

# EL CONCEPTO DE “PERSONA TRABAJADORA MIGRANTE” COMO FORMA DE DISCRIMINACIÓN

MSC Jorge Olaso Álvarez

**Resumen:**

## **ANTECEDENTES PREVIOS:**

En virtud de la complejidad de analizar todas las formas de discriminación laboral que se manifiestan en Costa Rica, me focalizaré en el tema de las personas trabajadoras migrantes y sus dificultades de integración en el mercado laboral costarricense.

## **DEFINICIÓN DE TRABAJADOR MIGRANTE EN EL MARCO DE LA OIT**

Como norma de importante referencia los instrumentos números 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo, establecen criterios de distinción para referenciar este tipo de trabajador. El artículo 11 del convenio 143 establece: *“...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<sup>1</sup>”*.

Por otra parte, el artículo 6 del Convenio número 97 dispone que constituye una obligación de los Estados miembros es la de aplicar a todos los inmigrantes que se encuentren legalmente dentro de su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que le aplique a sus propios nacionales en relación a los siguientes aspectos:

- a) siempre que los puntos estén reglamentados en la legislación o dependan de las autoridades administrativas: i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares, cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo en domicilio, la edad de admisión al empleo, el

---

<sup>1</sup> Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, número 143, 24 de junio de 1975, entró en vigor el 09 de diciembre de 1978.

aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores; ii) la afiliación a organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos, iii) la vivienda; b) la seguridad social (es decir las disposiciones relativas a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier riesgo que, de acuerdo a la legislación nacional, esté comprendido a un régimen de seguridad social) a reserva: i) acuerdos aprobados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición; ii) de disposiciones especiales establecidas por el país de la inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal; c) los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada<sup>2</sup>.

Vale destacar que, a pesar del alto porcentaje de población migrante que cuenta nuestro país ambos instrumentos no han sido ratificados por Costa Rica, la misma situación ocurre con la llamada “*Convención Internacional sobre la Protección de los trabajadores migratorios y de sus familiares*” de la Organización de las Naciones Unidas, que analizaré a continuación.

### **“LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES” EMITIDA POR LA ONU.**

Dicha normativa fue dictada, precisamente, tomando como antecedentes previos el “*Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes*”<sup>3</sup> (número 97), el “*Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*”<sup>4</sup> (número 143),

---

<sup>2</sup> Convenio relativo a los trabajadores migrantes, número 97, 1 de julio de 1949, entró en vigor 01 de enero de 1952.

<sup>3</sup> *Ídem*.

<sup>4</sup> Convenio 143, *Op. Cit.*

la “Recomendación sobre trabajadores migrantes” (números 86<sup>5</sup> y 151<sup>6</sup>), el “Convenio relativo a trabajo forzoso u obligatorio<sup>7</sup>” (número 29) y el “Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso<sup>8</sup>” (número 105). La convención tiene la característica que no solo protege a los trabajadores migrantes sino que también a sus familiares, comprendiendo la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia y el ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de Empleo, así como el regreso al Estado de origen o de residencia actual (artículo 1)<sup>9</sup>.

En forma similar a como lo establece el artículo 11 del Convenio 143 de la OIT, se define al trabajador migrante como aquel que “...*toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional...*”<sup>10</sup>. A diferencia de otros instrumentos de la OIT, en su artículo 2, se introducen conceptos tales como “*trabajador fronterizo*” (todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regresa cada día o al menos una vez por semana); “*trabajador de temporada*” (todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y solo se realice durante parte del año). Incluso equipara los términos “trabajador marino” con “trabajador migratorio”, como todo empleado a bordo de una embarcación registrada en un Estado del que no sea nacional. También se define al “trabajador en una estructura marina”, como toda aquella persona trabajadora migratoria que es empleada en una de estas estructuras que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado del que no sea nacional. “*Trabajador itinerante*” es todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, debe viajar a otro Estado u otros Estados por periodos breves, debido a su ocupación; “*trabajador vinculado a un proyecto*” todo

---

<sup>5</sup> Recomendación sobre los trabajadores migrantes, número 86, del 1 de julio de 1949.

<sup>6</sup> Recomendación sobre los trabajadores migrantes, número 151, del 24 de junio de 1975.

<sup>7</sup> Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, número 29, del 28 de junio de 1930, entró en vigor el 1 de mayo de 1932.

<sup>8</sup> Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, número 105, del 25 de junio de 1957, entró en vigor el 17 de enero de 1959.

<sup>9</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, del 18 de diciembre de 1990, entró en vigor el 1 de julio de 2003.

<sup>10</sup> Convenio 143, *Op. Cit.*

trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador. Asimismo, se introducen una serie de condiciones para pre-establecer la figura del trabajador migratorio “con empleo concreto”<sup>11</sup>.

Dentro de las condiciones de “no discriminación” al trabajador migrante y a sus familiares, se introduce la parte III referente a los derechos humanos. El artículo 8 garantiza que, tanto el trabajador como su familia podrán libremente salir de cualquier Estado, incluido su Estado de origen, sin restricción alguna<sup>12</sup>. Su derecho a la vida debe estar protegido por ley (artículo 9)<sup>13</sup>; así como su derecho a no ser sometidos a esclavitud o a cualquier tipo de servidumbre, ni a trabajos forzosos u obligatorios (numeral 11)<sup>14</sup>.

Con respecto a sus creencias religiosas, tanto el trabajador migrante, como su núcleo familiar, tendrán libertad de pensamiento y de religión y no podrán limitarse las actividades tendientes a profesar dichas creencias ni es posible restringir la enseñanza de esa fe (artículos 12 y 13)<sup>15</sup>. En cuanto a la tutela del derecho de propiedad sobre sus bienes, se garantiza que el trabajador migratorio no puede ser privado de éstos en virtud de expropiación, a menos de recibir una indemnización por esto (artículo 15)<sup>16</sup>.

Los numerales 16 y siguientes de la convención establecen una serie de garantías procesales para el trabajador inmigrante y sus familiares. Primeramente, el artículo 16 garantiza la protección del Estado contra toda violencia, daño corporal o intimidación de parte de funcionarios públicos o particulares, grupos o instituciones<sup>17</sup>. Importante mención se debe hacer en torno a la obligación de garantizar la identidad de los trabajadores migrantes y de sus familiares, con arreglo a los procedimientos establecidos por la ley, lo cual será objeto de un análisis posterior cuando hagamos mención a los instrumentos implementados por

---

<sup>11</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, *Op. Cit.* Art. 2

<sup>12</sup> *Ibidem.* Art. 8

<sup>13</sup> *Ibidem.* Art. 9

<sup>14</sup> *Ibidem.* Art. 11

<sup>15</sup> *Ibidem.* Art. 12 y 13

<sup>16</sup> *Ibidem.* Art. 15

<sup>17</sup> *Ibidem.* Art. 16

el Poder Judicial de Costa Rica para garantizar dicha identidad de la persona migrante. Los incisos 5 y 7 establecen una serie de derechos en caso de detención arbitraria al trabajador migrante y a su familia.

Asimismo el artículo 18, garantiza que la persona trabajadora migrante tiene derecho a ser oída y a tener los mismos derechos que los nacionales antes los tribunales y la Cortes de justicia, esto a través de tribunales independientes e imparciales establecidos por la ley, ante cualquier acusación de carácter penal, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. En síntesis, dicho artículo establece como “garantías mínimas” del trabajador migratorio y de su familiar las siguientes:

- a) a ser informado, sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y de las causas de acusación formuladas en su contra; b) disponer de los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección; c) a ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) a hallarse presente en el proceso, y a ser asistido por un defensor gratuito nombrado al efecto, si careciere de medios para pagar uno; e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los de descargo y que sean interrogados en las mismas condiciones que los de cargo; f) ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable<sup>18</sup>.

Asimismo, el inciso 5º de esa norma garantiza el principio de doble instancia en materia penal.

## **A PESAR DE QUE COSTA RICA NO HA RATIFICADO ESOS INSTRUMENTOS SE HAN ADOPTADO MEDIDAS PARA GARANTIZAR SU IMPLEMENTACIÓN.**

Dentro de esas medidas tenemos las siguientes:

### **A. LA CIRCULAR NÚMERO 220-14 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

---

<sup>18</sup> *Ibidem*. Art. 18

Dicha circular fue dictada, específicamente, para garantizar el acceso de las personas migrantes a los procesos ordinarios laborales, o bien a las que hubieran solicitado su condición de refugiado o refugiada. Primeramente, la norma ordena a las personas servidoras judiciales el recibir y dar trámite a las denuncias y demandas laborales planteadas por personas migrantes, independientemente de que carezcan de documentación o que ésta no se encuentre vigente, pasaporte provisional y carnet consular. Se permite incluso que la persona menor de edad formule su demanda, para lo cual se le informarán los derechos contenidos en el Código de la Niñez y de la Adolescencia, ya que de acuerdo al artículo 86 de esa normativa poseen capacidad procesal a partir de los quince años<sup>19</sup>.

Un importante avance es que al darle curso al proceso laboral, la autoridad jurisdiccional debe valorar la pertinencia de solicitar a la Dirección General de Migración y Extranjería el otorgamiento de una autorización de permanencia migratoria provisional a las personas extranjeras bajo los términos de una “permanencia judicial” (artículos 72 e inciso 5) del 94 de la Ley General de Migración y Extranjería<sup>20</sup>, lo cual se hace extensivo también a las personas que vayan a rendir declaración como testigos.

En ese entendido, la decisión jurisdiccional de no continuar con el trámite del proceso, en razón de falta de documento de identidad idóneo de una persona migrante, se efectuará por resolución fundada y debidamente notificada a las partes, luego de agotarse las posibilidades de identificación y documentación.

Asimismo, aparte de capacitación de los jueces, le ordena a la Escuela Judicial realizar talleres de sensibilización con ocasión de esta directriz. De esta forma, a pesar de que el Estado costarricense no ha ratificado ninguno de los instrumentos internacionales de la OIT ni de la ONU, al menos cuenta con una directriz a nivel judicial con el fin de garantizar derechos procesales a las personas migrantes.

---

<sup>19</sup> Disposiciones para el acceso efectivo a los procesos judiciales laborales de las personas migrantes, solicitantes de la condición de refugio y refugiadas, número 220-2014, 23 de setiembre de 2014.

<sup>20</sup> Ley general de migración y extranjería, número 8764, del 19 de agosto del 2009, entró a regir el 1 de marzo del 2010.

## **B.- EL VOTO 2261-12 DE LA SALA CONSTITUCIONAL**

Dicho voto tiene una importancia capital para eliminar la discriminación hacia las personas migrantes, puesto que a pesar de que la Convención de la ONU que analizamos anteriormente no ha sido ratificada por nuestro país, la Sala la toma como un marco de referencia importante para la solución del caso.

El recurso de amparo que motiva la decisión es interpuesto por una señora con condición de residente contra la Directora del Hospital de Liberia de la Caja Costarricense del Seguro Social. Ella alega que debe realizarse varias operaciones en ese hospital, pero que no se le atiende aduciendo que tiene su cédula de residencia vencida. La Sala fundamenta su voto en una interpretación del artículo 7 de la Ley de Migración y Extranjería, en cuanto dispone que la política migratoria se orienta a la implementación de acciones conjuntas por medio de la coordinación interinstitucional, a fin de brindar una respuesta efectiva a la situación migratoria. De esta forma, se afirma que la política migratoria debe garantizar la seguridad social de la persona migrante, a través de la Caja Costarricense del Seguro Social. De igual forma, la Sala analiza el numeral 32 de esa norma porque dispone que las personas extranjeras estarán sujetas al pago de cargas tributarias y de seguridad social<sup>21</sup>.

Por último, pero quizás lo más relevante es que hace mención a diversos instrumentos ratificados por Costa Rica –incluyendo el Convenio 102 de la OIT–, pero se incluye también un desarrollo acerca del numeral 25.1 de la Convención Internacional de la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus familiares<sup>22</sup>, el cual como explicamos no ha sido ratificado aún por nuestro país, pero aun así se utiliza como un fundamento para señalar que este tipo de trabajadores tienen el derecho a gozar de un trato que no sea menos favorable a los que reciben los nacionales del Estado de Empleo en lo tocante a remuneración y otras condiciones de trabajo, es decir horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, y otras condiciones de trabajo. Asimismo, la Sala cita el artículo 28 que garantiza a los trabajadores migratorios y a sus familiares el derecho a recibir cualquier atención

---

<sup>21</sup> Sala Constitucional, voto número 2261-12, del 17 de febrero del 2012.

<sup>22</sup> Convención Internacional de la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus familiares, *Op. Cit.*

médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a la salud en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado que se trate. Se recalca que esa atención no puede negarse por motivo de irregularidad en lo que respecta a permanencia o empleo.

El voto también menciona los numerales 43.1 y 45.1. El primero en cuanto garantiza una igualdad de acceso a los servicios de salud y sociales para los trabajadores migratorios. El segundo es todavía más claro en relación al trabajador migratorio no asegurado, pues la Sala indica que, con base a él no es factible denegar la atención médica a pesar de no haber llenado esos requisitos.

De esta forma, considero yo que estas dos medidas son un ejemplo claro de evitar políticas de discriminación contra trabajadores migrantes y sus familias.

## **LA CONDICIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA INMIGRANTE FRENTE A LA REFORMA LABORAL**

En la actualidad, la reforma laboral nos ofrece una amplia gama conceptual de formas de “discriminación” y también mecanismos de tutela tendientes a evitar esas formas.

En este corto estudio, señalaré cuáles son esos mecanismos y, a su vez la necesidad de esclarecer qué si la no discriminación se ubica dentro del marco político-retórico-ideológico y sectario de los derechos humanos “morales o naturales”.

Los numerales 404 a 410 de la reforma laboral de 2017, regulan expresamente la “prohibición de discriminar”. Específicamente, el numeral 404 prohíbe discriminación por razones de “etnia”, “raza”, “ascendencia nacional” y “forma análoga de discriminación”.

Partiendo de las premisas metodológicas (analistas-realistas-instrumentales y prácticas) sugeridas por el profesor Enrique Pedro Haba<sup>23</sup>, como punto de partida, debemos asumir que el texto jurídico del que extraíamos esas palabras

---

<sup>23</sup> Haba, Enrique Pedro. *“Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales”*, pág. 293.



está sujeto a formas de interpretación distintas y que no pueden tildarse de *correctas* o *verdaderas*, por lo que, al utilizar un lenguaje enmarcado en una textura abierta (conceptos jurídicos indeterminados), términos como la “etnia, la raza, la ascendencia nacional y, por supuesto, las formas análogas de discriminación”, jamás podríamos afirmar que, tiene un único sentido.

Es por esto que, la pregunta que evoca don Enrique Pedro, en el libro en mención, es precisamente la que se hace cualquier persona operadora en derecho en razón del numeral 404 *ibídem*, la cual sería, más o menos la siguiente, ¿cuál es la interpretación que debo realizar de las palabras *etnia*, *raza* y *ascendencia nacional*, para no caer en “inconsistencias” o “incongruencias”? Esto para asumir que no estamos ante una “encrucijada”<sup>24</sup> de abandono total, que haga que la persona interprete caiga en la búsqueda “imposible” de un significado jurídico “correcto” o “el mejor” o el más “razonable o lógico”.

El primer presupuesto metodológico que, sugiere Haba, nos acerca al tema de la “magia verbal”, pero también nos sugiere un despertar de la fantasía de los conceptos. Es por esto, que nos impulsa, a verificar que, ese mundo de los conceptos, no hay “letra” de la ley, o “espíritu” de la misma, ni mucho menos una “voluntad o intención del legislador” o un marco de “racionalidad” ni “técnicas de ponderación”, que “bajen” del “cielo” para resolver el problema de la interpretación, si no que la única llamada a DECIDIR es la persona que va a realizar esa interpretación.

Bajo esta premisa, se requiere efectuar una limpieza terminológica de esos conceptos, para iniciar un esbozo de definición de los mismos. En primer término, la palabra *etnia*, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, deriva del griego *éthnos*, que significa *pueblo*. Tiene los siguientes significados “...**comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etcétera**”.

El término *raza*, deriva del italiano *razza* y del francés *race*. Implica “...**casta o calidad del origen o linaje. Cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies biológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia...**”. La última definición se relaciona con un tema distinto, vinculado con las cosas. Con esta aclaración, el diccionario de la RAE, indica que la raza se

---

<sup>24</sup> Ob.cit.pág. 293.

vincula con el origen de las cosas, en relación con ciertas características que las definen.

El término “ascendencia nacional”, está compuesto de dos palabras. Por ascendencia, el dicho menciona el concepto de “origen, procedencia de algo”, en tanto que “nacional” es definido con los siguientes adjetivos “**...perteneciente o relativo a una nación...**”, y “**...natural de una nación, en contraposición a extranjero...**”. Por último, tenemos el término “**forma análoga de discriminación**”.

El término análoga tiene su origen en la raíz latina *analogus* y ésta a su vez deriva del griego *análogos*. En cuanto a sus definiciones, para efectos de este texto, me permitiré elegir dos de ellos. El primero hace referencia al adjetivo que significa “**...tener analogía con algo...**”. El segundo término es un adjetivo vinculado con la biología, que lo define como “**...dicho de dos o más órganos: que pueden adoptar aspecto semejante por cumplir determinada función, pero que no son homólogos, por ejemplo, las alas, en aves e insectos...**”. En cuanto a la palabra analogía, esta tiene muchos significados también. Nuevamente elegiré algunos de ellos para efectos de este estudio.

Dentro de estos conceptos, tenemos “**...relación de semejanza entre cosas distintas...**”, “**...un razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes...**”. Específicamente, en la rama del derecho se dice que “**...es el método por el que una norma jurídica se extiende, por identidad de razón, a casos no comprendidos en ella...**”. En gramática, se define como “**...semejanza formal entre los elementos lingüísticos que desempeñan igual función o tienen entre sí alguna coincidencia significativa...**”.

Por último, la palabra “discriminación” evoca “**...forma y efecto de discriminar...**”. Por discriminar, el diccionario de la Real Academia Española establece que es un verbo transitivo que significa “**...seleccionar excluyendo...**” o bien “**...dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos o de sexo, etcétera...**”

Todas estas indeterminaciones conceptuales, nos llevan a concluir que, a los pocos meses de entrada en vigencia de la reforma procesal laboral, los órganos jurisdiccionales, deben ejercer la difícil tarea de darle contenido a estos conceptos

jurídicos indeterminados vinculados con el tema de la persona trabajadora inmigrante.

En mi criterio, todo este marco de protección tiene especial relevancia en el tema del proceso de protección de fueros especiales y de tutela del debido proceso. Podríamos pensar en los casos en que la persona migrante es discriminada por razones de “etnia”, “raza”, “ascendencia nacional” y “forma análoga de discriminación”. Bajo esta premisa, podría pensarse en escenarios totalmente distintos. Me explico.

Pensemos en la hipótesis, en la que la persona trabajadora migrante ya ha sido contratada y desarrolla su relación laboral y, posteriormente es “cesada” por razones de estructuración de la empresa o cualquiera en la sugieran parámetros objetivos pero que, en realidad, los temas de la etnia, raza o ascendencia nacional de la persona migrante son las causas que llevan a la decisión patronal de dar por terminada la relación laboral.

Bajo los supuestos que establece el numeral 540 de la reforma laboral, me parece que, la persona trabajadora migrante calza en el supuesto de una forma “análoga de discriminación”, pues salvo que encuadre en alguno de los supuestos concretos de esa norma (estabilidad de empleo en sector público o privado, algún fuero especializado de protección (mujeres en estado de embarazo o lactancia, personas adolescentes trabajadoras, personas sindicalizadas, personas que se ubican en el supuesto del numeral 620 de la reforma laboral, o cualquier fuero especial establecido por ley o por una convención colectiva), la única forma de garantizarle acceso a este proceso sería a través de dicha forma análoga.

Ya en cuanto al procedimiento judicial en sí, el numeral 542 establece que, ante el juzgador o la juzgadora laboral, se debe demostrar esa forma “análoga de discriminación” (artículo 477 *ibídem*), ello implicaría que, en mi opinión, la persona migrante debería demostrar su status migratorio, o bien su raza, etnia o ascendencia nacional y argumentar, desde el punto de la vista de la construcción fáctica que esa situación provocada por su status, su raza, etnia o ascendencia nacional fueron las que llevaron a la parte empleadora a dar por finalizada la relación laboral, contrario a lo que se indicó en el certificado de cese de la relación laboral.

Debemos acotar que, de acuerdo a la naturaleza protectora de ese proceso, la carga de la prueba de la parte accionante es muy cómoda, procesalmente

hablando, dado que basta los aspectos que antes reseñé queden probados para tener un acceso a este mecanismo procesal. Recordemos que, una vez planteada la demanda de tutela y ordenado su traslado es a la parte empleadora a la que corresponde demostrar “...**la justificación de la objetividad, racionalidad y proporcionalidad de las medidas o las conductas señaladas como discriminatorias en todas las demandas relacionadas con discriminaciones...**”.

En otras palabras, aplicando esta hipótesis al caso de la persona migrante, la parte patronal que decidió cesar a un trabajador o una trabajadora en esa condición debería acreditar que su decisión de cesarla obedeció a razones de objetividad, racionalidad y proporcionalidad y no en razón de las condiciones de etnia, raza o ascendencia nacional de la persona trabajadora migrante.

Siguiendo con aspectos procedimentales, tenemos que la persona juzgadora debe substanciar el procedimiento sin pérdida de tiempo, posponiendo otros procesos inclusive. EN LAS 24 HORAS siguientes de la solicitud, se debe solicitar un informe detallado de los hechos que motivan la acción.

Existe la necesidad de solicitar un informe, ese informe debe ser rendido bajo juramento dentro de los 5 DIAS SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN. Informe como medio de prueba. Art. 479 INC. 5. Debe incluir documentos relaciones con la parte, una copia certificada del expediente administrativo (relaciones de empleo público y procedimiento de debido proceso). SIN COSTO ALGUNO PARA LA DEMANDANTE.

*Si la actuación tiene resultados lesivos, se podrá ordenar la suspensión del acto y la accionante será respuesta provisionalmente a la situación previa del acto impugnado. Art. 493. Se ordena sin garantía.*

Ese acto de suspensión ordenado cautelarmente puede revisarse y modificarse, a instancia de la parte accionada, hecha mediante la interposición del recurso por razones de conveniencia o de interés público. O porque, valorada la medida, no existen evidencias concluyentes de discriminación, sin perjuicio del fondo.

En mi criterio, esos recursos serían los siguientes, tendría recurso de revocatoria y de apelación, cuyo fundamento devendría de los numerales 581 (dentro de tercero día) y apelación, de acuerdo al numeral 583 INC. 10. TIENE APELACION EN ESE MISMO PLAZO.

Existen diferencias en el procedimiento de acuerdo al régimen (artículo 543 ibídem). Me explico.

Cuando la actuación discriminatoria se da en sede administrativa, necesariamente es parte el Estado o a quien corresponda, aunque no se solicite. Con respecto a entidades no estatales, instituciones semi o autónomas o municipalidades. La resolución inicial se notifica a la Procuraduría, o al órgano jerárquico de la institución autónoma o al órgano que lo represente legalmente, para que se apersona dentro del plazo de 5 días.

Ahora bien, cuando el discriminatorio hacia la persona migrante se ejerce en régimen de empleo privado. Se debe dar traslado se da a la persona que ejerza funciones de dirección o administración (art. 5 CT). 182 y 186 CCOM. Se le atribuye la conducta ilegal. LA NOTIFICACIÓN TIENE EFECTOS DE EMPLAZAMIENTO PARA LA PARTE EMPLEADORA. Art.413, 499, y se le advertirá que puede defender sus derechos por el representante legítimo. Art. 447 y 451.

En cualquiera de los regímenes, la parte empleadora debe presentar copia certificada del expediente en que se tramitó el debido proceso, solo si la violación se basa en esto. Art. 543.

Con respecto, a las notificaciones del traslado del proceso, está se realiza a través de los medios autorizados por ley. Ley de notificaciones o art. 465 y 469 CT.

Puede incluso recurrirse al Ministerio de Trabajo y a la policía para la notificación. En caso de ser solicitado por la persona migrantes puede tener asistencia social gratuita.

Concretamente, en torno a la notificación, ésta puede diligenciarse por asistente judicial o funcionario designado al efecto. OCN pero no limita. Puede ser incluso notarial (ley de notificaciones).

Entre las consecuencias procesales del traslado, el artículo 544 señala una serie de circunstancias.

La primera de ellas consiste en no contestar dentro del plazo de cinco días y no presentar oposición a la demanda. Bajo mi criterio, si la parte demandada formula su oposición en forma extemporánea, su gestión no es válida.

La segunda situación se presenta al no aportar el expediente administrativo, dentro del término de cinco días.

Las consecuencias legales de ambos supuestos generan el declarar con lugar la acción. Sin embargo, la misma normativa da la posibilidad de apreciar la contestación y documentos extemporáneos, pues la brinda la posibilidad a la persona juzgadora de apreciar los autos para generar una consecuencia distinta.

Ahora bien, las hipótesis son distintas cuando se contesta la demanda en plazo y se ofrece el correspondiente expediente. En estos casos se da la audiencia a la parte actora, por tres días, la cual puede ofrecer contraprueba.

En el caso de que se ofrezca prueba no documental, se debe practicar una audiencia única, que pienso yo, es muy similar a la fase complementaria del proceso ordinario (artículo 518). Esa prueba ofrecida, debe ser alguna de la prevista por el artículo 479, no obstante, la persona juzgadora debe apreciar que, de acuerdo al numeral 478, inciso 10), de la reforma, la carga de la prueba sobre la objetividad, racionalidad y proporcionabilidad de las medidas tomadas en despidos discriminatorios deben ser demostradas por la persona empleadora. Esto es de especial relevancia, cuando se recurre a este proceso especial alegando alguna forma análoga de discriminación.

Otro cuidado que debe tener la persona juzgadora es que esa audiencia de recepción de prueba debe señalarse con prioridad a otros señalamientos.

En torno al dictado de la sentencia, en mi criterio, la parte dispositiva debe de ser dictada en forma oral en audiencia, tal y como lo establece el citado numeral 518 y, posteriormente dentro del plazo de cinco días debe dictarse la parte considerativa, pudiendo extenderse ese plazo por cinco días más, en caso de complejidad del caso o abundante prueba.

Ese fallo debe de cumplir con las formalidades del numeral 560 de la reforma laboral. Sin embargo, debo indicar que, conforme al numeral 545 ibídem, el análisis que se hace en este tipo de procesos es limitado, pues únicamente puede versar en analizar si se dan o no las pretensiones para la procedencia de la tutela especial, si se quebrantó o no el régimen especial de protección, o si cumplieron o no los procedimientos o aspectos formales garantizados en el fuero.

En caso de que el fallo acoja la solicitud se debe decretar la nulidad y ordenar la reposición a la situación previa del acto que dio origen al despido. La sentencia no prejuzga sobre la conducta material o sustancial del demandado, por el contrario, como lo indiqué, la tutela se limita únicamente a derechos sobre un procedimiento, requisitos o formalidades.

En caso de que decrete lo anterior, debe ordenarse el pago de daños y perjuicios causados. Vale hacer dos acotaciones. Esos daños y perjuicios serían aquellos que guarden relación de causalidad directa con los provocados por no seguir el procedimiento establecido para la tutela, ya sea porque no se siguió el debido proceso, o porque no se le debió el procedimiento del despido en caso de las personas trabajadoras aforadas. También en el supuesto del despido discriminatorio o cualquier medida que implique discriminación. En todos los supuestos los daños y perjuicios proceden solo en caso de ser probados. Ya que lo contrario no me explico el por qué se remite al numeral 495 como un parámetro para cumplir los requisitos de la demanda y, uno de ellos de hecho es concretar en qué consisten los daños y perjuicios, los motivos que los origina y su estimación.

Tampoco me parece muy correcto que se condene en abstracto a los daños y perjuicios, pues en el supuesto de que se practicara la audiencia se tuvo que acreditar esos extremos. Creo yo que la condena en abstracto solo sería factible en el supuesto de que la audiencia no se realice por alguna circunstancia. De lo contrario, se conculcaría el numeral 561 párrafo 1°, que prohíbe remitir a la ejecución del fallo para cuantificar extremos.

Cuando los efectos del acto impugnado no se hubieran suspendido cautelarmente al plantear el proceso, se debe ordenar la reinstalación con el pago de los salarios caídos.

Otros aspectos que debe conceder el fallo condenatorio es el pago de las costas en casos de vencimiento de la parte accionada, el pago de los intereses y de la indexación y sus efectos.

En la hipótesis de la sentencia desestimatoria surgen otros pronunciamientos distintos. En caso de que, cautelarmente, los efectos del acto sancionatorio se hayan suspendido, su ejecución se puede realizar, pero hasta que quede firme la sentencia denegatoria. Se debe condenar al pago de las costas a la parte actora, o bien eximirla de esa carga, artículos 562 y 563.

Me parece importante destacar que, este tipo de proceso, puede provocar todo un marco de posibles sanciones para la persona juzgadora y para los funcionarios o las funcionarias públicas, de acuerdo al numeral 547 de la reforma. Todas estas sanciones surgen por incumplimiento de plazos.

En primer término, la persona juzgadora puede ser sancionada por no solicitar el informe a los órganos correspondientes dentro de las 24 horas que establece el numeral 543.

En segundo término, los órganos administrativos pueden ser sancionados por falta grave por no remitir el informe bajo juramento al que hace referencia el numeral 543, o bien enviarlo fuera del plazo de cinco días.

Por último, la persona juzgadora puede ser sancionada por dictar su fallo fuera del plazo, tal y como lo disponen también los artículos 518 y 537.

### **Bibliografía:**

Convenio relativo a los trabajadores migrantes, Número 97, 1 de julio de 1949, entró en vigor 01 de enero de 1952.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, del 18 de diciembre de 1990, entró en vigor el 1 de julio de 2003.

Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio, número 29, del 28 de junio de 1930, entró en vigor el 1 de mayo de 1932.

Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, número 105, del 25 de junio de 1957, entró en vigor el 17 de enero de 1959.

Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, número 143, 24 de junio de 1975, entró en vigor el 09 de diciembre de 1978.



Disposiciones para el acceso efectivo a los procesos judiciales laborales de las personas migrantes, solicitantes de la condición de refugio y refugiadas, número 220-2014, 23 de setiembre de 2014.

Ley general de migración y extranjería, número 8764, del 19 de agosto del 2009, entró a regir el 1 de marzo del 2010.

Recomendación sobre los trabajadores migrantes, número 86, del 1 de julio de 1949.

Recomendación sobre los trabajadores migrantes, número 151, del 24 de junio de 1975.

Sala Constitucional, voto número 2261-12, del 17 de febrero del 2012.