migración como un problema de seguridad nacional, de costo en educación, salud y una carga fiscal. En suma, la migración, principalmente aquella en condiciones irregulares “tiene un impacto negativo sobre el mercado laboral ahondando los problemas sociales derivados del desempleo y bajos salarios”¹⁵⁹ como lo mencionan Martín y Borjas (citados por Canales, 2013).

Sin embargo, Canales (2013) contrario a lo indicado por Martín y Borjas, considera que la migración, especialmente la laboral, contribuye al crecimiento y el desarrollo del país receptor y

¹⁵⁸ Organización Internacional del Trabajo, “Acuerdo tripartito da inicio a Programa de Trabajo Decente 2019-2023 en Costa Rica”. 2019.

¹⁵⁹ Alejandro Canales. "Migración y desarrollo en las sociedades avanzadas. Una mirada desde América Latina", *Polis Revista Latinoamericana*, N°35 (2013):3.

de origen; a la vez que participa en las dinámicas de la globalización. En el caso de Costa Rica, según Azofeifa Ramos (2020) la participación de trabajadores y trabajadoras migrantes incide en un 11,35% del producto interno bruto (PIB) del país; mientras que Voorend (2017) desmiente el mito sobre la representación nicaragüense en el uso de los servicios de salud, donde solo es de un 7% de la población total del país.

De acuerdo con el informe del 2020 de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), alrededor de 272 millones de personas son migrantes internacionales. Se destaca que dos tercios de esta cifra son migrantes laborales¹⁶⁰, y a pesar de que muchos de los países con mayor cantidad de migrantes son aquellos económicamente desarrollados, la nueva tendencia sugiere que las personas migrantes buscan países en vías de desarrollo, verbigracia Costa Rica, con condiciones idóneas por su ubicación geográfica, su vinculación con mercados internacionales y con necesidades de mano de obra de diversas modalidades.

Costa Rica, históricamente ha sido un receptor de mano obra extranjera, lo que le ha llevado a regular el trabajo migrante en el país. Sin embargo, como parte del corredor migratorio, existen tendencias migratorias como la feminización, mano de obra barata y poco calificada, incremento de los trabajadores en situación irregular, trabajadores y trabajadoras migrantes en la economía informal, condiciones laborales que vulneran los derechos humanos, falta de acceso y de garantía de los servicios de salud. La OIT estimó, en el 2013, que el trabajo informal de la persona migrante era mayor en mujeres, con un 32%, que, en hombres, 29%¹⁶¹.

Este problema constante, ha sido abordado por la OIT desde la creación del primer cuerpo normativo que protege a los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias, para que los Estados se comprometan en el respeto a sus obligaciones contraídas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Del mismo modo, la creación de estos Convenios, Tratados o Declaraciones buscan no solo proteger a esta población; sino sancionar a los Estados que no garanticen las condiciones mínimas que se pactan en ellos.

¹⁶⁰ Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *"Informe sobre las migraciones en el Mundo 2020"*, (Ginebra, Suiza, noviembre, 2019):2.

¹⁶¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *"Informe Técnico: La migración laboral en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, estrategia y líneas de trabajo de la OIT en la Región"*, (Lima, Perú, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016): 71.

El deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, subyace en un primer momento con la Carta de las Naciones Unidas de 1945; posteriormente con la entrada en vigor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y toma fuerza con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, principalmente en su artículo 26 que menciona “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, haciendo mención del denominado “Pacta sun servanda”¹⁶².

Los derechos humanos han de ser vistos como la afirmación positiva de la dignidad humana frente al Estado, siendo este último el principal garante para su protección y respeto, considerados inherentes a todo ser humano. Este crea los medios necesarios internamente para la protección y búsqueda de la dignidad humana, y del principio pro homine (pro persona); sin embargo, cuando no sea posible, o no existan los elementos necesarios de protección de los derechos humanos en el ámbito nacional, se deben aplicar los Convenios y Declaraciones que lo hacen. En este sentido se estaría ante el principio de subsidiariedad o complementariedad de los derechos humanos.

Es menester indicar que debe existir una plenitud hermética entre el ordenamiento jurídico nacional y el derecho internacional que proteja en mayor medida al ser humano, tesis sostenida por la jurisprudencia costarricense en la Resolución N° 2313-1995 de la Sala Constitucional que señala lo siguiente

(...) tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93)¹⁶³.

¹⁶² Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969”, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

¹⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Acción de Inconstitucionalidad, Resolución N° 2313-1995 del 09 de mayo de 1995”, 16:18 horas (expediente 90-000421-0007-CO).

Con esta resolución, la Sala Constitucional le otorga un valor supraconstitucional a los cuerpos normativos internacionales en materia de derechos humanos que protegen en mayor medida a las personas. Ello constituye el punto de partida para abordar el control de convencionalidad como concepto, tanto a nivel internacional como nacional, procurando encontrar cómo pueden aplicarse los diferentes convenios, declaraciones o tratados de derechos humanos, relacionados con los derechos laborales de las personas migrantes.

Sección I: Concepto de Control de Convencionalidad

El preámbulo de este capítulo permite entrar al tema en particular sobre el concepto de control de convencionalidad, así como su tratamiento normativo y jurisprudencial, en el entendido de que este busca la protección de principios internacionales como el *pro homine* y *pro libertatis*.

Este concepto surge de un devenir histórico en los criterios emitidos por los juristas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para que los Estados cumplan con sus obligaciones pactadas y en lo referente a cuerpos normativos de derechos humanos. La primera aproximación considera al control de convencionalidad como

(...) la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia¹⁶⁴.

De esta aproximación, se hace referencia a que el control de convencionalidad busca alcanzar la plenitud hermética del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Por ende, su aplicación se extiende dentro del mismo organismo de la Corte IDH y las jurisdicciones internas de cada país.

Haideer Miranda (2017) considera que el control de convencionalidad surge a mediados del S. XX, a partir de la constitucionalización del derecho internacional, y pretende incluirlo en Convenios, Tratados o Declaraciones de derechos humanos dentro del ordenamiento jurídico

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad (2019)":4.

interno, y dotarlo de un lugar preferente en el mismo nivel que la Constitución Política o incluso a un nivel supraconstitucional.

Por su parte, Bustillo Marín (citado por Díaz Sánchez) considera que el control de convencionalidad se define como

El mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades de un Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) es una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región (2011)¹⁶⁵.

Lo anterior no significa una limitación al quehacer judicial; por el contrario, como expone Bustillo Marín (2011) el control de convencionalidad es la herramienta que debe estar al alcance de los jueces para aplicar y hacer valer todos los derechos posibles; es decir, si la mayor protección a la persona no se encuentra en el ordenamiento interno, se debe aplicar, como manera supletoria, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que brinden mayor protección, No obstante, cada decisión en la aplicación a la normativa interna debe observar y tomar en consideración estas convenciones, tratados y declaraciones de derechos humanos.

Jurídicamente, el control de convencionalidad encuentra su primera aproximación en el caso de la Corte IDH “Almonacid Arellano y otros c/ el Gobierno de Chile” del 26 de septiembre del 2006.

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los

¹⁶⁵ Roberto J. Díaz Sánchez, "El control de convencionalidad. Una tarea pendiente para el proceso penal costarricense. El caso de la peligrosidad y las medidas de seguridad", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, N°8 (junio, 2016):4 consultado el 07 de abril, 2021, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/25291>

casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁶⁶.

A partir de este criterio, se interpreta que todos los Estados están obligados a respetar los tratados y convenios internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento jurídico del SIDH. Su finalidad es la máxima protección de los derechos humanos de las personas, así como el respeto a las obligaciones internacionales que adquieren los Estados, es decir, se debe cumplir con el principio *pacta sun servanda*, para con ello hacer compatibles las normas internas con las internacionales.

Este principio tiene su fundamento legal en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados que cita “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”¹⁶⁷, mientras que en el SIDH su fundamento reside en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al respecto, estos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen lo siguiente

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “*Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*”. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Véase el párrafo 124.

¹⁶⁷ Organización de las Naciones Unidas (ONU), “*Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969*”, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas: artículo 26.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (...)

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza¹⁶⁸.

Estos artículos dan cuenta de las obligaciones que tienen los Estados en la consecución y aplicación de los derechos humanos dentro del ordenamiento interno, y ello también les prohíbe utilizar disposiciones internas para evadir sus responsabilidades. Asimismo, se unen a las disposiciones en los artículos 62.3, 63.1, 67 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y los numerales contenidos en el Reglamento de la Corte IDH 32, 32, 42, 65 y 67, y el Estatuto de la Corte IDH.

¹⁶⁸ Organización de los Estados Americanos, "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), noviembre 1969" Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), artículos 1.1, 2 y 29

Del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, el control de convencionalidad adquiere algunas características

- a) consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- c) para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d) es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública, y
- e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública¹⁶⁹.

Estas han sido retomadas en las posteriores decisiones de la Corte IDH, para lograr que los Estados alcancen una plenitud hermética entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Este último debe ser aplicado en consideración a la misma jurisprudencia de la Corte IDH y las interpretaciones que le ha dado a los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, similar a la posición mantenida en el “Caso Boyce y otros vs. Barbados”¹⁷⁰ y en el caso “Gelman vs. Uruguay”¹⁷¹.

Esta responsabilidad, como consideran Brewer-Carías y Santofimio Gamboa (citados por Díaz Sánchez) puede verse violentada por disposiciones contrarias a los mismos instrumentos interamericanos y a las interpretaciones que la Corte IDH le ha dado.

¹⁶⁹ Cuadernillo de Jurisprudencia: “*Control de Convencionalidad*”: 6.

¹⁷⁰ Véase al respecto: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Caso Boyce y otros vs. Barbados. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

¹⁷¹ Véase al respecto: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. *Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

Los casos referenciados de la Corte IDH, evolucionan conforme al tratamiento jurisprudencial que les da esta misma. En este sentido, ya no solo se habla de un control de convencionalidad aplicado desde los Tribunales Constitucionales, sino de uno en el que se obliga al Estado como un todo al respeto de los tratados y convenciones de derechos humanos que se encuentran en el haber del SIDH.

Por ello es necesaria la aplicación de un control de convencionalidad *ex officio*, en donde el Poder Judicial y los órganos públicos del Estado deben velar por el cumplimiento y protección de los derechos humanos de todas las personas, en todos los niveles, y en atención a lo dispuestos por los tratados interamericanos a los cuales los Estados se han obligado.

En relación con este tipo de control, el caso de la Corte IDH “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” considera lo siguiente

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones¹⁷².

Ante este criterio, resulta importante destacar que las limitaciones al control de convencionalidad *ex officio* son establecidas en la misma jurisprudencia, en donde la Corte IDH determina que no puede ir más allá de las competencias que tengan los órganos, y de las regulaciones procesales que deba cumplir, porque se debe también ser respetuoso al debido proceso en la resolución de los conflictos.

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Véase el párrafo 128.

El control de convencionalidad guarda relación con el principio *iura novit curia* que hace referencia a que el juzgador debe aplicar todas aquellas normas que considere necesarias para solucionar el caso que ha sido puesto a su conocimiento para poder alcanzar una decisión, aun cuando estas no hayan sido invocadas por las partes en el proceso.

En el 2010, la Corte IDH profundiza en la aplicación del control de convencionalidad *ex officio* en el caso “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, al reconocer el valor de los instrumentos interamericanos de derechos humanos. En el párrafo 225 del caso señala lo siguiente

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹⁷³ (el subrayado es propio).

La adecuación de la normativa internacional con la interna, permite el pleno goce y una garantía efectiva de los derechos humanos entre su ciudadanía; empero, se requiere prestar atención a las interpretaciones dadas por la Corte IDH y la jurisprudencia de todos los casos controvertidos en este tribunal, sin que esto signifique la participación de un Estado como parte del proceso. Por tal razón, resulta menester extender el control de convencionalidad y no abocarse únicamente en un control concentrado ejercido solo por los Tribunales Constitucionales.

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Véase el párrafo 225.

En el caso *Almonacid Arellanos vs. Chile* se hace mención al deber de los jueces y los tribunales internos de prestar atención a los derechos humanos consagrados en cuerpos normativos como la Convención Americana de Derechos Humanos. Posteriormente, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados* refiere al Poder Judicial como aquel facultado de ejercer el control de convencionalidad, y continúa extendiendo el criterio para los órganos públicos tal y como lo menciona en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, y en el de *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* se refiere plenamente al deber de ejercer *ex officio* el control de convencionalidad; sin embargo, en este a diferencia del caso de los *Trabajadores Cesados vs. Perú*, se deben observar las interpretaciones que la Corte IDH ha realizado.

Esto lleva a las consideraciones que realiza Jinesta Lobo (2012) respecto al control de convencionalidad. Según su teoría, son objeto del control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales

- a. Fuentes no escritas: Se incluyen los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la costumbre, utilizados para suplir la ausencia de normas escritas, pueden ser sujetas al control de convencionalidad porque su objetivo es interpretar, integrar, y delimitar cuando por la inexistencia de la norma escrita no sea posible.
- b. Leyes, reglamentos y actos de eficacia general sujetos al Derecho Público: cuando los órganos públicos emitan instrucciones, circulares o directrices estas pueden ser sometidas al control de convencionalidad debido a que tiene una aplicación general.
- c. Reformas parciales a la Constitución: en atención al principio de progresividad todas las reformas hechas por los constituyentes están dentro del parámetro de convencionalidad, precisamente por el valor que da la propia constitución a los instrumentos internacionales.
- d. Constitución: aun cuando los Tribunales y Salas Constitucionales estén sometidas al principio de supremacía constitucional, ello no significa que no se deba cumplir con las obligaciones, en principio el “parámetro de convencionalidad” ya que este tiene carácter supraconstitucional¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Ernesto Jinesta Lobo "*Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*". coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, FUNDAP (México, 2012):15-17.

Por ende, se desprende que el control de convencionalidad en razón de la aplicación de los instrumentos interamericanos como la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia y las interpretaciones emitidas por la Corte IDH, ratifica lo que se ha abordado en líneas anteriores, donde se indica que su finalidad es el máximo respeto a las obligaciones contraídas por el Estado y a los derechos humanos que tienen todas las personas.

La sola ratificación de los cuerpos normativos internacionales o interamericanos en materia de derechos humanos no significa *per se* el respeto por parte de los Estados a lo en ello dispuesto; solo la herramienta del control de convencionalidad podría coadyuvar al cumplimiento y la garantía de los derechos humanos.

En el tanto, las violaciones a los derechos humanos surjan, la Corte IDH irá adoptando el criterio sobre el control de convencionalidad. Ejemplo de ello se presenta en la Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014 que versa sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, la cual menciona en su párrafo 31

31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”¹⁶. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos

humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos¹⁷⁵.

Se desprende de la opinión consultiva anterior, que la aplicación del control de convencionalidad no se da de manera exclusiva en el margen de la Convención Americana de Derechos Humanos; por el contrario, en el tanto existan otras fuentes, deberá de respetarse para resolver los contextos en que se ubica la violación al derecho humano en cuestión, que para el caso puesto en consulta eran derechos humanos de los niños y niñas migrantes.

Es entonces necesario, que tanto el órgano judicial como el legislativo adecuen sus prácticas en razón de lo indicado en los cuerpos normativos internacionales de derechos humanos.

En relación con lo anterior, al contextualizarlo al tema de investigación sobre los derechos laborales de la persona migrante y conforme a lo ya expuesto sobre el control de convencionalidad, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, resuelve que es trabajador migrante aquella persona que tenga como finalidad ir a realizar, realizar o que haya realizado cualquier actividad remunerada en un Estado diferente a su país de origen. Esta definición se basa en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁷⁶.

Este órgano utiliza la Convención de la ONU para referirse a los problemas que enfrentan los trabajadores y trabajadoras migrantes, por violaciones sistemáticas y del ámbito del ejercicio de su actividad. Asimismo, en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en el párrafo 31, se indica que los cuerpos normativos internacionales como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, han de ser reconocidos y a su vez garantizados, porque en ellos se encuentran los estándares mínimos en materia de protección de derechos laborales¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cuadernillo de Jurisprudencias: “Control de Convencionalidad”, pág. 19.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003”. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos:180, consultado el 07 de abril, 2021, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

¹⁷⁷ Ibid.

La aplicación de instrumentos diferentes a los contenidos en el SIDH, se debe a que el sistema regional carece de Convenios, Tratados o Declaraciones que hagan referencia a poblaciones específicas como lo son las personas trabajadoras migrantes.

Sobre esta afirmación, González Morales (2015) considera,

La labor interpretativa de la Corte y la Comisión se extiende, además, a algunos instrumentos de Naciones Unidas, en la medida que ellos son aplicables en el continente americano, y que sirven para ilustrar el sentido y alcance de los tratados y declaraciones interamericanos. Entre tales instrumentos de la onu (sic) se encuentran la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo, las dos convenciones sobre apatridia, el Protocolo contra la trata de personas, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, etc¹⁷⁸.(resaltado y negrita propios)

De la transcripción anterior se entiende que en la labor de la Corte IDH de verificar el cumplimiento de los derechos humanos de las personas, y determinar la responsabilidad del Estado, recurre a otros instrumentos internacionales cuando las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros del SIDH sean insuficientes. Es allí donde la misma Corte extiende el control de convencionalidad haciendo un ejercicio hermético hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos que son de cumplimiento obligatorio para todos los Estados, al aplicar convenios específicos para la protección de los derechos humanos de poblaciones vulnerables como son los trabajadores y las trabajadoras migrantes, con el objetivo de respetar el principio de buena fe y el de *pacta sun servanda* como aquellos del derecho internacional.

En la región del SIDH se presenta una creciente en la migración laboral; pero el tratamiento normativo de protección de los derechos humanos se ubica en un plano meramente de dignidad. Para González Morales (2015) tanto en la Comisión como en la Corte, el conocimiento de este tipo de casos es reducido, debido no solo a la falta de conocimiento sobre sus derechos, el proceso para interponer denuncias, o bien por cuestiones sociales, culturales o de miedo que tienen las personas

¹⁷⁸ Felipe González Morales, "El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes refugiados y otras personas en situación de movilidad", *Anuario de Derecho Público UDP* (2015):192 consultado el 07 de abril, 2021, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37887.pdf>

trabajadoras migrantes. En este sentido considera que los pocos casos sobre trabajadores migrantes dentro del sistema son una demostración de la vulnerabilidad que viven estas poblaciones¹⁷⁹.

La función de extender la interpretación a otros instrumentos como los establecidos por la ONU o cuerpos específicos de derechos como los dispuestos por la OIT sobre trabajadores migrantes, le permite a la Corte IDH dotar de una guía que deben seguir los Estados, aun cuando estos no formen parte del SIDH; por lo que enriquece el haber jurisdiccional, y combate la vulnerabilidad a la que es llevada la población trabajadora migrante.

El 13 de noviembre de 1985, en la Opinión Consultiva OC-5/85, sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, solicitada por el gobierno de Costa Rica, la Corte IDH en la parte de admisibilidad utiliza a la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Respecto a un comentario sugerido por Costa Rica, la Corte IDH señala

51. A propósito de la comparación entre la Convención Americana y los otros tratados mencionados, la Corte no puede eludir un comentario acerca de un criterio de interpretación sugerido por Costa Rica en la audiencia del 8 de noviembre de 1985. Según ese planteamiento en la hipótesis de que un derecho recogido en la Convención Americana fuera regulado de modo más restrictivo en otro instrumento internacional referente a los derechos humanos, la interpretación de la Convención Americana debería hacerse tomando en cuenta esas mayores limitaciones porque:

De lo contrario tendríamos que aceptar que lo que es lícito y permisible en el ámbito universal, constituiría una violación en el continente americano, lo que parece evidentemente una afirmación errónea. Más bien pensamos que en cuanto a interpretación de tratados, puede sentarse el criterio de que las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia. También puede definirse el criterio de que las normas de un tratado regional deben interpretarse a la luz de la doctrina

¹⁷⁹ Felipe González Morales, "El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes refugiados y otras personas en situación de movilidad":193.

y disposiciones de los instrumentos de carácter universal.¹⁸⁰ (Subrayado del texto original)

Por ende, la interpretación o comparación que este órgano judicial le dé a otros instrumentos que no formen parte del SIDH, se realiza para poner en contexto la protección que le otorga el sistema regional a un derecho en particular. Dicha actividad no puede limitar o restringir de ninguna manera un derecho que goce de mayor protección en SIDH, lo cual, va de acuerdo con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En otra oportunidad, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-16-99 del 1 de octubre de 1999, sobre el Derecho a la información de la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, solicitado por los Estados Unidos Mexicanos, determina lo siguiente

El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos esta fundado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo¹⁸¹.

El objetivo de la interpretación de otros instrumentos de derechos humanos es aplicar la norma más favorable en la protección de los derechos de la persona humana, lo que se demuestra con los criterios supra citados de la Corte IDH respecto a la aplicación e interpretación de otros cuerpos normativos internacionales.

Ahora bien, los casos que son llevados ante la Corte IDH constituyen jurisprudencia en el tanto sean resueltos. A su vez, las opiniones consultivas responden a la facultad interpretativa de la Corte para con los instrumentos como la Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, se

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “*Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985*”. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica:15 consultada el 08 de abril, 2021 https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

¹⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “*Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*”. Solicitada por los Estados Unidos de México: consultada el 08 de abril, 2021:66 https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

ha puesto en tela de duda el carácter vinculante de estas decisiones y criterios en aquellos Estados que no hayan formado parte del proceso, situación que ha sido resuelta en los casos ya antes mencionados.

Cabe agregar, que la Corte IDH en el caso *Gelman vs Uruguay* aborda el contexto al cual se hizo referencia anteriormente. Sobre si son o no vinculantes las interpretaciones y decisiones de la Corte IDH en la que un Estado no haya formado parte, afirma que

(...) en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana¹⁸².

Ello significa que la obligación de aplicar el control de convencionalidad corresponde a todos los órganos e instancias del Estado firmante de la Convención Americana de Derechos Humanos, a la práctica del Poder Judicial y el Poder Legislativo; pero además, sobre el aspecto que nos concierne, dicha jurisprudencia menciona que los Estados, aun cuando no sean parte de la opinión consultiva, se encuentran igualmente obligados por formar parte del Convención Americana de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad puede llegar a confundirse con el control de constitucionalidad; sin embargo, este último es aplicable a lo interno de cada ordenamiento. Al respecto Vicente Gudiel y Véliz Arriaga (2016) consideran que

¹⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “*Caso Gelman vs. Uruguay. (Supervisión de cumplimiento de sentencia)*”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Este control protege y salvaguarda a la normativa constitucional, contra toda aquella norma que viole, tergiverse, restrinja o disminuya los derechos humanos reconocidos en la Constitución¹⁸³.

Cabe agregar que el tribunal encargado de hacer una revisión de la constitucionalidad de la norma recae únicamente en el Tribunal Constitucional como órgano especializado en el seno del ordenamiento jurídico de un sistema democrático. La actividad del juez ordinario ha de ser llevar a consulta aquellas normas que considere son contrarias a la Constitución Política y los instrumentos, Convenios y Tratados, ratificados por el país.

Es menester indicar que entre el sistema de control de constitucionalidad y el control de convencionalidad existe la característica particular que uno subsume al otro, o bien aplica supletoriamente las disposiciones del SIDH.

Sobre las diferencias entre ambos, se tiene que el control de constitucionalidad busca armonizar la norma interna con la Constitución y se da a instancia de parte; mientras que el control de convencionalidad tiene el fin armonizar el derecho interno con el internacional, e insta a los jueces y a todas las autoridades a realizar un control *ex officio*.

Empero, para el interés de esta investigación se analiza el control de convencionalidad que permite determinar la obligación que recae en los Estados para el cumplimiento de los derechos consagrados por los tratados y convenciones del SIDH. Asimismo, de aquellos que brinden mayor protección a la persona, y los instrumentos internacionales que han servido de base para las disposiciones en materia de derechos humanos, emitidas dentro del SIDH.

Por tanto, no cabe duda de que el objetivo del control de convencionalidad es complementar la legislación interna con la internacional. Se convierte entonces en la posición ideal para las lagunas y las antinomias, lo que le permite a los Estados superarlas aplicando el control de convencionalidad.

¹⁸³ Juan Arnulfo Vicente Gudiel y Leslie Argentina Véliz Arriaga, "Reflexiones sobre el ejercicio del Control de Convencionalidad en Guatemala", *Revista IIDH*, N°64 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-diciembre 2016):75.

Sección II: Control Difuso de Convencionalidad

El aporte doctrinario ha definido al control de convencionalidad como la herramienta a disposición de los Estados para la aplicación e interpretación de sus normas internas con fundamento en los *corpus iuris* de derechos humanos, en especial atención a los del SIDH.

Esta encuentra su fundamento en que la actividad de los Estados sea conforme a lo anterior, como punto medular en la obligación, según el artículo 26 de la Convención de Viena, relativo al principio de derecho internacional *pacta sun servanda*, a nivel regional en los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en algunos otros del Estatuto de la Corte mencionados con anterioridad en el presente capítulo.

Conforme ha evolucionado la Corte IDH, así lo ha hecho el control de convencionalidad; pues en un primer momento era una actividad exclusiva de la misma corte, en el sentido de que solo a este órgano judicial le competía revisar el cumplimiento de todos los compromisos contraídos por los Estados en materia de derechos humanos que pertenecen al SIDH.

Esta evolución ha permitido llegar al control difuso de convencionalidad en donde la Corte IDH, a través de sus sentencias, insta al Poder Judicial de cada Estado y a sus demás autoridades, a que en el ejercicio de sus funciones hagan una revisión de los instrumentos de derechos humanos del SIDH, así como de aquellos que han servido como parámetro para la creación de los Convenios y Tratados de derechos humanos vigentes en la región; es decir cuerpos normativos internacionales de derechos humanos. Esta extensión al criterio de control de convencionalidad será abordada en esta sección.

Al respecto Camarillo Govea y Rosas Rábago (2016) señalan lo siguiente

El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de todas las autoridades nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte que interpreta ese *corpus iuris interamericano*. Dicho control

implica reconocer la relevancia y la pertenencia de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico¹⁸⁴.

Por lo anterior, las autoridades públicas de un Estado en el ejercicio de sus funciones deben de observar los *corpus iuris* sometidos a conocimiento de la Corte IDH, los principios y derechos humanos que se encuentran en otros instrumentos internacionales a los que también el Estado se ha obligado, y puede por ende, limitarse esa función al Poder Judicial, los Tribunales Constitucionales o bien al ejercicio de la Corte IDH.

Al respecto, la Corte IDH se refirió por primera vez de manera directa al control de convencionalidad en el caso “Caso Almonacid Arellano vs Chile” en la sentencia del 24 de septiembre del 2006, al establecer que en el ámbito interno los operadores de justicia deben revisar si las normas internas que entran a su conocimiento son compatibles con las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸⁵.

Sobre quienes están obligados a hacer el estudio de compatibilidad, interpretación y aplicación de las normas internas conforme a lo establecido en los cuerpos normativos internacionales de derechos humanos, dicha Corte, meses más tarde, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” en la sentencia del 24 de noviembre del 2006, toma nuevamente lo establecido en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, y en suma indica que el Poder Judicial ha de aplicar el control de convencionalidad *ex officio*, aun cuando no haya sido manifestado por las partes en el proceso¹⁸⁶.

Ante este criterio, queda claro que para la Corte IDH, la mera existencia de normas de protección de derechos humanos en el ámbito interno no significa *per se* que se garantizan en la aplicación

¹⁸⁴ Laura Alicia Camarillo Govea y Elizabeth Nataly Rosas Rábago, “El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos”, *Revista IIDH*, N°64 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-diciembre 2016):131.

¹⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*”. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Véase el párrafo 124.

¹⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*”. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Véase el párrafo 128.

los derechos humanos. Por tal motivo, en el “Caso Radilla Pacheco vs. México”¹⁸⁷ del 23 de noviembre del 2009 insta a los Estados a realizar prácticas tales como el control de convencionalidad para buscar el pleno goce de los derechos humanos entre sus ciudadanos, debido a que esta herramienta subsana las lagunas y antinomias del ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido, la sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México del 26 de noviembre del 2010, aborda la obligación de todas las autoridades, jueces, y órganos que se encuentren vinculados a la administración de justicia, a aplicar lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos. Los demás instrumentos del SIDH, así como las interpretaciones de la Corte IDH hechas a ellos, deben hacerse *ex officio* y de carácter obligatorio como ya ha venido mencionando la misma Corte IDH, por lo establecido en la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

Todos los casos en mención sirven de fundamento para llegar al tratamiento que le da la Corte IDH al control difuso de convencionalidad. En la supervisión del cumplimiento de sentencia del caso Caso Gelman vs. Uruguay del 20 de marzo del 2013, la Corte IDH manifiesta que todas las autoridades públicas, sus órganos, las instancias democráticas, así como los que se encuentran vinculados a la administración de justicia, están en la obligación de aplicar el control de convencionalidad respecto a los *corpus iuris* del SIDH, y los demás tratados internacionales de derechos humanos a los que se ha obligado¹⁸⁸.

Es entonces, en el caso mencionado, cuando la Corte IDH aborda de manera más completa el control difuso de convencionalidad, ya que incluye no solo a los órganos judiciales, sino a todas las autoridades del Estado, por lo que ya la obligación de aplicarlo no cabe solo en la esfera judicial.

El cambio de control de convencionalidad concentrado a uno difuso se debe a la búsqueda de la mayor protección de los derechos humanos, sin que ello implique un trámite largo y exhaustivo. Este control difuso de convencionalidad, desde su carácter de complementariedad, puede ser visto como la máxima aplicación del principio *pro homine*.

¹⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “Caso Radilla Pacheco vs México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Véase el párrafo 338.

¹⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. “Caso Gelman vs. Uruguay. (Supervisión de cumplimiento de sentencia)”. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. Véase el párrafo 69.

Para Hallivis Pelayo (2017) existen dos tipos de control difuso, aquel que se da en un sentido amplio y busca aplicar una plenitud hermética entre el derecho interno y los instrumentos de derechos humanos, y por otro lado, el que se da en un sentido estricto, que al contrario del primero, utiliza aquella interpretación que se adecue a lo establecido dentro de la propia constitución, y cuando esto no pueda darse, se inaplica la ley en cuestión.

Ahora bien, el control difuso de convencionalidad ha de tener ciertas características. Ferrer Mac-Gregor (2011) señala las siguientes:

- a. Carácter “difuso”: todos los jueces nacionales “deben” ejercerlo¹⁸⁹.

Esta característica se refiere a lo visto en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en donde todos los órganos judiciales tienen el deber de aplicar el control de convencionalidad en el ejercicio de sus funciones, y adoptar los instrumentos de derechos humanos bajo un carácter supraconstitucional.

- b. Intensidad del “control difuso de convencionalidad”: de mayor grado cuando se tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general¹⁹⁰.

La intensidad se determina por la facultad de los jueces de armonizar el derecho interno y el internacional de derechos humanos, y su capacidad de inaplicar una norma que vaya contra la propia Constitución Política. Esto solo se puede dar en los sistemas en que se permita el control de constitucionalidad difuso. Cuando exista un control de constitucionalidad concentrado, la intensidad será disminuida pero no significa que no podrá inaplicar una ley que contraría los derechos humanos.

- c. Debe ejercerse “de oficio”: sea invocado o no por las partes¹⁹¹.

El carácter de oficio al que se hace referencia es aquel consagrado en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, que responsabiliza a los jueces a traer al proceso aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos que brinden una mayor protección a las personas, sin que estos hayan sido invocados por las partes.

¹⁸⁹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*", *Boletín mexicano de derecho comparado* 44, N°131 (mayo-agosto, 2011):301.

¹⁹⁰ *Ibid.*, 307.

¹⁹¹ *Ibid.*, 312.

d. Parámetro del “control difuso de convencionalidad”: El “Bloque de Convencionalidad”¹⁹².

Al respecto, como hace alusión la Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, todos los jueces nacionales aun cuando no ejerzan la función de control de constitucionalidad, deben observar y aplicar el *corpus iuris* del SIDH. Asimismo, la Corte IDH considera que las interpretaciones que se emitan están sujetas al control de convencionalidad, al igual que toda la jurisprudencia, aun cuando el Estado no haya formado parte del proceso, este tribunal interamericano ha fundamentado algunos fallos en la interpretación a otros cuerpos normativos internacionales de derechos humanos, a lo que los Estados también se han obligado.

e. Efectos del “control difuso de convencionalidad”: retroactivos cuando sea necesario para lograr la plena efectividad del derecho o libertad¹⁹³.

En lo concerniente a esta característica, el autor hace referencia a que se deben desaplicar aquellas leyes o interpretaciones que no sean conforme a las obligaciones adquiridas por el Estado en la ratificación de instrumentos de derechos humanos. Sin embargo, se debe analizar si dentro del ordenamiento jurídico de ese Estado se permite efectos *ex nunc* (hacia el futuro) o *ex tunc* (hacia el pasado). Ante este aspecto, no queda claro el manejo de la temporalidad de los efectos sobre la norma inconvencional.

f. Fundamento jurídico del “control de convencionalidad”: el Pacto de San José y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹⁴.

Si bien el abordaje del control de convencionalidad aparece en la Corte IDH, bajo el principio de buena fe y el de *pacta sun servada* contraídos en la Convención de Viena, es deber y obligación de los Estados cumplir con lo pactado. Dicha obligación, como ha mencionado la Corte IDH en su jurisprudencia, no queda limitada a los órganos judiciales; sino que se extiende a todas las autoridades nacionales en el ejercicio de sistema democrático.

Estas características concretan lo que se ha expuesto hasta el momento en el presente capítulo, retomando el valor y la importancia del control difuso de convencionalidad como parte de las necesidades actuales de los ordenamientos jurídicos.

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "*Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*":316.

¹⁹⁴ Ibidem.

Así las cosas, el criterio compartido en esta oportunidad es que el control difuso de convencionalidad concreta los objetivos del SIDH, de los *corpus iuris* de derechos humanos internacionales que buscan una armonía y una aplicación de todas sus disposiciones, de tal manera que no exista disposición contraria sobre la aplicación y alcance del derecho humano en cuestión, ya que ellos hacen posible que las personas tengan pleno goce y disfrute de sus derechos.

Sección III: Tratamiento del Control Difuso de Convencionalidad en Costa Rica

Las aproximaciones sobre el control de convencionalidad a nivel internacional, permiten abordar en la presente sección el tratamiento que se le da dentro del ordenamiento jurídico costarricense, tanto normativo como jurisprudencial, prestando especial atención a aquellas sentencias que guardan relación con el objeto y la población de estudio de esta investigación.

El carácter optado sobre el control de convencionalidad en la aplicación a principios internacionales tales como *pro homine* y *pro libertatis*, reconoce la importancia que en el ámbito interno de cada país, se adecuen las sentencias y otras decisiones de acatamiento general conforme a las obligaciones contraídas en los instrumentos internacionales adoptados.

Para el control difuso de convencionalidad se requiere que los órganos con facultades jurisdiccionales y todas las demás autoridades del Estado, incorporen las normas de derecho internacional; principalmente las de derechos humanos, al haber jurídico nacional. Para algunos juristas como Ferrajoli (citado por Chacón Mata, 2016)

(...) las garantías en un Estado de derecho parten de lo que Ferrajoli ha denominado como (sic) la mutación del positivismo jurídico clásico sujeto al principio de legalidad, por un Estado constitucionalista como nuevo paradigma del derecho. En esta última condición, se gesta un nuevo paradigma, al ensanchar el haz de posibilidades de garantizar los derechos

de justiciables y en los que serían de recepción interna, las convenciones o tratados internacionales de derechos humanos¹⁹⁵.

En concordancia con lo anterior, tal parece que Ferrajoli (2016) roza lo determinado por el control de convencionalidad, y reconoce que forma parte de la mutación a la que el Estado ha de llegar. Para efectos de la presente investigación, se considera que en lugar de mutar, el ordenamiento jurídico actúa conforme al principio de progresividad, debido a que la actividad de los aplicadores del derecho y de los legisladores trata de ir avanzando positivamente en la protección de los derechos humanos.

Asimismo, Haideer Miranda (2017) ha llamado esa mutación como internacionalización del derecho constitucional y más recientemente como la constitucionalización del derecho internacional. Sobre el primero aduce que se da cuando se incluye el derecho internacional dentro del derecho constitucional; en tanto que al segundo lo reconoce como la aceptación tácita, expresa y voluntaria de los derechos humanos como derechos de rango constitucional¹⁹⁶.

El problema principal de la aplicación del control difuso de convencionalidad en el país tiene relación con las condiciones o supuestos en los que surge. Chacón Mata (2016) menciona tres supuestos o precondiciones

1. Autodeterminación.
2. El Estado de Derecho.
3. La democracia¹⁹⁷.

Estas hacen posible la puesta en práctica del control difuso de convencionalidad tal y como la Corte IDH, en la evolución histórica ha dictado; sin embargo, cabe la excepción de que esta aplicación debe darse dentro del límite de posibilidades, las cuales están relacionadas a la Constitución Política de cada país.

¹⁹⁵ Alfonso Chacón Mata, "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en las Jurisdicciones Centroamericanas: Pautas y Principios Interpretativos para la Convención Internacional de Trabajadores Migrantes y sus Familias", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Número monográfico extraordinario (2016):51

¹⁹⁶ Haideer Miranda Bonilla "El Control de Convencionalidad: una visión desde el ordenamiento jurídico de Costa Rica", *Revista da PGBC* 11, N°1 (Brasilia, 2017):213, consultado el 11 de abril, 2021, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38102.pdf>

¹⁹⁷ Alfonso Chacón Mata, *Op.Cit.*, 53.

Las autoridades costarricenses, en especial la Sala Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, no han encontrado un punto de reconocimiento del control difuso de convencionalidad. En algunas sentencias se aplica la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales que brindan mayor protección al ser humano; pero en otras han optado por omitir, y no aplicar una norma internacional, lo que genera incertidumbre jurídica.

Por tal motivo, para una mejor comprensión resulta importante referirse en el siguiente apartado al manejo normativo del control difuso de convencionalidad, así como el tratamiento jurisprudencial.

1. Tratamiento normativo

En este apartado se analizarán los artículos que, de forma directa o indirecta, mencionan la posibilidad de la aplicación del control de convencionalidad en Costa Rica, con el fin de resguardar los derechos humanos de todas las personas.

En este apartado se considerarán las leyes y normas que sirven de sustento para determinar cuál es el valor que se le da al control difuso de convencionalidad dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

Antes de entrar en conocimiento de las leyes y normas, cabe agregar que muchas de ellas encuentran su interpretación en razonamientos fundados y emitidos por la Sala Constitucional, los cuales serán abordados posteriormente y no en este apartado.

1.1. Constitución Política

A partir de la Constitución Política de 1949, el sistema costarricense ha señalado diferentes tipos de control constitucional tomando en consideración aspectos políticos y jurídicos. Se empieza por reconocer el nivel privilegiado que goza la Constitución por sobre el resto de las normas, lo que conlleva a la obligatoriedad que los juristas y los mismos legisladores, han de observar en primer lugar esta norma jurídica por sobre las demás. En la Constitución es donde se encuentran los mecanismos de defensa para la protección de sus derechos, así como los deberes que se tiene que cumplir como persona ciudadana del Estado.

Al respecto de esta supremacía de norma jurídica, Jurado Fernández (citado por Orozco Solano, 2017) considera que la primera oportunidad cuando la Constitución Política de Costa Rica hace mención del rango superior que tiene con respecto a las demás normas jurídicas, fue en 1859, propiamente en el artículo 11 que rezaba,

Toda ley, decreto u orden, ya emane del Poder Legislativo, ya del Ejecutivo, es nula y de ningún valor siempre que se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleados conferidos sin los requisitos previamente por la Constitución o las leyes¹⁹⁸.

Se constata, por ende, que la voluntad del constituyente antes de la Constitución Política de 1949 era dotarle de supremacía para que ninguna norma fuera superior a ella; sin embargo, el desarrollo social también conlleva a un desarrollo normativo y doctrinario que incide directamente en la Constitución donde se incorporan nuevos criterios al respecto de los niveles del ordenamiento jurídico nacional.

En primer lugar, se debe mencionar el artículo 7 de la Carta Magna donde se aborda el principio de jerarquía de las leyes, e indica que aquellos instrumentos internacionales aprobados por Costa Rica tendrán un valor superior a las leyes internas¹⁹⁹.

La Sala Constitucional ha conocido en diferentes momentos los alcances de este artículo y concluye que en el tanto los instrumentos de protección de derechos humanos sean regionales o internacionales, tienen un rango superior a la propia Constitución Política, mientras estos otorguen mayor protección y mayores derechos. Estos criterios de la Sala serán profundizados adelante.

No obstante, en relación con el control difuso de convencionalidad se desprende del artículo 7 el valor que tienen los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, al procurar el máximo respeto a los principios *pro homine* y *pro libertatis*, que son congruentes con las obligaciones internacionales a los cuales Costa Rica se ha sometido voluntariamente. Por lo tanto, el respeto y la garantía constitucional de otorgarle a estos

¹⁹⁸ Víctor Orozco Solano, "Justicia Constitucional y Convencional", 1a ed. (San José, Costa Rica: IJSA, 2016),34.

¹⁹⁹ "ARTÍCULO 7º.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes..." Constitución Política de Costa Rica.

instrumentos jurídicos internacionales un valor supraconstitucional deriva del principio de buena fe y el de *pacta sun servanda*.

Contrario a lo anterior, Hernández Valle (citado por Salón Piedra, 2015) considera que

“La Sala Constitucional, sin embargo, y de manera equivocada, ha sostenido reiteradamente que "los instrumentos de Derecho Humanos (...) privan por sobre la Constitución"(...)en la especie no se produce una superposición **de los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos respecto de la Carta Política**, sino más bien una complementación del texto constitucional **en la medida en que ellos prevean una normativa garantística (sic) más amplia que la segunda**"²⁰⁰. (la negrita es del original)

Lo expuesto por Hernández Valle, es contrario a lo ya indicado por la Corte IDH, así como por la misma Sala Constitucional en diferentes oportunidades, y por lo tanto difiere del presente trabajo, a razón de que ha quedado claro que el reconocimiento que le da la Constitución Política, así como la Sala Constitucional al control de convencionalidad radica en el respeto a los principios internacionales *pacta sun servanda*, buena fe, principio *pro homine* y *pro libertatis*, y en consecuencia contribuye a la construcción del Estado Social, Democrático y Convencional de Derecho.

Este criterio puede caer en una discusión sobre el control de constitucionalidad; sin embargo, para los efectos de esta investigación no se precisa entrar en detalle, aunque se debe reconocer que la Sala Constitucional, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Política es el único órgano que tiene la autoridad para declarar la inconstitucionalidad de una norma por ser contraria a la misma o bien a los instrumentos internacionales que el país ha ratificado; de igual modo está autorizada para conocer sobre consultas de reforma constitucional y aprobación de cuerpos normativos internacionales²⁰¹.

²⁰⁰ Juan Diego Salón Piedra, “Control de convencionalidad: ¿Es posible un sistema de aplicación difuso dentro del ordenamiento jurídico costarricense?” (Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015), 91.

²⁰¹ “ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.

Le corresponderá además:

a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley.

Si bien es la Sala Constitucional el único órgano facultado para llevar a cabo declaraciones de inconstitucionalidad, la doctrina costarricense ha llegado a concluir que los jueces ordinarios están facultados a desaplicar una norma jurídica cuando represente una clara violación a un derecho humano, o bien, cuando sea insuficiente para la protección de los derechos de la persona, y, por el contrario, la norma internacional acoja de mejor manera el derecho humano.

Relacionado con ello, Llobet Rodríguez (citado por Díaz Sánchez, 2016) menciona que (...) existe una posición de la doctrina costarricense que faculta al juez ordinario a desaplicar la norma cuestionada por ser contraria al contenido de la convención, ya que se parte del punto de que si el juez no tiene duda al respecto, debe desaplicarla, pero si existe esa duda, es necesario acudir al ente constitucionalmente legitimado, es decir, la Sala Constitucional²⁰².

Esta afirmación guarda relación con la opinión sostenida en el presente trabajo de investigación. Si bien se entiende que desde la Constitución Política de 1949 existe un control concentrado de constitucionalidad, este no interfiere en que las autoridades del Estado, principalmente los operadores de justicia, apliquen el control de convencionalidad. Eso lo ha hecho ver la Sala Constitucional en algunas sentencias que se analizarán en el apartado siguiente, donde utiliza como criterio las decisiones de la Corte IDH que insta - obliga- a que todas las autoridades públicas del Estado actúen y tomen decisiones conforme a lo indicado por ella en diferentes sentencias; así como las interpretaciones a los instrumentos de derechos humanos del SIDH, en igual sentido del *corpus iuris* internacional que sirvió de base para la consagración de los instrumentos regionales, y de aquellos que protejan en mayor medida los derechos humanos de las personas, sin que contengan limitaciones más restrictivas que las indicadas por el SIDH, la Corte IDH, o el mismo ordenamiento interno de cada Estado.

b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley.” Constitución Política de Costa Rica.

²⁰² Roberto J. Díaz Sánchez, "El control de convencionalidad. Una tarea pendiente para el proceso penal costarricense. El caso de la peligrosidad y las medidas de seguridad":12.

En el mismo orden de ideas, el artículo 11 del mismo cuerpo legal delimita la acción a la que están facultadas las personas que ejercen una función pública al indicar que están obligados a cumplir con los deberes dispuestos por ley y no pueden arrojar facultades que no son propias de su cargo²⁰³.

La Constitución Política también le atribuye a la Sala Constitucional el conocimiento de todas las acciones referentes a *habeas corpus* y recursos de amparo; facultad establecida por el artículo 48 de este cuerpo legal. En suma, menciona que el objetivo es “mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”²⁰⁴.

Aunque la misma Constitución hace referencia indirecta al control de convencionalidad, su aplicación está limitada únicamente para la Sala Constitucional, por lo que no se estaría prestando atención a lo decisiones emitidas por la Corte IDH al respecto de que el control de convencionalidad debe de ser utilizado por todas las autoridades, es decir debe darse un control difuso de convencionalidad.

Del análisis de los artículos mencionados, se desprende que la misma Constitución Política otorga un rango supraconstitucional a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, no solo a través del artículo 7, sino también del 48 por considerarse una norma especial para la aplicación del cuerpo normativo internacional, siempre y cuando estos otorguen mayores derechos que los consagrados en el ordenamiento jurídico costarricense, incluyendo la misma Constitución Política.

1.2. Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC)

A partir de la reforma de 1989 a la jurisdicción constitucional, y la creación de la Sala Constitucional de Costa Rica, surge la Ley N°7135 del 05 de octubre de 1989. Con ella se da un paso importante en la historia del sistema judicial costarricense, otorgándole

²⁰³ Artículo 11.-Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes...” Constitución Política de Costa Rica.

²⁰⁴ Constitución Política de Costa Rica, art. 48.

competencia a este tribunal constitucional, según el artículo 10 de la Constitución Política, para conocer cuestiones sobre constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, normas y demás acciones de las autoridades públicas y privadas que vayan contra el ordenamiento jurídico del país. Además, se encarga de resolver cuestiones de *habeas corpus*, recursos de amparo e interpretación de los convenios y tratados de derecho internacional vigentes en Costa Rica de conformidad con el artículo 48 de la Carta Magna, que en ese entonces traía a colación el principio de supremacía constitucional.

Si bien el artículo 10 de la Constitución Política determina los alcances de la Sala Constitucional, en los correspondientes a la LJC que se mencionan a continuación, se podrá analizar de mejor forma la actividad de la jurisdicción constitucional en el país.

El artículo 1 de la LJC hace referencia a aspectos generales sobre los que versa la ley, e indica que su objeto es “(...) garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”²⁰⁵.

Como se puede observar, establece que dentro de la jurisdicción constitucional se aplicarán no solo las disposiciones de la Constitución Política, sino que lo extiende hacia los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En lo concerniente a las funciones, menciona el artículo 2 de este cuerpo legal, que se debe procurar que a través de los recursos de amparo y *habeas corpus* se establezca una tutela efectiva de los derechos consagrados en la Constitución Política y en el *corpus iuris* internacional de derechos humanos; lo cual se relaciona con el punto segundo que se refiere al control de constitucionalidad, y por último puede entrar a conocer conflictos entre los poderes, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, y otros aspectos que les exija su cargo.

²⁰⁵ Asamblea Legislativa, "Ley N°7135 Ley de Jurisdicción Constitucional: 05 de octubre de 1989" *La Gaceta N°198* (19 de octubre, 1989) y en su fe de erratas de *La Gaceta N°212* de (9 de noviembre, 1989): artículo 1, SINALEVI (consultado el 12 de abril del 2021)

De estas funciones se puede apreciar que la presente ley aborda el ya mencionado control de constitucionalidad concentrado, donde solo la Sala Constitucional tiene la competencia para conocer cuestiones de inconstitucionalidad, así como de los recursos que caben de acuerdo con el artículo 2. En igual sentido, el artículo 4 hace también referencia al mismo.

Por otra parte, el deber otorgado por ley que se le da a la Sala Constitucional, es confrontar las leyes, convenios, tratados, o cualquier otra norma, con la Constitución Política, con el objetivo de determinar si esta se infringe o no, así como sus principios constitucionales, tal como lo indica el artículo 3 de la LJC. Esta facultad de confrontación e interpretación puede darse a través de las consultas que hagan los jueces ordinarios con respecto a diferentes cuerpos normativos; como bien lo indican los artículos 102 y 103 del mismo cuerpo legal, en observancia a los requisitos indicados en el numeral 104.

Al respecto de las jurisprudencias emitidas por esta sala, el artículo 13 referencia a que será *erga omnes*, salvo para sí misma, lo que significa que en todas las esferas de la sociedad, sea el administrador, o el mismo juez, deben de ser consecuentes con lo dicho por la Sala Constitucional.

La Sala Constitucional se rige por lo establecido en la Constitución Política, y en segundo lugar por las demás leyes. No obstante, cuando existan lagunas o antinomias en el mismo ordenamiento interno, deberá de observar otras normas de Derecho Internacional o Comunitario, fundamentado en el artículo 14 de la LJC, lo cual parece establecer una limitación al control de convencionalidad del cual se ha hecho mención a lo largo del presente capítulo.

La jurisdicción constitucional en Costa Rica está sometida a la Sala Constitucional desde 1989, le concede la máxima supremacía en materia constitucional a esta Sala, de igual forma indica que le corresponde, como máximo órgano, el deber de analizar la normativa interna costarricense en función de la Constitución Política y en suma, hacer confrontar el ordenamiento jurídico costarricense con los convenios y tratados ratificados por el país, así dispuesto en los numerales mencionados de la Ley de Jurisdicción Constitucional (LJC).

Queda de manifiesto, que según la presente ley, Costa Rica se rige por un modelo concentrado de justicia constitucional, el ejercicio de derechos y libertades se deben al

actuar de la Sala Constitucional en su función de confrontar las leyes internas en conjunto con los tratados y convenios de los que forma parte el país, refiriéndose al control de convencionalidad,

1.3. Código Civil

Si bien, es la Constitución Política el instrumento de carácter *supra* en la adopción de derechos y deberes de las personas en territorio nacional, así como la LJC quien faculta a un solo órgano como el encargado de velar por la jurisdicción constitucional; en el Código Civil se encuentra como norma escrita el deber y obligación de cual deben ser consecuentes las personas en el ejercicio de sus acciones privadas.

En este sentido, el numeral 1 indica lo siguiente

Las fuentes escritas del ordenamiento jurídico privado costarricense son la Constitución, los tratados internacionales debidamente aprobados, ratificados y publicados, y la ley. La costumbre, los usos y los principios generales de Derecho son fuentes no escritas del ordenamiento jurídico privado y servirán para interpretar, delimitar e integrar las fuentes escritas del ordenamiento jurídico²⁰⁶.

Por tal motivo, otorga un carácter importante a aquellas normas internacionales aplicables para Costa Rica, es decir que han pasado por los requisitos necesarios para entrar a regir en el territorio nacional. Así lo indica el artículo 5 del mismo cuerpo legal, pues con el fin de garantizar el máximo respeto deben ser observadas las disposiciones consagradas en el *corpus iuris* internacional. Ante esta afirmación, la Sala ha creado jurisprudencia al respecto que será abordada posteriormente.

Continúa indicando en el artículo 9, el valor que tiene la jurisprudencia para integrar el ordenamiento jurídico en relación con la doctrina. Es menester indicar que dicho artículo pretende que las decisiones reiteradas de las salas sean tomadas en cuenta en el momento

²⁰⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "Código Civil". Ley 63 del 28 de setiembre de 1887, vigente a partir del 01 de enero de 1888. San José, Costa Rica, art. 1.

de aplicar la ley, la costumbre o bien los principios generales del Derecho, lo cual es consecuente con lo anteriormente indicado.

El Código Civil supra citado, en su artículo 10, refiere que las normas solo podrán aplicarse “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas”²⁰⁷. Se entiende que la interpretación debe ir seguida por la misma evolución y tratamiento que se le da a la norma conforme trascurren los años, haciendo una breve alusión al principio de progresividad, el cual muchas veces subyace a partir de las decisiones jurisprudenciales adoptadas por las salas.

1.4. Ley General de Administración Pública

La Ley General de Administración Pública (LGAP) forma parte del cuerpo de leyes que sustentan el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, cuya aplicación dentro del Derecho Público en el país toma en cuenta lo ya indicado por la Carta Magna, por ello resulta importante abarcarlo.

En el artículo 6 de la LGAP se indica el rango legal que tienen las normas en el ordenamiento jurídico costarricense, y por ende en la jurisdicción administrativa.

- a) La Constitución Política;
- b) Los tratados internacionales y las normas de la Comunidad Centroamericana;
- c) Las leyes y los demás actos con valor de ley;
- d) Los decretos del Poder Ejecutivo que reglamentan las leyes, los de los otros Supremos Poderes en la materia de su competencia;
- e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados; y

²⁰⁷ Código Civil, art. 10.

f) Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas²⁰⁸.

En el inciso b) del presente artículo se encuentran los tratados internacionales como fuente aplicable a la jurisdicción administrativa; es decir, los aplicadores de justicia en materia deberán de tomar decisiones conforme a los tratados aplicables para Costa Rica, buscando siempre el mayor bienestar de la persona.

En el mismo sentido que los otros cuerpos normativos del ordenamiento jurídico costarricense citados, indica en su artículo 7 el valor que tienen las fuentes no escritas como instrumentos necesarios para la interpretación e integración; y en su inciso 2 señala que “cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley”²⁰⁹.

La Ley General de Administración Pública resguarda intereses tanto legítimos como derechos subjetivos de la administración y de los administrados, no hace distinción alguna entre nacionales o extranjeros; por tal motivo, no puede ser ajena a las normas del ordenamiento jurídico, jurisprudencia, ni a las decisiones optadas por Cortes Internacionales de las que Costa Rica forma parte.

1.5. Ley Orgánica del Poder Judicial

Las personas administradoras de justicia costarricense están sujetas a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), cuerpo normativo donde se establecen las facultades y limitaciones que tienen los funcionarios judiciales en la aplicación de normas, leyes, reglamentos, tratados y convenios internacionales, así como la propia Constitución Política. La misma ley hace referencia al control de constitucionalidad, limitando el accionar de interpretación e integración a la Sala Constitucional, señalado en su artículo 8.

Artículo 8.- Los funcionarios que administran justicia no podrán:

²⁰⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley General de la Administración Pública N° 6227 del 28 de abril de 1978. San José, Costa Rica, art. 6.

²⁰⁹ Ley General de Administración Pública, art. 7.

1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país.

Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.

Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

2.- Aplicar decretos, reglamentos, acuerdos y otras disposiciones contrarias a cualquier otra norma de rango superior.

3.- Expresar y aun insinuar privadamente su opinión respecto de los asuntos que están llamados a fallar o conocer.

Aparte de la sanción disciplinaria que se impondrá al funcionario, el hecho deberá ser puesto en conocimiento del Ministerio Público.

4.- Comprometer u ofrecer su voto, o insinuar que acogerán esta o aquella otra designación al realizar nombramientos administrativos o judiciales. Se sancionará con suspensión a quien se compruebe ha violado esta prohibición.

Las prohibiciones establecidas en los incisos 3) y 4) son aplicables a todos los servidores judiciales, en el ejercicio de sus funciones²¹⁰.

De lo anterior se desprende que el legislador, en un primer momento, hace referencia a un control de constitucionalidad concentrado; en caso de duda los jueces y juezas ordinarias deben realizar la consulta sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma a la Sala Constitucional, es decir la jurisprudencia, mismo criterio que es sostenido en la LJC, y de igual forma por la Sala Constitucional en el voto N° 1185-95 de las catorce horas treinta y tres minutos del dos de marzo de mil novecientos noventa y cinco, que será analizado más adelante.

²¹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial". Ley 7333 del 05 de mayo 1993, vigente a partir del 01 de enero de 1994. Número de Gaceta: 124 del 01 de julio de 1993. Alcance: 24.

Sin embargo, en un segundo momento este mismo artículo se refiere a la existencia de una intención de abordar el principio de plenitud hermética del derecho; es decir, el juez y la jueza ordinaria estarían facultados para incorporar a sus decisiones, o bien desaplicar normas siempre y cuando se busque la mayor protección a los derechos de las personas. Este criterio se evidenciaba en el artículo 5 de la LOPJ, donde se obliga a los jueces y las juezas de la República y no solamente a los Magistrados Constitucionales, a resolver conforme a la plenitud hermética, por lo que no solo deberá observar las fuentes escritas, sino, además, las no escritas. En conclusión, esto faculta a los operadores de justicia para ejercer el Control de Convencionalidad²¹¹, en el tanto ya no se hablaría de un Control Concentrado de Convencionalidad; sino de un Control Difuso de Convencionalidad.

2. Tratamiento Jurisprudencial

Hasta este momento se han realizado las aproximaciones necesarias sobre el control de convencionalidad, tanto su concepto derivado de la doctrina y del tratamiento que le da la Corte Interamericana de Justicia en las diferentes jurisprudencias ya mencionadas, como las Opiniones Consultivas, por lo que ahora interesa saber ¿cuál es el abordaje que se le da en el ordenamiento jurídico costarricense? En este apartado se estudiarán los criterios utilizados por los juristas en Costa Rica en cuanto al control de convencionalidad.

Es necesario señalar que aun cuando el tema de la investigación se encuentre relacionado con los derechos laborales de las personas migrantes, la jurisprudencia a continuación pretende demostrar que los operadores de la justicia en Costa Rica han tomado en consideración el control de convencionalidad en diferentes temas; por lo que se considera que se toman las decisiones bajo el principio *iura novit curia, pro homine y pro libertatis* que sustentan los demás principios de Derecho Internacional que se han mencionado en esta investigación.

La interacción entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Costa Rica ha estado presente desde tiempo atrás. No obstante, a partir de la creación de la Sala Constitucional existe mayor interés en armonizar el ordenamiento

²¹¹ Véase al respecto el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

jurídico costarricense con aquellos tratados y convenios internacionales de derechos humanos.

Por tal motivo, la Sala Constitucional en la sentencia número 1147-90 comienza refiriéndose al valor de los Tratados y Convenios Internacionales en la Constitución Política.

Esto se confirma en una serie de principios y normas internacionales de derechos humanos que tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma, (reformado por la Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989). En la medida en que, conforme a lo expuesto, se encuentran implicados derechos fundamentales del actor, sus circunstancias, su conducta o sus méritos, cualesquiera que estos sean, nada tienen ni pueden tener que ver para su reconocimiento y garantía, porque tales derechos fundamentales lo son, por definición, de todo ser humano, por el solo hecho de serlo, en condiciones de igualdad y "(sin) discriminación alguna contraria a la dignidad humana"²¹².

De lo anterior se resalta el valor que le da la Sala Constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, considerando que tienen un rango similar a la Constitución Política. Ello se evidencia en el caso en particular que versaba sobre una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se mencionaba que aquella persona que hubiera cometido actos indignos no podía percibir su derecho a la jubilación y la pensión respectiva, y la misma Sala indica que los actos privados de los sujetos no pueden limitar un derecho humano como la jubilación. Para sustentar su decisión hace referencia a diferentes cuerpos normativos internacionales en materia de derechos humanos²¹³.

En el mismo sentido, la Sala Constitucional en las sentencias 5579-93²¹⁴ y 02313-1995²¹⁵, mantiene el mismo criterio sobre el valor de los instrumentos internacionales en el ordenamiento

²¹² Sentencia número 1147-90.

²¹³ Véase al respecto la sentencia 1147-90, Considerando V y VI.

²¹⁴ Sentencia número 5759-96.

²¹⁵ Sentencia número 02313-1995.

jurídico costarricense. Además agrega que en la medida en que estos instrumentos internacionales de derechos humanos “otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”²¹⁶. Sobre la última sentencia, la Sala indica que en caso de que tengan mayor protección estas normas internacionales sobre las costarricenses, no se debe aplicar el artículo 7 constitucional, debido a que en el numeral 48, como norma especial, se menciona los Tratados y Convenios que protegen los derechos humanos.

La sentencia 02313-1995 también hace referencia a la Opinión Consultiva OC-05/85 del 13 de noviembre de 1985²¹⁷ motivada por Costa Rica ante la Corte IDH, e indica la Sala que todas las decisiones, sean de carácter contencioso o consultivo de este órgano, son vinculantes para el país; por consiguiente, de acuerdo con la sentencia, la Sala Constitucional aborda el control de convencionalidad como una herramienta para alcanzar la mejor decisión en el caso que están conociendo y así hacer valer todos los derechos de la persona.

De manera más extensiva, y siguiendo la línea planteada por sus anteriores decisiones, la Sala Constitucional en 1998 con la sentencia 8858-1998 reconoce instrumentos internacionales que no se encuentran ratificados por el país. En un primer momento, esta sentencia aborda el principio de igualdad ante la ley, y luego, en razón del principio de dignidad humana al cual toda persona tiene derecho, trae a colación el Convenio 97 y el 143 de la OIT, que abordan los derechos de las personas trabajadoras migrantes. Esta sentencia resulta importante para la presente investigación debido a que sustenta nuestra tesis, en el sentido de que aplica el control de convencionalidad *ex officio* al incorporar instrumentos internacionales que no fueron manifestados por las partes, a pesar de que no se encontraban ratificados por Costa Rica; pero cuya interpretación es necesaria para proteger los derechos laborales de quien motiva el caso²¹⁸.

Esta sentencia se relaciona con la posición del licenciado Marcos Amador Tenorio quien considera que los instrumentos internacionales que no hayan sufrido el trámite para su aprobación en Costa Rica pueden ser aplicados por los operadores de la justicia.

Otro antecedente de especial importancia es la Resolución N° 9.687 de las 14:56 horas del 01 del año 2000 en el que la Sala Constitucional fue más allá de su anterior postura, por

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Véase al respecto la Opinión Consultiva OC-5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²¹⁸ Sentencia número 8858-1998.

cuanto sostuvo que **los instrumentos sobre derechos humanos, podrían ser aplicados, incluso cuando no hubieran cumplido con el trámite de aprobación dispuesto por la Ley Fundamental:**

“La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país.” (Subrayado y resaltado de Amador Tenorio)²¹⁹.

Vale la pena retomar el criterio que se ha venido sosteniendo, vinculado con lo expuesto por el licenciado Amador y la sentencia número 8858-1998, donde se coincide en que en el ejercicio del control de convencionalidad se deben revisar instrumentos internacionales de derechos humanos, aun cuando no se encuentren ratificados, en el tanto brinden mayor protección que aquella que otorga el ordenamiento jurídico costarricense. Esto no solo ocurre en la sentencia en cuestión, sino que se ejemplifica con la Declaración Universal de Derechos Humanos que no se encuentra ratificada; pero que debido a su carácter y su naturaleza en cuanto a la protección de derechos humanos no ha necesitado trámites constitucionales para su aprobación, y se ha convertido en un cuerpo normativo internacional de derechos humanos vinculante para Costa Rica.

Este criterio es compartido en la sentencia número 9685-2000²²⁰ de la Sala Constitucional en un proceso de Consulta preceptiva de Constitucionalidad que versaba sobre el proyecto de ley de

²¹⁹ Anexos, anexo número tres, ver sexta respuesta.

²²⁰ Sentencia número 9685-2000

aprobación del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. Esta sentencia utiliza el principio de primacía de norma más favorable, aborda el control de convencionalidad en su decisión, y menciona que este pretende integrar el ordenamiento jurídico local con las disposiciones del SIDH. En suma, tiene como objetivo que los jueces y Tribunales expulsen del ordenamiento jurídico nacional aquellas normas que sean contrarias.

Otro tanto cabe decir de las "Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos", de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense (...) ²²¹.

Significa, que incluso las opiniones o bien reglas que deriven de reuniones de Estados Miembros de organizaciones tales como la ONU, tienen fuerza normativa en el país. Esto coincide con lo mencionado en la sentencia número 2313-1995, decisión retomada en la resolución número 11002-2009 ²²² de la Sala Constitucional que señala nuevamente el valor de los cuerpos normativos de derechos humanos en el ordenamiento jurídico costarricense.

Si bien algunas de las sentencias de este apartado ya han sido mencionadas, el objetivo es retomar que las decisiones de la Sala Constitucional, desde su creación, han estado orientadas conforme al control de convencionalidad, procurando una plenitud hermética del derecho.

No obstante, el control de convencionalidad ha sido aplicado por tribunales diferentes a los constitucionales y en el caso de Costa Rica, de la Sala Constitucional. Por ende, es menester indicar la resolución 00147-2011 ²²³ del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección VI, en donde se hace referencia directa al control de convencionalidad al traer a colación los casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile y el de Cabrera García y Montiel Flores vs México, los cuales no solo mencionan la obligación de que todos los Estados apliquen lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que también indican que

²²¹ Sentencia 9685-2000

²²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Amparo: Resolución 11002-2009 del 10 de julio de 2009*, 10:35 horas (expediente 08-007880-007-CO).

²²³ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección VI, *Proceso de Conocimiento: Resolución número 00147-2011 del 28 de junio de 2011*, 11:28 horas (expediente 09-000091-1027-CA)

(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos²²⁴.

Estos hacen alusión al control difuso de convencionalidad, ya que consideran que la labor de confrontar el ordenamiento jurídico con los instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos no solo les corresponde a los jueces de tribunales constitucionales, sino que tiene ser un deber de todos los jueces que se encuentren vinculados a la Administración de la Justicia. Este criterio es tomado en cuenta en el Considerando octavo de la resolución en cuestión 00147-2011. A partir de esta resolución y hasta la fecha, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda aplican el control de convencionalidad en su tipo difuso según se desprende de la lectura anterior.

Consecuente con esta resolución, se encuentra la número 00112-2012²²⁵ del mismo Tribunal, que toma en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH y considera lo siguiente

Quede sentado que tanto la jurisprudencia como las opiniones consultivas de la Corte Interamericana forman parte del sistema jurídico costarricense y son vinculantes en la interpretación y aplicación de los alcances, contenido y límites de los derechos humanos, según lo señaló la Sala Constitucional (...) Dentro de esa idea de protección, desarrollo y expansión, la Corte creó en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (sentencia de 26 de septiembre de 2006) lo que se conoce como *control de convencionalidad*, cuyo fundamento está en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional, en el sentido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas por ese derecho de buena fe y sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, según la regla del artículo 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados²²⁶.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección VI, Proceso de Conocimiento: Resolución número 00112-2012 del 14 de junio de 2012, 10:00 hora (expediente 11-004827-1027-CA)

²²⁶ Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección VI: Resolución 00112-2012

Se entiende que el control de convencionalidad, como bien menciona este Tribunal, encuentra su fundamento inicial en el principio de buena fe de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados contemplado en el artículo 27 de este cuerpo normativo. Sin embargo, a criterio personal debería agregarse antes el principio *pacta sun servanda* que obliga a cumplir con lo pactado.

En el caso costarricense, a la fecha de esta resolución 00112-2012, la Sala Constitucional había adoptado como parte del ordenamiento jurídico nacional las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos, y en diferentes sentencias resuelve diciendo que en la medida que otorguen mayores derechos, se encuentran por encima de la propia Constitución Política, lo que significa que en este caso la pirámide invertida de Kelsen que caracterizó el sistema jurídico de Costa Rica promueve al nivel más alto a los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos. Cabe agregar que a pesar de que dicha afirmación mayoritariamente ha estado orientada a aquellos que han sufrido el trámite para su ratificación, no ha manifestado sentencia o resolución alguna sobre la imposibilidad de aplicar aquellos que no han pasado con el trámite respectivo; al contrario, ha mencionado que incluso las decisiones que se deriven de reuniones entre Estados Miembros de organismos de los que el país forma parte son vinculantes, y asimismo, en sentencias ya abordadas, tales como la 8858-98 de la propia Sala Constitucional, se ha sustentado la decisión en Convenios no ratificados, otorgándole un valor de norma aplicable en el ordenamiento jurídico nacional.

Este criterio es sostenido en la sentencia 2261-2012 de la Sala Constitucional, estudiada en el Capítulo I de la presente investigación. No obstante, es necesario recordar que utilizó como parámetro la Convención Internacional de la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores y sus Familias, la cual es un instrumento derivado de la ONU, y siguiendo la línea jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional debe formar parte del ordenamiento jurídico costarricense, aun cuando no se encuentre ratificada, ya que es norma especial en tanto brinda mayor protección de los derechos humanos de una población vulnerable que no encuentra la debida protección dentro del Sistema Jurídico de Costa Rica. Al mismo tiempo, dicho instrumento es utilizado en la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual da una interpretación al respecto e indica que dichos Convenios junto a otros de la Organización Internacional del Trabajo, deben de ser reconocidos porque contemplan requisitos y estándares mínimos de protección de derechos laborales de las personas migrantes²²⁷.

²²⁷ Véase al respecto la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte IDH.

Este criterio es similar a lo que exponen los licenciados Víctor Orozco y Marcos Amador. Ambos coinciden en que pueden utilizarse instrumentos internacionales de derechos humanos que no han sido ratificados, siempre y cuando otorguen mayores garantías, por lo que Orozco menciona que son aplicables bajo los principios *pro homine* y *pro libertatis*²²⁸.

La aplicación de aquellos instrumentos que no se encuentran ratificados, puede ser motivada por la parte o bien *ex officio* tal y como se ha aportado. Del mismo modo, la sentencia 4491-2013 de la Sala Constitucional relacionada con el control de convencionalidad menciona que en el afán consolidar un “Estado Convencional de Derecho” se deben observar los cuerpos normativos de derechos humanos. Al respecto cita el caso Almonacid Arellano y otros c/ Chile, donde se menciona que los jueces y tribunales, como órganos del Estado, deben observar los tratados a los cuales el país se ha sometido, y también referencia el caso de Trabajadores cesados del Congreso c/ Perú en donde se señala que

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones²²⁹ (subrayado es del original).

Hasta este momento, la Sala Constitucional, en la función de sus deberes, reconoce las decisiones e interpretaciones de la Corte IDH con un valor supraconstitucional, e inclusive considera que debe analizar todo el marco normativo aun cuando la parte no la haya manifestado. A esto se le denomina control de convencionalidad *ex officio*. Este fundamento responde a una

²²⁸ Anexos, Anexo número uno y número tres, ver sexta respuesta.

²²⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 4491-2013 del 03 de abril de 2013, 16:00 horas (expediente 11-013971-0007-CO).

mayor protección de los derechos humanos de la persona; es decir, busca garantizar los principios *pro homine* y *pro libertatis*.

Este criterio se complementa con lo citado el caso Cabrera García y Montiel Flores c/ México que indica “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (...) los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia”²³⁰. Esta tesis es reiteradamente sostenida por la Corte IDH, sus jueces consideran que los Estados deben procurar que la aplicación del control de convencionalidad debe darse en todas las escalas, principalmente en la administración de la justicia; es decir aplicar un control difuso de convencionalidad. Sin embargo, la Sala Constitucional incorpora como salvedad el uso de este control al margen de apreciación nacional; lo cual, a criterio propio, parece irracional en el tanto anteriormente ha considerado como posibilidad ese control difuso de convencionalidad, y en suma la Corte IDH no acepta dicha posición. Por el contrario, sostiene que el control de convencionalidad es un deber de todos los órganos del Estado, es decir, ese margen de apreciación nacional va contra la propia jurisprudencia de la Corte IDH, así como de la Convención de Viena que prohíbe usar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado²³¹.

Si bien, es la Sala Constitucional quien mayoritariamente ha resuelto sobre el tema, esto se debe en un principio por el criterio de que el control de convencionalidad concentrado solo puede ser ejercido por los Tribunales o Salas Constitucionales, lo cual constituye una apreciación errónea de lo que ya ha dictado la Corte IDH en esta materia, puesto que ha transformado ese control de convencionalidad concentrado en un control difuso de convencionalidad.

Sin embargo, en el mismo año, en la sentencia 06120-2013, la Sala Constitucional menciona como conclusión al caso que “Los jueces de la República están en la obligación de aplicar el control de convencionalidad, el cual que permite integrar las normas y principios contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos a las resoluciones que dicten en los asuntos sometidos a su conocimiento”²³².

²³⁰ Sentencia número 4491-2013

²³¹ Convención de Viena

Artículo 27: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46

²³² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Resolución número 06120-2013 del 08 de mayo de 2013, 15:05 horas (expediente 12-012657-007-CO)

Es decir, se habla de un control difuso de convencionalidad, donde todo el aparato judicial es igualmente responsable de aplicar lo dispuesto en los Tratados y Convenios de derechos humanos, así como la jurisprudencia de la Corte IDH y la interpretación que esta haga a las normas de derechos humanos.

Dicho argumento es tomado por otras Salas, como la Sala Tercera en la resolución 1082-2013 que menciona a razón del control de convencionalidad e imparcialidad del juez lo siguiente

El Estado costarricense, ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el 2 de marzo de 1970, asimismo, reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 2 de julio de 1980, con lo cual se obligó no solo a lo dispuesto en la CADH, sino que también asumió el compromiso de considerar para tales efectos los lineamientos que diera en su jurisprudencia la Corte IDH²³³.

En sentido similar, la sentencia 06120-2013 de la Sala Constitucional aborda este criterio; no obstante, en la 1082-2013 de la Sala Tercera se percibe una aplicación directa del control difuso de convencionalidad. Del mismo modo, sostiene este razonamiento en el voto N°1440-2013²³⁴, donde considera que el Estado costarricense se ha obligado al cumplimiento y resguardo de los derechos fundamentales ratificando diferentes Convenios y Tratados, es decir, estas decisiones de la Sala Tercera son importantes debido a que en el ejercicio de sus funciones, una autoridad judicial diferente a la Sala Constitucional hace una revisión de los instrumentos del SIDH. Esto demuestra el avance de algunas Salas sobre la aplicación del control difuso de convencionalidad.

Posteriormente, en Tribunal de Familia, en las resoluciones número 0020-2014²³⁵ y en el mismo Tribunal, pero en la materia de Violencia Doméstica, en la resolución 00453-2014²³⁶, se indica que la aplicación de las normas de derecho internacional de derechos humanos cumple la finalidad de proteger los derechos de las personas en el tanto el ordenamiento interno sea insuficiente o bien

²³³ Sala Tercera de la Corte, Recurso de Casación, Resolución número 1082-2013 del 23 de agosto de 2013, 8:58 horas (expediente 09-000041-0076-PE)

²³⁴ Sala Tercera de la Corte, Recurso de Casación, Voto N°1440-2013 del 04 de octubre de 2013, 11:00 horas

²³⁵ Tribunal de Familia, Proceso abreviado de reconocimiento de unión de hecho: Resolución número 0020-2014 del 08 de enero de 2014 (expediente 13-001709-0165-FA)

²³⁶ Tribunal de Familia, Materia de Violencia Doméstica, Solicitud de medidas de protección contra la violencia doméstica: Resolución número 00453-2014, del 29 de septiembre de 2014, 16:10 horas (expediente 14-001008-0672-VD)

que la norma internacional brinde mayor amparo legal; ambas sentencias hacen una aplicación del control difuso de convencionalidad al buscar la norma más favorable.

La aplicación del control difuso de convencionalidad en las sentencias y resoluciones más recientes no se encuentra limitada, como se ha expuesto a la Sala Constitucional. Se observa que, tanto la Sala Tercera como el Tribunal de Familia, han utilizado como fundamento para sustentar sus criterios lo establecido en el cuerpo normativo internacional. Siguiendo esta línea, el Tribunal Contencioso Administrativo Sección I en sus resoluciones 0049-2014²³⁷ y 79-2014²³⁸ sostiene que en la búsqueda de analizar los alcances del derecho en el caso que les ocupa, para los jueces ordinarios es necesario aplicar el control difuso de convencionalidad.

Como se ha constatado, en la competencia de sus jurisdicciones, algunas Salas incorporan en sus decisiones el control difuso de convencionalidad, con el objetivo de integrar la normativa interna con lo dispuesto por el derecho internacional; es decir, buscan la plenitud hermética del derecho. A la fecha, la capacidad transformadora de la Sala Constitucional y en el ejercicio de sus funciones y competencias, reconoce que el control de convencionalidad debe ser observado en todos los niveles, por lo que los jueces y juezas ordinarias han de mirar con atención lo dispuesto por los instrumentos internacionales cuando en ellos se encuentre una mejor tutela al derecho que se pretende resguardar. Esto significa que el Poder Judicial está en el deber de cumplir los compromisos adquiridos, a desaplicar la legislación interna en la medida que esta transgreda lo establecido por el SIDH, así como de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, pese al recurrente criterio donde se aplica el control de convencionalidad, en ocasiones la Sala Constitucional olvida sus decisiones y compromisos adquiridos, y por el contrario indica que la única potestad de declarar inconstitucional una norma por ser inconveniente pertenece a las competencias de la propia Sala Constitucional, bajo el principio de control de constitucionalidad concentrado.

Estas decisiones donde la Sala Constitucional no aplica el control de convencionalidad, han provocado sanciones contra la República de Costa Rica. Una de las más recientes es el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, en donde la Corte IDH sanciona al país por

²³⁷ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I, Proceso de conocimiento: Resolución número 00049-2014 del 21 de julio de 2014, 13:30 hora (expediente 13-001409-1027-CA)

²³⁸ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I, Proceso de conocimiento: Resolución número 79-2014 del 08 de octubre de 2014, 10:00 horas (expediente 13-003095-1027-CA)

la desaplicación del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 del mismo cuerpo legal; a su vez indica la Corte IDH que con carácter de obligatoriedad el Estado debe de adoptar medidas apropiadas para permitir la FIV y dejar sin efecto su prohibición, posibilitando que cualquier persona que desee esta práctica de reproducción lo pueda hacer sin estar sujeta a sanciones.

A pesar de la sanción en la que se incurrió por no haber aplicado el control de convencionalidad, la Sala Constitucional, desde ese momento a la fecha, ha conocido sobre asuntos del mismo tema sin ordenar a las autoridades nacionales cumplir con la sentencia de Corte IDH, y se manifiesta en contradicción con la jurisprudencia de la propia Corte IDH y a su vez de todas aquellas decisiones adoptadas en las que se justifica que el Estado de Costa Rica debe ser responsable con los compromisos adquiridos; del mismo modo que está comprometido en garantizar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y sus efectos propios; es decir, *effet utile* dentro de la jurisdicción nacional. Por lo tanto, debe observas las sentencias, jurisprudencia, opiniones consultivas e interpretaciones que la Corte realice.

Esta oscilación en criterios en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad y la respectiva negatoria para aplicarlo en el caso concreto, culminó en un reproche de la Corte IDH a la Sala Constitucional, realizada en el proceso de revisión de cumplimiento de sentencia al indicar que,

(...) si bien la Corte Interamericana determina el estado de cumplimiento de las medidas de reparación ordenadas en el caso, ello no excluye que -en el ámbito de su competencia- la Sala Constitucional, como tribunal nacional de más alta jerarquía en protección de derechos fundamentales de Costa Rica, asuma el importante rol que tiene en el cumplimiento o implementación de la Sentencia de la Corte Interamericana²³⁹.

En este sentido, la Corte IDH le recuerda las competencias obligatorias que tiene a la Sala Constitucional en la atención al control de convencionalidad, sobre la materia en cuestión que es la posibilidad de que las personas puedan acceder a la reproducción asistida. La misma Corte declara incompatible dicha prohibición con las obligaciones internacionales del Estado. El 22 de noviembre del 2019, en la segunda supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte IDH estima

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Supervisión de cumplimiento de sentencia de 26 de febrero de 2016 en el Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, párrafos 12 y 13

que la República de Costa Rica ha aplicado todas las soluciones pacíficas que se le encomendaron, de tal forma que existe una compensación a las familias que incoaron el proceso, así como que se subsanan los errores sobre la prohibición de la práctica de la FIV. No obstante, el Estado de Costa Rica debió incorporar capacitaciones, talleres y campañas de educación sobre derechos sexuales y reproductivos; y en cuanto al acceso a la asistencia, dispone la Corte que el Estado deberá procurar que se incorpore a la CCSS, programas y tratamientos sobre infertilidad²⁴⁰.

Lo visto en este caso refleja el problema principal de la Sala Constitucional en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad, sea difuso o concentrado, donde se desaplican u omiten criterios propios de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad, y ha adoptado decisiones donde desconoce el carácter vinculante de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico costarricense.

En la resolución número 12783-2018²⁴¹ de la misma Sala Constitucional, que si bien aplica criterios de la Corte IDH en casos similares tales como las relaciones entre parejas del mismo sexo para declarar con lugar una acción de inconstitucionalidad, los Magistrados Salazar Alvarado, Araya García y Hernández Gutiérrez consideran, apartándose del criterio de los otros Magistrados, lo siguiente

Contrario a lo que parece entender el resto de mayoría de la Sala, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no tienen, en principio, carácter vinculante con respecto al orden jurídico interno. Y esto es así, por la propia naturaleza de lo que es una opinión consultiva, sea, un criterio jurídico de la Corte sobre el contenido de la Convención hecha a instancias de un país consultante. Lo que diga la CIDH en este tipo de procesos, ciertamente tiene un valor de guía, orientación o derrotero para el Estado consultante sobre un tema en particular, en este caso, sobre el reconocimiento de los derechos de las uniones entre parejas del mismo sexo, a la luz de la Convención (...) Con esto, evidentemente, no se quiere decir que este tipo de resoluciones carezcan de relevancia, pues la tienen y mucha, ya que se trata de un control preventivo de convencionalidad, por medio del cual, la Corte, al interpretar el contenido de determinados derechos o artículos

²⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: Supervisión de cumplimiento de sentencia 22 de noviembre de 2019 en el Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica

²⁴¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Resolución número 12783-2018 del 08 de agosto de 2018, 11:00 horas (expediente 13-013032-0007-CO)

de la Convención, señala al Estado consultante la conducta que debe realizar a fin de ajustarse a dicho instrumento internacional. Pero, pese a la tan especial relevancia que tienen las opiniones consultivas de la CIDH, de ello no se puede concluir la obligatoriedad de su acatamiento por parte del Estado consultante²⁴².

De ahí que los Magistrados que se apartan de la decisión no son congruentes con los criterios de la misma Sala Constitucional sobre el carácter vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte IDH, como por ejemplo la sentencia 02313-1995²⁴³, que indica que todas las decisiones sean de carácter contencioso o consultivo de este órgano son vinculantes para el país. En esta oportunidad, los magistrados argumentan que la decisión utiliza como criterio lo que indica la OC-24/17 -que es solicitada por la República de Costa Rica- y arguyen que las opiniones consultivas tienen solo carácter preventivo, es decir, no efecto correctivo inmediato. De esta forma, se sustrae de esta decisión que la aplicación del control de convencionalidad tiene sustento para los magistrados cuando los temas no son socialmente controversiales, ya que, de la jurisprudencia sustraída se puede demostrar que la aplicación del control de convencionalidad es oscilante, lo cual genera inseguridad jurídica.

Así las cosas, de conformidad con las sentencias referidas de la Sala Constitucional, se aborda el control de convencionalidad como una herramienta para procurar la mayor protección de los derechos al caso en conocimiento. Este órgano marca en muchas de sus sentencias una importante protección a los derechos fundamentales que tienen todas las personas, realizándola bajo los principios *pro homine* y *pro libertatis*; sin embargo, en algunas de sus decisiones recientes existe un debate sobre la aplicación del control de convencionalidad como tal. Como se pudo percibir, la misma Sala Constitucional no ha sido recurrente sobre el alcance a los instrumentos internacionales que son sujetos a la aplicación de dicho control; del mismo modo, existe mayor controversia cuando se trata de aplicación del control difuso de convencionalidad.

²⁴² Resolución número 12783-2018

²⁴³ Sentencia número 02313-1995.

Ejemplo práctico de la aplicación del control de Convencionalidad Difuso en la legislación laboral en Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo: Resolución N° 12497-2016 del 02 de setiembre de 2016, 09:05 horas (expediente 15-010877-0007-CO)

El presente caso de recurso de amparo fue interpuesto por Jinchao Zheng contra la Directora y el Encargado del Subproceso de Valoración de la Gestión de Extranjería, ambos de la Dirección General de Migración y Extranjería (DGME) y el Jefe del Departamento de Migraciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la negatoria de la solicitud de permiso laboral en la categoría de servicio doméstico ante de la DGME.

El 24 de junio del 2015, al señor Zheng se le deniega la solicitud presentada a la DGME, con fundamento en el oficio DML-620-2014, donde el MTSS recomendó sobre los permisos laborales, en específico que el permiso para personas extranjeras por servicio doméstico se concediera **“exclusivamente a personas de origen centroamericano”**, la cual formó el criterio para la negación de la solicitud que da pie al presente recurso²⁴⁴. (es resaltado es nuestro)

El 23 de julio del 2015, mediante la Resolución N° 135-535126-Administrativa, el Ministerio de Gobernación y Policía, Dirección General de Migración y Extranjería (DGME), resuelve la solicitud interpuesta por Jinchao Zheng **“RECHAZAR POR IMPROCEDENTE, la solicitud de Categoría Especial, Trabajador de Ocupación Específica, en calidad de servidor doméstico presentada por JINCHAO ZHENG, por no encontrarse en los presupuestos del oficio DML-620-2014 de fecha 03 de noviembre del 2014, de conformidad con el artículo 193 de la Ley General de Migración y Extranjería ...”**²⁴⁵.

Es menester indicar que este recurso de amparo guarda relación con la acción de inconstitucionalidad del 08 de julio del 2016, Resolución N° 09482 – 2016, donde el mismo actor solicita que se declare la recomendación DML-620-2014²⁴⁶ de esta forma. La Sala Constitucional declara sin lugar la acción debido a que no se cumplen los requisitos del artículo 75 de la LJC, ya

²⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo: Resolución N° 12497-2016 del 02 de setiembre de 2016, 09:05 horas (expediente 15-010877-0007-CO).

²⁴⁵ Ibidem

²⁴⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Resolución N° 09482-2016 del 08 de julio de 2016, 09:45 horas (expediente 15-011976-0007-CO)

que el 2 de septiembre del 2015, la DGME al resolver el recurso de revocatoria que había presentado Zheng, considera que la recomendación en efecto “podría contener los vicios de constitucionalidad alegados por el interesado, revocó lo resuelto y le concedió el permiso solicitado”²⁴⁷, cuando la DGME resuelve, ya el actor había interpuesto la acción de inconstitucionalidad y el recurso de amparo.

Al tener relación con el caso en cuestión, resulta importante ahondar sobre el problema de fondo de ambos, el cual es la DML-620-2014 Recomendación Técnica de Procedimiento Especial de Regularización para Áreas de Trabajo, Trabajador de Ocupación Específica, Actividad Ocupación de Servicio Doméstico N° 620-2014, donde de manera dolosa el Departamento de Migraciones Laborales de la Dirección Nacional de Empleo recomienda a la DGME otorgar permisos con base en ese oficio; es decir, la DGME solo podrá darlos a aquellas personas que se encuentren dentro del listado, y curiosamente únicamente son las que tienen nacionalidades centroamericanas, con lo cual emite un criterio en contra de la igualdad de trato.

Dicha recomendación, por tanto, va en contra del derecho humano a la igualdad y a la no discriminación, contemplados por la Constitución Política en los artículos 19, 33, 68, los cuales refieren que todos somos iguales ante ley y no podrá hacerse discriminación contraria a la dignidad humana.

Este irrespeto a los derechos humanos consagrados en el plano nacional, también escala al ámbito internacional, al violar las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 1 que declara “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”²⁴⁸. A su vez, el artículo 7, que ahonda sobre el derecho a la igualdad ante la ley de todas las personas y al respecto menciona “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”²⁴⁹.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1

²⁴⁹ Ibid, art. 7.

Del mismo modo, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2 inciso 2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tanto en su artículo I como en el artículo II, ambos referentes a que la igualdad y la no discriminación son derechos humanos, y por tanto, son inherentes a la sola naturaleza humana, son congruentes con el artículo 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Sin embargo, al tratarse de derechos laborales, los instrumentos mencionados protegen el derecho al trabajo que tienen todas las personas, sin ninguna distinción, para el pleno goce y desarrollo de su subsistencia. Por lo tanto, la recomendación DML-620-2014 vulnera los cuerpos normativos que abordan este derecho consagrado en instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 13 que versa sobre el derecho al trabajo de todas las personas sin discriminación alguna, en igual sentido los artículos 7, 8, 9 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dentro del SIDH, en los numerales XIV al XVI, y específicamente en su artículo XXXVII “Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”. Se entiende, entonces, que el derecho al trabajo no debe ser visto solo como un derecho humano; sino que es un deber de todos los Estados procurarlo para que las personas obtengan los recursos necesarios para su subsistencia.

Todos los instrumentos mencionados tienen tanto alcance internacional como regional, y Costa Rica se ha adherido voluntariamente a ellos. Por ende, siguiendo la línea de la Convención de Viena sobre los Tratados en su artículo 26 y 27 los Estados, se encuentra obligada a cumplirlos.

En este sentido, y recordando lo dispuesto por el Control de Convencionalidad la DGME, no busca la plenitud hermética del derecho, por lo que se irrespetan los Tratados y Convenios vigentes en la legislación costarricense, y se genera una desprotección a los derechos laborales de las personas migrantes, tema al cual la Sala Constitucional tampoco hace referencia en su decisión.

La Sala Constitucional, en otras oportunidades, ha considerado sobre el Control de Convencionalidad que el Estado costarricense se ha obligado al cumplimiento y resguardo de los derechos fundamentales con la ratificación de diferentes Convenios y Tratados, tal como lo señala en el Voto N°1440-2013.

Con ello, lo dicho en la recomendación DML-620-2014 que sustenta la decisión de la DGME de denegar en primera instancia el permiso laboral para ocupación específica de servicio doméstico a favor de un ciudadano de nacionalidad china, por no cumplir con el requisito de que este será otorgado “exclusivamente a personas de origen centroamericano”, refuerza la teoría de que existe un divorcio entre las decisiones que se emiten desde el Departamento de Migraciones Laborales de la Dirección Nacional de Empleo del MTSS y la DGME, en relación con lo indicado en diferentes sentencias por la Sala Constitucional, así como en los cuerpos normativos ya mencionados.

En el caso supra citado, la DGME, mediante la resolución N°135-543556-Administrativa, sobre el recurso de revocatoria con apelación en subsidio solicitado por Zheng en contra de la resolución de que se le denegaba el permiso por ser de nacionalidad china, señala que la recomendación “podría contener los vicios de constitucionalidad alegados por el interesado, revocó lo resuelto y le concedió el permiso solicitado”²⁵⁰; sin embargo, para la presente investigación el oficio de recomendación no se encuentra disponible para su revisión, por lo que no es posible establecer si eventualmente esta recomendación se dejó sin efecto, o por el contrario se aplicó en el mismo sentido que al señor Zheng, a otras personas migrantes de nacionalidades no centroamericanas.

Dentro de la conclusión, la Sala Constitucional considera que la recomendación DML-620-2014 del Departamento de Migración Laboral de la Dirección Nacional de Empleo del MTSS resulta inconstitucional por vulnerar los artículos 19 y 33 de la Constitución Política; no obstante, al existir vicios en el procedimiento rechaza de plano la acción de inconstitucionalidad.

La Dirección de Migraciones Laborales tiene entre sus funciones la evaluación de la situación laboral del país, al aplicar censos periódicos para recomendar las ocupaciones profesionales, técnicas, calificadas, semi calificadas y no calificadas que pueden ser sujetas de consulta por parte de la DGME, con el objetivo de analizar la posibilidad de que las personas migrantes accedan a una autorización de permiso laboral.

Por lo tanto, se entendería que con lo establecido parcialmente por la Sala Constitucional, el Departamento de Migraciones Laborales de la Dirección Nacional de Empleo del MTSS, cesaría

²⁵⁰ Sala Constitucional, Resolución N° 09482 - 2016

este tipo de recomendaciones que son contrarias a las mismas obligaciones contraídas por el Estado.

Al ser un procedimiento que incluye distintas instituciones del Estado, debería existir una mayor vigilancia en las recomendaciones dadas sobre los permisos laborales de las personas migrantes, ya que, la nacionalidad de una persona no puede ser un obstáculo para acceder a un trabajo y a las garantías sociales que conlleva, las cuales se encuentran consagradas en los instrumentos de derechos humanos citados. Además, podría brindar mayor protección con la ratificación de los Convenios de la OIT y sus respectivas Recomendaciones, del mismo modo que la Convención de la ONU, la cual contempla los derechos laborales como un derecho humano de esta población específica, las personas trabajadoras migrantes y sus familias.

Conclusiones

El derecho humano a desplazarse de un lugar se consagra desde 1948 en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En la actualidad, la migración constituye un fenómeno que afecta a todos los países del mundo, y en el caso de Costa Rica, su ubicación geográfica, así como sus propias condiciones políticas, lo hacen una nación receptora y de tránsito. Por ello, se entendería que con esas condiciones y el aumento de la migración, exista una creciente participación en el mercado laboral, lo que hace necesario la adopción de instrumentos internacionales que permitan al administrador de justicia, así como a todos los órganos del Estado, la protección de los derechos humanos de todas las personas residentes del país.

A pesar del avance de la legislación migratoria costarricense para la protección de los derechos humanos de las personas migrantes y trabajadoras, esta se visualiza como una ley diseñada para el ingreso de aquellos que se encuentran en condición regular, obviando las condiciones de las personas trabajadoras migrantes irregulares, con bajos niveles educativos, poca información sobre los procedimientos migratorios, así como recursos económicos limitados para llevarlos a cabo. Todo ello ocasiona un aumento en el número de migración laboral irregular que incluye la familia del migrante en esta condición, debido a la cantidad de trámites a los cuales deben acceder, y como se reitera, con poca información y dinero.

El procedimiento para que una persona pueda legalizar su estatus migratorio en Costa Rica implica no solo capacidad económica, sino la necesidad de regresar a su país de origen por un documento

con los requisitos que indica el reglamento de extranjería, y se obvian sus condiciones, sean económicas o sociales; lo que significa que la legislación migratoria costarricense se encuentra divorciada de la realidad de la migración actual.

Del mismo modo, en la revisión realizada a la normativa costarricense, donde se hace referencia a los informes de carácter recomendativo que emite el MTSS a través de su Departamento de Migración Laboral de la Dirección de Empleo, se determina que representa un potencial portillo para la violación de los derechos laborales de las personas migrantes en categorías especiales, al irrespetar la Constitución Política en sus artículos 19 y 58 en materia laboral, así como las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos.

Esto no es consecuente con los Convenios y Tratados de Derechos Humanos ratificados por Costa Rica, los cuales no surgen como una intención de normar todas las actividades de la vida humana; sino que por el contrario, como ha quedado demostrado, responden a una necesidad para garantizar que todas las personas puedan tener una vida digna. Por esta razón, surgen también los cuerpos normativos de derechos humanos para poblaciones vulnerables tales como las personas trabajadoras migrantes, quienes debido a las diferentes situaciones que enfrentan desde la salida de su país de origen, hasta llegar al país receptor, requieren del compromiso de los Gobiernos para proteger en la medida que sea posible sus derechos; por lo tanto, resulta necesario promover la adopción de medidas que contribuyan a disminuir la discriminación laboral por razones de nacionalidad, y ello significa su compromiso con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

El simple hecho de que alguien migre a un país diferente al suyo, no provoca que pierda sus derechos humanos, ya que, como bien apunta la Declaración Universal de Derechos Humanos, todas las personas nacen iguales y libres. A partir de este mismo argumento, los Convenios y Tratados sobre derechos laborales de las personas trabajadoras migrantes, constituyen un complemento a estos cuerpos normativos, debido a que la discriminación en materia de ocupación y empleo es un problema para la sociedad.

Lo anterior, sustenta nuestra hipótesis ya que se logra determinar que la legislación costarricense protege de manera parcial los derechos las personas trabajadoras migrantes y sus familias, obviando condiciones propias que tiene cada una de ellas. Esto implica que el sistema jurídico costarricense debe ser consecuente con los instrumentos de derechos humanos, aún más siendo el

país democrático que ha profesado ser desde la constitución de la República; pues no se puede obviar que en materia laboral, esta población, es quien más violaciones a sus derechos percibe. Por tanto, el Estado tiene el deber de evitar las injusticias, las miserias, así como las privaciones a todas aquellas actividades que constituyan una amenaza a sus derechos y a los de su familia, a través de la ratificación de los Convenios de la OIT y la Convención de la ONU.

Una pertinente aprobación y ratificación de los Convenios 97 y 143 y sus respectivas Recomendaciones 86 y 151, así como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, puede solucionar los problemas actuales que se dan en Costa Rica referentes a la regulación de los derechos y permisos laborales de las personas migrantes en condición regular e irregular, ya que, en el recorrido normativo se pueden percibir las falencias del sistema jurídico costarricense en cuanto al objetivo de garantizar la dignidad humana en todos los ámbitos de la vida de las personas trabajadoras migrantes.

A pesar de que estos instrumentos de la OIT y la Convención de la ONU no han completado el trámite para su aprobación, la Sala Constitucional los ha utilizado como parámetro para asegurar el mayor resguardo a los derechos laborales de la persona trabajadora migrante; tal como se menciona en la jurisprudencia 8858-1998 de la Sala Constitucional, donde por primera vez, este órgano sustenta su criterio al amparo de los Convenios de la OIT 111 en materia de igualdad, y los Convenios 97 y 143 en cuanto a los derechos laborales del trabajador migrante, a pesar de que no han sido ratificados ya que constituyen cuerpos normativos que otorgan mayores derechos y garantías a las que da la constitución en materia de derechos humanos para personas trabajadoras migrantes.

Puede ser que esta situación se entienda, erróneamente, como aplicable a los derechos humanos de manera desigual, lo cual no es cierto; por el contrario, estos instrumentos de derechos humanos para poblaciones vulnerables tienen como finalidad tratar a iguales como iguales. Esto quiere decir que, en materia de derechos laborales, las condiciones entre un nacional y una persona extranjera no serán siempre las mismas, ya que existen circunstancias que los nacionales no conocen debido a las garantías y protección que da el Estado sobre los derechos de los trabajadores y trabajadoras; por lo que el principio de igualdad, al amparo de estos convenios, busca equiparar los derechos entre las personas trabajadoras nacionales y las migrantes.

El desarrollo del concepto de trabajo decente surge como una necesidad por parte de la OIT, para dar una respuesta a la problemática enfrentada desde hace años, la falta de condiciones mínimas para que las personas desarrollen un trabajo en condiciones de libertad y equidad, que les permita no solo cubrir sus gastos económicos, sino vivir con dignidad, ya que la mejora de la situación les permite, junto con su núcleo familiar, acceder a mejores condiciones de vida. Si bien el desarrollo del concepto de trabajo decente puede parecer utópico porque se abordan temas como la erradicación del desempleo, eliminación de la pobreza, igualdad de género, eliminación del trabajo en la niñez, a partir de él, se han implementado los Programas de Trabajo Decente, que se crean y adoptan según las necesidades de cada país. Su preparación se basa en 4 etapas: consulta con los mandantes; diagnóstico de país; preparación del documento principal; y ejecución, seguimiento y evaluación. Específicamente, en la etapa de diagnóstico es donde se establece la situación país y se plantea la mejor forma de abordar los problemas que se identifican.

La OIT, a través de los PTD, busca la colaboración entre Instituciones Gubernamentales y No Gubernamentales para la implementación de la normativa nacional e internacional sobre los derechos de las personas trabajadoras, así como de las prioridades que se establecen en dichos Programas.

Para el caso de nuestro país, se ha completado el PTDP 2013-2017. Se establece una correlación con el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014, a través de objetivos comunes como fortalecimiento de políticas universales, cuidado a poblaciones vulnerables como la niñez y los adultos mayores, mejoramiento de empleabilidad y atención integral de la pobreza.

El Programa 2013-2017 tiene como resultados el apoyo a la adopción del Plan de Empleo, y a la Estrategia Empléate, el impulso de políticas para la formación de la persona joven, y la promoción del desarrollo de las Pequeñas y Medianas Empresas PYMES. Además, se adoptan los Objetivos de Desarrollo Sostenible, con finalidades similares como la búsqueda del crecimiento económico para los países, que permita el empleo de forma plena al generar trabajo decente para toda la población.

El segundo PTD 2019-2023 aún se encuentra en curso y deberá contemplar la crisis económica que ha traído consigo la Pandemia Mundial por el Covid-19. Establece cuatro prioridades por desarrollar: protección y normativa laboral; protección de políticas de empleo; ampliación y fortalecimiento de la protección social, y desarrollo de organizaciones de trabajadores.

Las condiciones actuales del trabajo se desarrollan con las reglas del mercado global, en el que se requieren bajos costos de producción para generar competitividad e inversión extranjera. Esto significa que la protección de las personas trabajadoras es baja o limitada. El resguardo social que el Estado debe brindar a la ciudadanía suele verse interrumpido por los requerimientos de las transnacionales para que el país pueda desarrollarse y ser competitivo a nivel internacional. Por lo tanto, el hecho de que los Estados se comprometan a garantizar el trabajo decente, es ser consecuente con los principios y derechos fundamentales del trabajo, el empleo, la protección y el diálogo social.

Acoger el cuerpo iuris, que protege en mayor proporción, los derechos laborales de las personas, significa responsabilidad y compromiso. A partir de este argumento, en la búsqueda de la mayor protección a los derechos humanos, se da el Control de Convencionalidad abordado en el Capítulo IV, donde la Sala Constitucional lo razona en las sentencias 5759-93 y 2313-95, aún mucho antes de la 8858-1998. Esto denota que, desde los inicios de su función, se ocupa del tema para garantizar los derechos de todas las personas. Por ello, en el 2000, en la sentencia 9685-2000, se refiere a que los instrumentos internacionales son aquellos que protegen los Derechos Humanos y “aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país”.

El mismo abordaje de la jurisprudencia se desarrolló en la sentencia 2261-2012, que nuevamente utiliza un cuerpo normativo no ratificado como lo es la Convención Internacional de la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familia, para sustentar su decisión de que el trabajador migrante y su familia pueda utilizar servicios de salud en caso de urgencia sin estar asegurado en la CCSS.

En este sentido, las sentencias demuestran que a pesar de que los instrumentos internacionales de derechos laborales para personas migrantes no han sufrido trámite para su aprobación, al ser instrumentos que protegen en mayor medida el derecho al trabajo, consagrado como derecho humano para todas las poblaciones sin distinción alguna, debe ser aplicado por Costa Rica debido a que por su naturaleza protegen derechos fundamentales, por lo que tienen el mismo valor del cuerpo iuris internacional incorporado al ordenamiento jurídico costarricense. Por tanto, a criterio personal de estas expositoras, así como lo ya abordado por la Sala Constitucional en las sentencias mencionadas, estos Convenios y Convenciones sobre el derecho al trabajo de la persona migrante instruidas por la OIT y la ONU tienen carácter de *self executing*. No obstante, por los límites a la

aplicación del control de convencionalidad, se considera necesario que sean aprobadas por Costa Rica.

Esta herramienta utilizada por la Sala Constitucional es a lo que la Corte IDH ha denominado control de convencionalidad. Tiene como objetivo que los Tribunales Constitucionales, los jueces ordinarios, y como indica el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH de 2019, la Administración Pública, confronten la normativa interna en relación con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, denominada control difuso de convencionalidad, lo cual tiene sustento en el Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados y en el artículo 1 de la CADH.

Desde el punto de vista de la administración pública, y de todos los jueces ordinarios, a criterio personal, se considera que el control de convencionalidad no debe verse como una limitante y de aplicación exclusiva de los Tribunales o Salas Constitucionales, pues muchos de los casos donde surge una vulneración a los derechos humanos se dan en el primer plano de la administración pública, o escalan hasta los tribunales ordinarios y posteriormente ante este órgano constitucional. Sin embargo, si en ese primer momento se lograra aplicar el control de convencionalidad con el objetivo de buscar la mayor protección posible a los derechos de esas personas, el Estado sería un verdadero garante de los derechos humanos.

Del abordaje al control de convencionalidad en el Capítulo IV, es necesario entender que la aplicación de los instrumentos internacionales es vista como supletoria, cuando, por el contrario, este cuerpo iuris debe de ser el primer parámetro por observar, junto con las interpretaciones y las decisiones que se han adoptado en esta materia, ya que constituyen una base jurídica para la protección de la dignidad humana.

Los casos mencionados de la Corte IDH que tratan el control de convencionalidad, evidencian la evolución del SIDH. En un comienzo con el caso Almonacid Arellano y otros c/ Gobierno de Chile. La aproximación a este control se da porque los jueces del Estado deben cumplir con las disposiciones de los cuerpos normativos de derechos humanos, debido a que los mismos Estados los han ratificado y se han comprometido a su aplicación a lo interno de cada país. Además, se indica que el control de convencionalidad tiene como características 1) verificar la compatibilidad de las normas internas con lo indicado por la CADH, las decisiones de la Corte IDH y la interpretación que esta haga a la primera, 2) es de carácter obligatorio para los Estados, 3) observa

la jurisprudencia de la Corte IDH sobre otros instrumentos, 4) debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública, 5) su ejecución significa suprimir toda norma contraria a la CADH, la jurisprudencia e interpretación de la CADH en función de las facultades de cada órgano del Estado.

Este criterio lo retoman los casos Boyce y otros c/ Barbados; Gelman c/ Uruguay, así como Cabrera García y Montiel Flores c/ México. En ellos se menciona la responsabilidad de los Estados de cumplir con lo pactado, revisar el criterio de la Corte aun cuando no haya sido solicitado por las partes, porque en eso consiste el *effect utile* del control de convencionalidad.

En materia de migración, la Corte IDH en la opinión consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, menciona que el control de convencionalidad debe observar otros instrumentos internacionales, en esta ocasión la Corte IDH sustentó su criterio en los Estados del Sistema Interamericano a través de la Carta de la OEA, quienes se han obligado voluntariamente a respetar los derechos humanos; esta decisión anteriormente fue tomada en la opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, momento en el cual se utiliza como parámetro la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Adicionalmente, el juez Sergio García Ramírez menciona que estos instrumentos, así como otros han de ser reconocidos y a su vez garantizados, porque en ellos se encuentran los estándares mínimos en materia de protección de derechos laborales.

Con este criterio, y retomando las palabras de la Sala Constitucional en la sentencia número 02313-1995 se establece que todas las decisiones, sean de carácter contencioso o consultivo, de este órgano son vinculantes para el país; por lo tanto, en la función de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad se da la aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos que no forman parte del SIDH. Se toman como criterio y fundamento, cuerpos normativos internacionales debido a que no existe materia similar a nivel regional y son estos quienes protegen, en mayor medida, los derechos fundamentales de las personas vulnerables tales como las partes en las opiniones consultivas antes mencionadas. En este sentido, se puede determinar que aun cuando Costa Rica no forme parte de esa opinión, en concordancia con sus propias palabras, debería tomar

en consideración lo resuelto; sin embargo, a manera personal se considera que dicha posibilidad cabe en el tanto no lesione otros derechos o el mismo sistema nacional.

En contraste con el estudio sobre el control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense, se encuentra que en la actualidad existen discusiones sobre quién es el órgano facultado para aplicarlo. Se ha considerado, en algunas oportunidades, que es facultad de la Sala Constitucional, lo que significa que debe darse de forma concentrada tal y como opera el control de constitucionalidad; sin embargo, mayoritariamente, la Sala en aquellos casos que no son de interés político y social, ha tomado una posición a favor del control difuso de convencionalidad, motivo que ha llevado a otras, como la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Tribunal de Familia, Tribunal de Familia en Materia de Violencia Doméstica a realizar lo mismo para sustentar sus decisiones, tal y como se pudo constatar en el Capítulo IV.

Este criterio oscilante de la Sala Constitucional ha ocasionado sentencias de la Corte IDH en contra del Estado de Costa Rica como en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, o bien la controvertida Opinión Consultiva OC-24/17, por incumplir los cuerpos normativos sujetos al SIDH, así como las normativas internacionales de Derechos Humanos que sirven de parámetro para la Corte IDH, sus interpretaciones, opiniones consultivas y diferentes decisiones en contra de otros Estados, con las cuales la Sala Constitucional ha coincidido en sus decisiones, que tienen carácter supraconstitucional.

El control de convencionalidad sea concentrado o difuso, es la herramienta ideal contra las lagunas y antinomias del ordenamiento jurídico nacional; además que otorga seguridad jurídica a todas aquellas personas que acuden al sistema judicial para buscar el reparo a la violación a sus derechos. No obstante, en el entendido de la necesidad de buscar una armonía entre las normas internas y los instrumentos internacionales de derechos humanos, es importante que todo el aparato judicial y de igual forma la administración pública, aplique el control difuso de convencionalidad, ya que no existe mejor manera de proteger los derechos fundamentales que tienen todas las personas.

Es entonces, en el tema que nos acontece, que resulta necesaria la ratificación y aprobación de los Convenios de OIT 97 y 143 y sus respectivas Recomendaciones 86 y 151, del mismo modo que la Convención de la ONU que contempla los derechos laborales como derecho humano de esta población específica, personas trabajadoras migrantes y sus familias, aun cuando anteriormente se

apuntó que estos cuerpos normativos deben entenderse como *self executing* por su carácter de protección de derechos fundamentales. Su aprobación atendería de manera pronta los problemas que enfrentan estas personas, no solo en el acceso a mejores condiciones de trabajo, sino a su derecho a anteponer denuncias contra todas aquellas violaciones a sus derechos laborales y garantías sociales, al derecho a tener un trabajo decente y una vida digna para ellos y para sus familias, del mismo modo que contribuye a mejorar el manejo en el plano judicial y de la administración pública, los cuales presentan deficiencias que lesionan sus derechos.

La migración laboral no debe verse como un problema para los países receptores de la mano de obra migrante; por el contrario, puede significar un incentivo para el país de origen y el de acogida, precisamente por la dinámica de la economía y el beneficio cultural que proviene de esta migración. Por lo tanto, resulta imprescindible equilibrar la participación de estas personas en el empleo nacional.

Bibliografía

Tesis

Amador Garita, Carolina y Rodríguez Mata, Nelson David. "*El control de convencionalidad en Costa Rica: propuesta de aplicación por los jueces ordinarios. Análisis comparado desde la perspectiva del derecho internacional público*". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2016.

Guerrero Segura, Efraín Antonio y Solís Ruballos, Salvador Enrique. "*Estudio crítico de la Ley General de Migración y Extranjería N°8764 en cuanto al ingreso, permanencia y egreso de los extranjeros en Costa Rica*". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2012.

Salon Piedra, Juan Diego. "*Control de convencionalidad: ¿Es posible un sistema de aplicación difuso dentro del ordenamiento jurídico costarricense?*". Tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2015.

Convenciones Internacionales

Asamblea General de las Naciones Unidas, “Resolución 217 A (III) Declaración Universal de los Derechos Humanos: 10 de diciembre de 1948”.

Asamblea Nacional de las Naciones Unidas “Resolución 2200 A (XXI) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: 16 de marzo de 1966”.

Asamblea General de las Naciones Unidas, “Resolución 2200 A (XXI) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 16 de diciembre de 1966”.

IX Conferencia Internacional Americana, "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:1948",Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCH). "Protocolo para prevenir, reprimir, y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional" (OHCHR, 2000).

Organización de los Estados Americanos, "Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), noviembre 1969", Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32).

Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969”, Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM), "Perfil de la Gobernanza sobre Migración", Organización Internacional para las Migraciones (OIM)(2019)

Organización Internacional del Trabajo “Convenio N°143: Convenio sobre las Migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1975), consultado el 06 de Julio del 2019.

Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N° 97 Convenio relativo sobre los Trabajadores Migrantes”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1949) consultado el 15 de Julio del 2019.

Organización Internacional del Trabajo “Convenio N°143: Convenio sobre las Migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes”, (Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1975), consultado el 06 de julio del 2019.

Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación 151: Recomendación sobre los trabajadores migrantes”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1975) consultado el 23 de septiembre del 2019.

Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación 86: Recomendación sobre los trabajadores migrantes”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1975) consultado el 23 de septiembre del 2019.

Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N°143 Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1975): artículo 1, consultado el 13 de marzo, 2021.

Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación N°86 “Recomendación sobre los trabajadores migrantes”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1949): apartado III punto 4), consultado el 05 de marzo, 2021.

Organización Internacional del Trabajo, “Recomendación 151: Recomendación sobre los trabajadores migrantes”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1975): apartado 1, consultado el 13 de marzo, 2021.

Organización Internacional del Trabajo, “Convenio N°111 Convenio sobre discriminación (empleo y ocupación)”, (OIT: Organización Internacional del Trabajo, 1958): artículo 1, consultado el 15 de marzo, 2021.

Documentos en línea

Azofeifa Ramos, Silvia "Impacto de la pandemia COVID-19 en las familias inmigrantes en Costa Rica", Universidad de Costa Rica, *Sociedad*, (2020), <https://www.ucr.ac.cr/noticias/2020/08/18/impacto-de-la-pandemia-covid-19-en-las-familias-inmigrantes-en-costa-rica.html>.

Organización Internacional del Trabajo, “Historia De La OIT” (OIT) <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). “¿Quién es un migrante?” s.f. <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante> (último acceso: 08 de octubre de 2019).

Voorend, Koen, "El mito del imán de bienestar. La Caja, los migrantes y la exclusión", *Semanario Universidad, Diálogos sobre Bienestar* (2017)
<https://semanariouniversidad.com/suplementos/dialogos-sobre-el-bienestar/migracion-mercados-laborales-la-subregion-america-central-copy-copy-copy-2/>

Normativa

Asamblea Legislativa, Ley N°7135 Ley de Jurisdicción Constitucional: 05 de octubre de 1989, *La Gaceta N°198* (19 de octubre, 1989) y en su fe de erratas de *La Gaceta N°212* (9 de noviembre, 1989): artículo 1, SINALEVI (consultado el 12 de abril del 2021)

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Código Civil. Ley 63 del 28 de setiembre de 1887, vigente a partir del 01 de enero de 1888. San José, Costa Rica, art. 1.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley General de la Administración Pública N° 6227 del 28 de abril de 1978. San José, Costa Rica, art. 6.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Reforma Integral a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley 7333 del 05 de mayo 1993, vigente a partir del 01 de enero de 1994. Número de Gaceta: 124 del 01 de julio de 1993. Alcance: 24.

Jurisprudencia Nacional

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 1147-90 del 21 de septiembre de 1990, 16:00 horas. Expediente 90-000208-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Adición y Aclaración: Sentencia número 5759-93 del 10 de noviembre de 1993, 11:15 horas, y su aclaración en la Sentencia número 2313-95 del 09 de mayo de 1995, 18:00 horas

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo: Sentencia número 2261-2012 del 17 de febrero del 2012, 10:05 minutos. Expediente 12-002091-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta legislativa facultativa, Voto 2050-1991 del 11 de octubre de 1991, 09:00 horas. Expediente 91-002203-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia 1440-92 del 02 de junio de 1992, 15:00 horas. Expediente 90-001369-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 8858-1998 del 15 de diciembre de 1998, 16:00 horas. Expediente 97-004250-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 616-1999 del 29 de enero de 1999, 10:00 horas. Expediente 98-002858-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Consulta perceptiva Constitucional: Sentencia número 9685-2000 del 01 de noviembre del 2000, 14:56 horas. Expediente 00-008325-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 1282 - 1990 del 16 de octubre de 1990, 15:00 horas. Expediente 90-000518-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 2093-1993 del 19 de mayo de 1993, 14:06 horas. Expediente 92-002486-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo: Resolución 11002-2009 del 10 de julio de 2009, 10:35 horas (expediente 08-007880-007-CO).

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Sentencia número 4491-2013 del 03 de abril de 2013, 16:00 horas (expediente 11-013971-0007-CO).

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Resolución número 06120-2013 del 08 de mayo de 2013, 15:05 horas (expediente 12-012657-007-CO)

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Resolución número 12783-2018 del 08 de agosto de 2018, 11:00 horas (expediente 13-013032-0007-CO)

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo: Resolución N° 12497-2016 del 02 de setiembre de 2016, 09:05 horas (expediente 15-010877-0007-CO).

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Resolución N° 09482-2016 del 08 de julio de 2016, 09:45 horas (expediente 15-011976-0007-CO)

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad: Resolución número 12783-2018 del 08 de agosto de 2018, 11:00 horas (expediente 13-013032-0007-CO)

Sala Tercera de la Corte, Recurso de Casación, Resolución número 1082-2013 del 23 de agosto de 2013, 8:58 horas (expediente 09-000041-0076-PE)

Sala Tercera de la Corte, Recurso de Casación, Voto N°1440-2013 del 04 de octubre de 2013, 11:00 horas

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección VI, Proceso de Conocimiento: Resolución número 00112-2012 del 14 de junio de 2012, 10:00 hora (expediente 11-004827-1027-CA)

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I, Proceso de conocimiento: Resolución número 00049-2014 del 21 de julio de 2014, 13:30 hora (expediente 13-001409-1027-CA)

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I, Proceso de conocimiento: Resolución número 79-2014 del 08 de octubre de 2014, 10:00 horas (expediente 13-003095-1027-CA)

Tribunal de Familia, Proceso abreviado de reconocimiento de unión de hecho: Resolución número 0020-2014 del 08 de enero de 2014 (expediente 13-001709-0165-FA)

Tribunal de Familia, Materia de Violencia Doméstica, Solicitud de medidas de protección contra la violencia doméstica: Resolución número 00453-2014, del 29 de septiembre de 2014, 16:10 horas (expediente 14-001008-0672-VD)

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I, Proceso de conocimiento: Resolución número 00049-2014 del 21 de julio de 2014, 13:30 hora (expediente 13-001409-1027-CA)

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección I, Proceso de conocimiento: Resolución número 79-2014 del 08 de octubre de 2014, 10:00 horas (expediente 13-003095-1027-CA)

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda Sección VI, Proceso de Conocimiento: Resolución número 00147-2011 del 28 de junio de 2011, 11:28 horas (expediente 09-000091-1027-CA)

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°7: Control de Convencionalidad (2019):4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Considerando 124.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (Excepciones

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Véase el párrafo 128.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Caso Gelman vs. Uruguay. (Supervisión de cumplimiento de sentencia). Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Solicitada por el Gobierno de Costa Rica: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos:180 https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

Artículo de Revista

Boyero Martín, Méndez José, Montoya César. “Una Mirada desde la OIT para la Generación de Indicadores para las Pyme Mexicanas y colombianas,” *Revista Visión de Futuro* N°21,(abril-junio2017):84-106,
http://revistacientifica.fce.unam.edu.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=440&Itemid=96

Camarillo Govea, Laura Alicia y Rosas Rábago, Elizabeth Nataly. "El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos" en *Revista IIDH*, No. 64 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-diciembre 2016):131.

Canales, Alejandro. "Migración y desarrollo en las sociedades avanzadas. Una mirada desde América Latina", *Polis Revista Latinoamericana*, No.35 (2013):3.

Castles, Stephen. Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales. *Scielo*, N°15(2010):49-80. Consultado 25 de junio, del 2021.

Chacón Mata, Alfonso. "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en las Jurisdicciones Centroamericanas: Pautas y Principios Interpretativos para la Convención Internacional de Trabajadores Migrantes y sus Familias", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Número monográfico extraordinario (2016):45.

Díaz Sánchez, Roberto J. "El control de convencionalidad. Una tarea pendiente para el proceso penal costarricense. El caso de la peligrosidad y las medidas de seguridad", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, No. 8 (junio, 2016): <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/25291>.

Donnelly, Jack. "The Relative Universality of Human Rights.(English)", *Human Rights Quarterly* 29, No 2, (mayo, 2007):281-306, ResearchGate, DOI: 10.1353/hrq.2007.0016

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México" *Boletín mexicano de derecho comparado* 44, No. 131 (mayo-agosto, 2011):291

Jinesta Lobo, Ernesto "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales". coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *FUNDAP* (México, 2012):15-17.

Massini Correas, Carlos Ignacio. "Iusnaturalismo e interpretación Jurídica. (Spanish)", *Dikaion* 19, No. 2 (dic., 2010):418, Academic Search Complete, EBSCOhost

Miranda Bonilla, Haideer. "El Control de Convencionalidad: una visión desde el ordenamiento jurídico de Costa Rica", *Revista da PGBC* 11, No. 1 (Brasília, 2017):213, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38102.pdf>

Vicente Gudiel, Juan Arnulfo y Véliz Arriaga, Leslie Argentina. "Reflexiones sobre el ejercicio del Control de Convencionalidad en Guatemala" en *Revista IIDH*, No. 64 (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio-diciembre 2016):75.

Warda- Abu, N. Las Migraciones Internacionales. *Revista de Ciencias de las Religiones*. Universidad Complutense de Madrid (2008): 33-50 <http://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/viewFile/ILUR0707550033A/25848>

Informes

Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Informe sobre las migraciones en el Mundo 2020, (Ginebra, Suiza, noviembre, 2019):2.

Organización de Naciones Unidas. Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, (Copenhague, 1995)

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Informe Técnico: La migración laboral en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, estrategia y líneas de trabajo de la OIT en la Región, (Lima, Perú, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016): 71.

Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Memoria del Director General: Trabajo Decente, Junio de 1999, <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm#La%20Declaraci%C3%B3n%20de>

González Morales, Felipe. "El informe de la CIDH sobre estándares interamericanos de derechos de los migrantes refugiados y otras personas en situación de movilidad", Anuario de Derecho Público UDP (2015), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37887.pdf>

Libros

Calduch, Rafael "*Los Organismos Especializados de las Naciones Unidas*", Cap.10 en Relaciones Internacionales de Rafael Calduch (Madrid, España, Ediciones de las Ciencias Sociales S.A, 1991), 192-193, Academic Search Complete, Academia.edu (consultado el 04 de septiembre del 2019) https://www.academia.edu/594426/Relaciones_internacionales

Hallivis Pelayo, Manuel L. "*Control Difuso de la Convencionalidad*", en El Juicio de Amparo en el Centenario de la Constitución Mexicana de 1917 Pasado, Presente y Futuro, Tomo II, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017):293 consultado el 08 de abril, 2021, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4337/35.pdf>

Orozco Solano, Víctor. "*Justicia Constitucional y Convencional*", 1ª ed. (San José, Costa Rica: IJSA, 2016),34.

Voorend, Koen y Rivers-Moore, Megan. "*Política social y la politización de la migración en América Latina*", en Puentes, no muros. Contribuciones para una política progresista en migraciones, de Mauricio Gaborit y otros, editado por Carlos Sandoval García, (2020):95-119, consultado el 09 de marzo del 2021, https://www.academia.edu/42501945/Puentes_no_muros_Contribuciones_para_una_pol%C3%A9tica_progresista_en_migraciones

Anexos

Anexo I Respuestas al cuestionario. Licenciada Laura Chinchilla Rojas, Jueza de Juicio, Tribunal Penal de Heredia.

Cuestionario para obtener información.

¿Qué es el control de convencionalidad?

Ese concepto deriva de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, iniciando en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile en 2006 y reiterada en otros desde entonces. A grandes rasgos (a riesgo de quedarme corta), implica que las personas juzgadas tenemos la obligación de velar porque la aplicación e interpretación de las leyes nacionales sea conforme con los parámetros de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual somos parte y que la propia Sala Constitucional costarricense ha admitido resulta norma de mayor rango sobre el ordenamiento interno.

¿Cuál es la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad?

El control de constitucionalidad tiene que ver con el derecho interno y la manera en que actos, resoluciones o normas concilian, o no, con la Constitución Política nacional como suprema. En Costa Rica, el mismo lo ejerce de forma concentrada la Sala Constitucional en sus pronunciamientos vinculantes y *erga omnes* según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por su parte, el control de convencionalidad concentrado lo ejerce la Corte IDH, mientras que el difuso (eventualmente) las autoridades judiciales y tienen como base la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La jurisprudencia interamericana ha instado a los órganos de constitucionalidad a ejercer, a su vez, un control de convencionalidad en el entendido de que, en ambos escenarios, se pretende resguardar derechos y garantías fundamentales que, a su vez, derivan de los derechos humanos y esa sería su relación indirecta. No obstante, no podría interpretarse el sistema interamericano como una instancia más dentro de procesos internos ni equipararse ambos tipos de controles que se rigen por reglas diferentes según sus competencias y ámbitos.

¿Considera usted, que en el ordenamiento jurídico costarricense se aplica el control de convencionalidad?

Estimo que en las dos últimas décadas se ha tomado mayor consciencia de ello y se ha intentado poner en práctica. No obstante, no cuento con datos objetivos para afirmarlo o negarlo.

¿Qué es el control difuso de convencionalidad?

Es el que ejercen las autoridades judiciales en el marco de la resolución de asuntos sometidos a sus consideraciones y que no pasan por un órgano específico que lo centraliza.

¿Considera usted, que todas las autoridades públicas de Costa Rica pueden aplicar el control difuso de convencionalidad?

Aplicarlo de manera directa no. Es decir, no podría por esa vía, declararse la inconvencionalidad e inaplicabilidad directa, sucesiva y *erga omnes* de una norma, por ejemplo. Sin embargo, dentro de las posibles interpretaciones que usualmente el derecho posibilita para un caso concreto, el control de convencionalidad implica un análisis y una decisión fundada en aquella que privilegie el respeto por la Convención y los derechos humanos, con respaldo en las normas nacionales e internacionales vigentes.

¿Cuál es su opinión, acerca de la interpretación y aplicación de normas internacionales de derechos humanos que no pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Son un insumo valioso y un parámetro orientador dentro del derecho comparado. De hecho, no es extraño que la Corte IDH cite precedentes de otras cortes como la Europea de Derechos Humanos en avances que esta haya dado en ciertos temas e, incluso, momentos en que se establece un diálogo entre cortes.

Pese a ello, si no deriva de un instrumento suscrito (en este caso por Costa Rica), no resultarían vinculantes por sí mismos, salvo que el propio Sistema Interamericano los haga propios y fije una posición sobre la base de la Convención.

¿Puede un juez costarricense aplicar un instrumento internacional que no ha sido ratificado por el país, y que no es parte del corpus iuris del Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

En mi criterio, las reglas del Derecho Internacional no lo posibilitan, pues la adscripción a un determinado instrumento pasa por ser una decisión soberana del Estado como tal y no de cada persona juzgadora.

De nueva cuenta, podría tenerse como orientadora, más no obligatoria.

¿Tiene conocimiento de algún caso de este tipo?

No

¿De ser afirmativa la respuesta anterior, y de acuerdo con su posibilidad de contestar, ¿cuál fue el fundamento utilizado por el Tribunal?

N/A

Con base en su experiencia, ¿cree usted que los jueces costarricenses se encuentran preparados y actualizados en materia de control difuso de convencionalidad?

Esta respuesta podría incurrir en una falacia de falsa generalización o de la parte por el todo. Es decir, difícilmente pueda afirmarse algo en afirmativo o en negativo porque implicaría censar a todas las personas juzgadoras actualmente en ejercicio.

Como indiqué antes (sin tener datos que soporten objetivamente lo que es una simple apreciación subjetiva), da la impresión de que, de un tiempo para acá, los planes de estudio de las universidades han empezado a tratar más a profundidad el tema del control de convencionalidad y eso podría abrir el panorama a quienes luego ejerzan la función de administrar justicia.

Aun así, la formación, preparación y actualización pasa también por una decisión e iniciativa personal que no todas las personas están dispuestas a asumir.

Anexo II Respuestas al cuestionario. Máster Juan Diego Zeledón, Abogado Ligante, Especialista en Derecho Laboral.

Cuestionario para obtener información.

¿Qué es el control de convencionalidad?

Corresponde al análisis que busca determinar que la conducta o omisión que se estudia u analiza, es acorde a las regulaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte IDH.

¿Cuál es la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad?

La relación entre ambos es la sujeción que posee los funcionarios públicos a analizar una situación determinada, en validar que la misma es acorde a la constitución y la convención. Encontrándose la convención por encima de la constitución siempre que brinde mayores garantías.

¿Considera usted, que en el ordenamiento jurídico costarricense se aplica el control de convencionalidad?

Sí, el control de convencionalidad es aplicado, prueba de ello es la jurisprudencia de las diferentes salas y especialmente de la Constitucional. El voto No.12783 – 2018 que reconoce el matrimonio igualitario es un claro ejemplo de ello.

¿Qué es el control difuso de convencionalidad?

El control difuso es aquel que puede ser aplicado de forma no concentrada, es decir, que aplica cada funcionario público independientemente de la jerarquía, al confrontar la normativa interna.

¿Considera usted, que todas las autoridades públicas de Costa Rica pueden aplicar el control difuso de convencionalidad?

Sí, creo la Sala IV ha mantenido la línea de la importancia del control de convencionalidad, misma que también ha mantenido la Corte IDH, obligándonos, al mismo.

¿Cuál es su opinión, acerca de la interpretación y aplicación de normas internacionales de derechos humanos que no pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Que los derechos humanos como universales pueden ser interpretados y aplicados por la Corte IDH, con la única condición que su contenido sea más protector. Pues los derechos humanos, están y solo basta su mención para que puedan ser reconocidos.

¿Puede un juez costarricense aplicar un instrumento internacional que no ha sido ratificado por el país, y que no es parte del corpus iuris del Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Siempre que la aplicación se encuentre debidamente fundamentada en la aplicación de una garantía mayor mediante algún tipo de control de convencionalidad, creo es posible.

¿Tiene conocimiento de algún caso de este tipo?

No.

¿De ser afirmativa la respuesta anterior, y de acuerdo con su posibilidad de contestar, ¿cuál fue el fundamento utilizado por el Tribunal?

Con base en su experiencia, ¿cree usted que los jueces costarricenses se encuentran preparados y actualizados en materia de control difuso de convencionalidad?

Creo que existe un desconocimiento profundo de lo que implica el control de convencionalidad, mismo que muchas veces es únicamente visto desde un control más concretado, incluso competencia de la Sala IV. Por lo que aún el desconocimiento es mayor, cuando se habla de un control totalmente difuso, que realmente garantice que cada decisión sea filtrada mediante el tamiz del contenido de la Convención.

Anexo III Respuestas al cuestionario. Doctor. Marcos Amador Tenorio, abogado laboralista, presidente de la Comisión de Derecho Laboral del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

¿Qué es el control de convencionalidad?

El control de convencionalidad es un **mecanismo** que se aplica para verificar que una Ley, Reglamento o Acto de una Autoridad de un Estado, se adecúa a los principios, normas y obligaciones establecidas en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

¿Cuál es la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad?

El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son mecanismos constitucionales en pro de los gobernados, ello con el objeto de salvaguardar los derechos humanos y garantías individuales de los gobernados frente a leyes y actos emitidos por autoridades estatales.

¿Considera usted, que en el ordenamiento jurídico costarricense se aplica el control de convencionalidad?

Si, efectivamente en Costa Rica el control de convencionalidad ha jugado un papel importante en las diferentes resoluciones que han emitido los jueces, tanto de legalidad como de convencionalidad; así la aplicación del convenio 11 de la OIT en el caso de un migrante de nacionalidad china que había solicitado permiso de trabajo para laborar y éste fue denegado en vía administrativa, la Sala Constitucional vino a ejercer la aplicación de dicho convenio para caer en una posible discriminación en razón de la nacionalidad (Ver Resolución 12497-2016, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia).

En este mismo orden de ideas, el poder de convencionalidad fue aplicado, verbigracia, en la Resolución 5.000-93 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en donde por aplicación de los convenios 87, 98 y 135 de la Organización Internacional de Trabajo, se incluyó en el fuero de protección sindical a los “representantes libremente electos por los trabajadores y constituidos en Comités Permanentes de Trabajadores”.

¿Qué es el control difuso de convencionalidad?

El control difuso de convencionalidad refiere que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras. el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

¿Considera usted, que todas las autoridades públicas de Costa Rica pueden aplicar el control difuso de convencionalidad?

Si, desde 1988 con la creación de la Sala Constitucional, en el país se ha dado la aplicación del modelo concentrado, por medio del cual se le otorga a esa Sala de la Corte Suprema de Justicia, la atribución de declarar, por votación de los dos tercios del total de los magistrados, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos y resoluciones gubernativas. Con ello se establece un órgano encargado del control constitucional, entendiendo así que la aplicación del modelo radica en la eficacia y con el fin de la aplicación de un sistema político y jurídico funcional y adaptado a la ley, que cumpla las mismas características para el pueblo.

Sin embargo, en materia de convencionalidad, a las personas juzgadoras, les es obligatoria la aplicación de control difuso de convencionalidad en razón de los convenios firmados con la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen rango superior a la ley interna.

¿Cuál es su opinión, acerca de la interpretación y aplicación de normas internacionales de derechos humanos que no pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Las normas internacionales sobre derechos humanos en el tanto tutelén de mejor manera la situación jurídica de la persona, privarán por encima incluso de la Carta Magna. Esta afirmación la encontramos recogida en la resolución N^a 3.805 de las nueve horas con treinta minutos del veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y dos de la Sala Constitucional, en el que concretamente se dijo:

“Los tratados o convenios internacionales, por mandato expreso del artículo 7 de nuestra Constitución, son normas investidas de una fuerza vinculante superior a la de las leyes comunes, como lo es el citado Código. Más la reforma constitucional de 1989, que modificó entre otros, el artículo 48, creó una nueva categoría de normas: los tratados y en general, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la República. La Sala estima que estos instrumentos sobre derechos humanos tienen un rango superior a la de los demás, y que tienen otra característica adicional -la más importante- que complementan la Constitución Política en su parte dogmática.”.

Otro antecedente de especial importancia es la Resolución N° 9.687 de las 14:56 horas del 01 del año 2000 en el que la Sala Constitucional fue más allá de su anterior postura, por cuanto sostuvo que **los instrumentos sobre derechos humanos, podrían ser aplicados, incluso cuando no hubieran cumplido con el trámite de aprobación dispuesto por la Ley Fundamental:**

“La aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país sirven en primer término, como lo indica la norma, como parámetros de decisión en los procesos de hábeas corpus y de amparo, pero en la jurisprudencia de la Sala también se acude a ellos en la decisión de cualquier asunto que se somete a su conocimiento y resolución, fundamentalmente porque el papel central que cumple, es el de garantizar el principio de supremacía de la Constitución, hoy extendido más allá y por encima del mero texto constitucional. En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento de tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país.” (Subrayado agregado)

Se debe aclarar que el anterior criterio no ha sido de aplicación extendida a todos los tratados internacionales, más resulta de vital interés para el tema en estudio, dado que ejemplifica el ánimo que ha tenido la Sala Constitucional de mejorar la cobertura de los derechos humanos para todos aquellos que invoquen su protección.

¿Puede un juez costarricense aplicar un instrumento internacional que no ha sido ratificado por el país, y que no es parte del corpus iuris del Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

De conformidad con lo indicado en las resoluciones de la Sala Constitucional referida supra, es claro que si el juez desea aplicar un criterio amplio en sus resoluciones y teniendo como parámetro los principios “pro-libertatis y pro-honminis” perfectamente lo puede aplicar.

¿Tiene conocimiento de algún caso de este tipo?

Sí en la sentencia 8858-98 de la Sala Constitucional, de las 16:33 horas del quince de diciembre de 1998, en el cual se declaró la inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 90 de la Ley General

de Policía, voto en el cual señala el Tribunal que “existen disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos que imponen a los Estados firmantes diversas obligaciones en relación con la necesidad de dar un tratamiento no discriminatorio a los extranjeros en materia de acceso a *empleo y condiciones de trabajo*.”

“Expresamente se citan en esta sentencia los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo, así como la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, lo mismo que la Declaración sobre Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País donde viven.” (Calvo Esteban, 2015, página 21)²⁵¹.

Los mismos instrumentos indicados de la OIT, han sido invocados en la sentencia 7660-1999 de las dieciséis horas con doce minutos del seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley Orgánica del Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica y del artículo 5 inciso e) del Reglamento de Afiliación Interina del citado Colegio, considerando que tales normas establecían para la colegiatura una condición adicional a ser cumplida únicamente por las personas extranjeras por su condición de tales, lo que juicio de la Sala Constitucional se convertía en una violación al derecho del trabajo (Calvo Esteban, 2015, página 21)

¿De ser afirmativa la respuesta anterior, y de acuerdo con su posibilidad de contestar, ¿cuál fue el fundamento utilizado por el Tribunal?

La Sala Constitucional en referencia a este tema ha indicado:

“A pesar de que Costa Rica no ha aprobado los Convenios 97 y 143 de la OIT, sobre protección de trabajadores migrantes, el primero de ellos denominado “Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes”, del año 1949 y el segundo titulado “Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los Trabajadores Migrantes”, de 1975, los criterios ya aceptados sobre la existencia de un bloque de constitucionalidad que incluye convenios de Derechos Humanos no ratificados por el país, ha

²⁵¹ CALVO Rodríguez, Esteban. “La persona Trabajadora Migrante en la Jurisprudencia Constitucional, Principio de Igualdad y Derecho del Trabajo”. Investigación auspiciada por la OIT y CONAMAJ, mayo. 2015

permitido aplicar tales instrumentos como fuente directa de derechos laborales a favor de las personas extranjeras.”

Con base en su experiencia, ¿cree usted que los jueces costarricenses se encuentran preparados y actualizados en materia de control difuso de convencionalidad?

Como en todo conglomerado humano y profesional, debo de afirmar por mi experiencia forense, que algunos jueces están muy bien preparados y han logrado hacer eco de las resoluciones de la Sala Constitucional que ha afirmado la aplicación amplia de los instrumentos internacionales, incluso los no ratificados por nuestro país. Lamentablemente no ocurre lo mismo en la mayoría de las y los señores jueces, ello sea dicho, con el mayor respeto.

Anexo IV Respuestas al cuestionario. Doctor Víctor Orozco Solano, Especialista en Justicia Constitucional, y Derechos Humanos.

¿Qué es el control de convencionalidad?

Es un mecanismo que le permite a todos los jueces y a las autoridades públicas aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el corpus iuris interamericano. Pero no solo ello, sino también, en el ordenamiento jurídico costarricense, cualquier norma en materia de derechos humanos.

¿Cuál es la relación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad?

Es claro que el control de constitucionalidad guarda cierta relación con el control de convencionalidad. Ambos deben ser utilizados por los jueces para realizar el juicio de conformidad del ordenamiento jurídico con respecto a la Norma Fundamental y los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos aplicables en la República. Además, el contenido de ese control es muy similar, sobre todo en lo que atañe a la parte dogmática de las Constituciones, que contienen las declaraciones de derechos fundamentales.

¿Considera usted, que en el ordenamiento jurídico costarricense se aplica el control de convencionalidad?

Debería aplicarse por fuerza de los instrumentos que rigen el sistema de justicia constitucional costarricense.

¿Qué es el control difuso de convencionalidad?

El llamado control difuso de convencionalidad es el que aplican todos los jueces, con respecto al corpus iuris interamericano en el marco de sus competencias procesales. Desde luego que en el sistema de justicia constitucional costarricense ello no supone que el juez ordinario pueda inaplicar una norma con rango de ley por inconstitucional o no convencional, sino que tiene que hacerlo en el marco de sus competencias, por lo que en un sistema de justicia constitucional hiper concentrado como el nuestro solo el Juez Constitucional puede hacerlo, el juez ordinario debe plantear la consulta.

¿Considera usted, que todas las autoridades públicas de Costa Rica pueden aplicar el control difuso de convencionalidad?

Deben plantear la consulta a la Sala, quien tiene el monopolio del rechazo, es decir, solo ella pueda expulsar del ordenamiento jurídico una norma inconstitucional o no convencional.

¿Cuál es su opinión, acerca de la interpretación y aplicación de normas internacionales de derechos humanos que no pertenecen al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Me parece que en razón del principio pro homine y pro libertate y por la fuerza misma de la Convención, la Corte IDH puede utilizar esos instrumentos.

¿Puede un juez costarricense aplicar un instrumento internacional que no ha sido ratificado por el país, y que no es parte del corpus iuris del Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

Así lo dijo la Sala Constitucional en el año 2000 con ocasión de la consulta legislativa de constitucionalidad sobre el Estado de la Corte Penal Internacional.

¿Tiene conocimiento de algún caso de este tipo?

En materia de derecho ambiental, la Sala ha utilizado varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como las reglas mínimas para el tratamiento de los privados de libertad, que contiene el mencionado principio de separación entre indiciados y sentenciados.

¿De ser afirmativa la respuesta anterior, y de acuerdo con su posibilidad de contestar, ¿cuál fue el fundamento utilizado por el Tribunal?

Se citó las normas como parte del fundamento del fallo.

Con base en su experiencia, ¿cree usted que los jueces costarricenses se encuentran preparados y actualizados en materia de control difuso de convencionalidad?

Falta mucha capacitación sobre el tema.