



CIRCULAR AJ-0610-03-2020-JM

PARA: TODOS LOS FUNCIONARIOS
DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

DE: RAQUEL VARGAS JAUBERT, DIRECTORA GENERAL.

ASUNTO: USO DE BARBA Y BIGOTE CON OCASIÓN DE LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID -19.

FECHA: 25 DE MARZO DE 2020

I. Mediante voto N° 2019013871 de la Sala Constitucional, del veintiséis de julio de dos mil diecinueve, dictado en Recurso de Amparo conocido en expediente 19-011606-0007-CO, ese Tribunal indicó – en lo que interesa:

“...III.- **SOBRE EL FONDO.** Esta Sala en la sentencia 2019-5589 de las 09:45 horas del 29 de marzo de 2019, analizó la norma reglamentaria interna de la Policía de Tránsito, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, sea el artículo 122 inciso 5) del Decreto Ejecutivo No. 37702-MOPT (Reglamento Autónomo de Organización y Servicio de la Policía de Tránsito), y concluyó que la prohibición absoluta del uso de barba para los oficiales de Tránsito es una medida contraria a los derechos fundamentales de esos funcionarios, por lo que declaró con lugar el recurso interpuesto por un Oficial de Tránsito al que se le impuso una sanción de amonestación escrita por usar barba. En la primera de esas sentencias, indicó este Tribunal:

“V.- **LA APARIENCIA FÍSICA Y EXTERNA DE LOS TRABAJADORES FRENTE A LAS POTESTADES Y DERECHOS DEL EMPLEADOR.** ... En las disposiciones normativas, constitucional, convencional, o en la ley ordinaria, se han dispuesto una serie de derechos y garantías, que no pueden ser desconocidos por los empleadores. Pero, además de estos derechos y garantías, no pueden obviarse otros que se manifiestan en todos estos los órdenes y relaciones, con independencia de la situación o lugar en la cual se encuentra el individuo. Se trata de los derechos reconocidos en la Constitución Política, los llamados derechos fundamentales, los cuales son, a su vez, derechos del trabajador, en razón de ser reconocidos, en primer término, como personas. ... Por lo anterior el límite al poder del empleador ha de restringirse para que no se vulnere la dignidad del trabajador, pues, en ningún caso, el funcionamiento de la empresa o institución podría utilizarse como excusa para la anulación de los derechos fundamentales que tiene reconocidos el trabajador, entendiéndose como persona. Dado que no existe en la legislación laboral, al menos de forma completa, reglas sobre los límites a la apariencia externa de los trabajadores, deben plantearse para cada caso, de conformidad con los principios constitucionales dentro del marco de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad. Entonces, cómo se puede identificar cuándo una disposición patronal podría lesionar los derechos del trabajador. Para ello se debe analizar cada caso, a la luz de las potestades patronales y determinar si el medio empleado es idóneo, necesario y proporcional, puesto que se trata de la dignidad de los empleados. En las relaciones laborales, como se indicó, existen una serie de restricciones a los derechos fundamentales, sin embargo, estas no pueden darse de forma absoluta. La ley encargada de regular estas relaciones contempla una serie de limitaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, por ejemplo, limitaciones a ... la integridad personal (en caso de algunos trabajos que por su naturaleza revisten un riesgo a la vida o salud)..., sin embargo, estas limitaciones tienen su fundamento legal y constitucional y el problema surge cuanto nos encontramos con vacíos normativos o con regulaciones que no tienen el rango legal. Desde luego, el empleador como persona, también posee una serie de derechos que igual rango de protección que deben ser protegidos con la misma intensidad. La controversia surge en el momento en que, estos derechos, entran en un aparente conflicto, por un lado, los derechos y potestades del

empleador y, por otro, los derechos fundamentales del colaborador. La conciliación y armonización de estos derechos debe darse en un máximo punto de eficiencia. Así, en cuestiones laborales, los costos que soportan los trabajadores deben ser compensados por los beneficios que reciben sus empleadores. El juicio o test de proporcionalidad resulta válido para determinar, en cada caso, si las medidas aplicadas resultan proporcionadas o no en cada situación y con ello evitar los excesos innecesarios o desproporcionados en perjuicio de los derechos del otro y deben ser utilizadas, únicamente, aquellas restricciones necesarias para la obtención de un fin legítimo... Entonces será necesaria y proporcionada la disposición del empleador que restrinja derechos fundamentales del trabajador, únicamente, cuando no exista un medio menos gravoso de conseguir el objetivo perseguido. También, el juicio parcial de la proporcionalidad ha sido también denominado como “principio de indispensabilidad”, en el sentido de evaluar si la medida patronal es indispensable para el logro de un fin, el cual deberá en todos los escenarios ser legítimo, conforme al Derecho de la Constitución. ...

VI. ... Así las cosas, el conflicto a resolver en este proceso de amparo precisamente es determinar si la disposición del Ministerio de Obras Públicas Transportes violenta al derecho a la dignidad e identidad del recurrente, es decir, si la medida es excesiva e invasiva a los derechos del oficial de tránsito. En las consideraciones anteriores, se indicó que la línea jurisprudencial de este Tribunal ha sido que los trabajadores por estar en una relación de sujeción especial, estos no poseen solamente derechos y atribuciones frente a la Administración, sino que también tienen una serie de obligaciones, deberes y limitaciones a respetar ... Sin embargo, esta Sala considera que bajo una mejor ponderación, que esa tesis debe ser modificada y en un lugar, proceder a realizar un análisis que permita el estudio casuístico de algunos de los aspectos regulados en este tipo de normativas a efectos de evitar alguna disposición que, en la práctica resulte innecesaria o lesiva de los derechos que se deben proteger. ... Entonces, cómo se puede identificar cuándo una disposición patronal podría lesionar los derechos del trabajador. Para ello se debe analizar cada caso y, determinar si el medio empleado es idóneo, necesario y proporcional, puesto que se trata de la dignidad de los empleados. En las relaciones laborales, como se indicó, existen una serie de restricciones a los derechos fundamentales, sin embargo, estas restricciones no pueden darse de forma absoluta. Al tenor de esas ideas, lo que procede es realizar el juicio de proporcionalidad con el propósito de determinar si la medida reglamentaria por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes resulta desproporcionada y afecta de forma absoluta el derecho al libre desarrollo de la personalidad del recurrente. Primero, conviene resolver si la medida adoptada por el empleador –en este caso el MOPT- es necesaria para conseguir el fin perseguido. En ese sentido, para este Tribunal no quedó demostrada la justificación de las razones por qué resulta imperioso y necesario la prohibición absoluta del uso de la barba ni como esta resulta lesiva de derechos de terceros. ... En segundo lugar, en cuanto a la idoneidad de la medida, debe reiterarse que podría existir, en algunos supuestos, la necesidad de regular el uso de la barba –p.ej. por razones de higiene o presentación personal, es decir, que la misma sea presentable y esté aseada-, lo cual vendría a ser proporcional y razonable. En un tercer estadio, en lo relativo a la proporcionalidad (en estricto sentido), este Tribunal considera que la medida reglamentaria –prohibición absoluta del uso de una barba- es excesiva, en el tanto deja desprotegido los derechos a la identidad y desarrollo de la personalidad, sea que las personas puedan decidir sobre su apariencia. Por lo tanto, el uso de la barba es una forma de expresión del individuo y la prohibición absoluta por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transportes es excesiva e invasiva de la esfera individual del recurrente, ya que no se demostró la necesidad o que existiera alguna justificación válida que permitiera su prohibición. ...”

II. Que los artículos 21 y 50 de la Constitución Política regulan los derechos fundamentales a la vida y salud de las personas, así como el bienestar de la población, que se constituyen en bienes jurídicos de interés público que el Estado está obligado a proteger, mediante la adopción de medidas que les defiendan de toda amenaza o peligro.

III. Que el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. .

IV. Que el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que nadie puede ser privado de la vida de manera arbitraria, de lo cual se infiere por principio de vinculación positiva, el deber de la Administración de adoptar las medidas urgentes y necesarias para proteger la vida de las personas trabajadoras y usuarias de sus servicios.

V. Que el artículo 6 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que este derecho estará protegido por la Ley.

VI. Que el artículo 12 numerales 1 y 2 literales c) y d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y que a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho se adoptará, entre otras medidas, la prevención y el tratamiento de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de cualquier otra índole, así como la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

VII. Que los artículos 1, 4, 6, 7, 337, 338, 340, 341, 355 y 356 de la Ley General de Salud N° 5395, del 30 de octubre de 1973, y 2 inciso b) y c) y 57 de la Ley Orgánica del Ministerio de Salud N° 5412, del 08 de noviembre de 1973, regulan esa obligación de protección de los bienes jurídicos de la vida y la salud pública por parte del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, y que la salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado, y que las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas relativas a la salud son de orden público, por lo que en caso de conflicto prevalecen sobre cualesquiera otras disposiciones de igual validez formal.

VIII. Que con fundamento en lo anterior, el Ministerio de Salud es la autoridad competente para ordenar y tomar las medidas especiales para evitar el riesgo o daño a la salud de las personas, o que estos se difundan o agraven, así como para inhibir la continuación o reincidencia en la infracción de los particulares. Dichas normas legales que establecen la competencia del Ministerio de Salud en materia de salud, consagran la potestad de imperio en materia sanitaria, que le faculta para dictar todas las medidas técnicas que sean necesarias para enfrentar y resolver los estados de emergencia sanitarios.

IX. Que es función esencial del Estado velar por la salud de la población, en razón de ser esta un bien jurídico tutelado, correspondiéndole al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Salud, la definición de la política nacional de salud, la formación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a salud, así como la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley. Por las funciones encomendadas al Ministerio de Salud y sus potestades policiales en materia de salud pública, debe efectuar la vigilancia y evaluar la situación de salud de la población cuando esté en riesgo. Ello implica la facultad para obligar a las personas a acatar disposiciones normativas que emita para mantener el bienestar común de la población y la preservación del orden público en materia de salubridad.

X. Que las autoridades públicas están obligadas a aplicar el principio de precaución en materia sanitaria en el sentido de que deben tomar las medidas preventivas que fueren necesarias para evitar daños graves o irreparables a la salud de los habitantes.

XI. Que la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 30 de enero de 2020 emitió una alerta sanitaria generada a raíz de la detección en la ciudad de Wuhan de la Provincia de Hubei, en China, un nuevo tipo de coronavirus el cual se ha expandido a diferentes partes del mundo, provocando la muerte en poblaciones vulnerables y saturación en los servicios de salud.

XII. Que mediante decreto ejecutivo N°42227-MP-S del 16 de marzo 2020, se declaró estado de emergencia nacional debido a la situación de emergencia sanitaria provocada por la enfermedad COVID-19.

XIII. Que resulta imperante aplicar medidas inmediatas de prevención, atención y mitigación de la alerta sanitaria por COVID-19, así como garantizar el cumplimiento efectivo de los protocolos del Ministerio de Salud y conjuntamente, tomar medidas preventivas que contribuyan al adecuado manejo de la problemática objeto de la presente regulación.

XIV. Que de conformidad con el artículo 8 inciso j) de la Ley General de Policía, son atribuciones generales de las fuerzas de policía, auxiliar a las comunidades, municipalidades y organizaciones de servicio público, en casos de emergencia nacional o conmoción pública.

XV. Que conforme al artículo 12 de la Ley General de Migración y Extranjería N°8764, la Dirección General de Migración y Extranjería es el órgano del Ministerio de Gobernación y Policía competente para ejecutar las funciones que indica dicha ley y la política migratoria que dicte el Poder Ejecutivo.

XVI. Que el artículo 13 de la Ley General de Migración y Extranjería N°8764, establece como una de las funciones de la Dirección General, en lo que interesa, la de impedir el egreso de personas extranjeras cuando exista algún impedimento o incumplan los requisitos establecidos al efecto por la legislación vigente.

XVII. Que conforme al artículo 15 de la Ley General de Migración y Extranjería N°8764, la Policía Profesional de Migración y Extranjería es el cuerpo policial adscrito a la Dirección General de Migración y Extranjería, competente para realizar el control migratorio de ingreso y egreso de personas al territorio nacional.

XVIII. Que el Ministerio de Salud emitió el 7 de febrero 2020, los “*Lineamientos generales para Servicios de Salud públicos y privados por Coronavirus (2019-nCoV)*”, en lo que textualmente se indica en su punto IV.8, en lo que interesa, que “*...Las personas trabajadoras de salud deben de cumplir con la norma del establecimiento de salud en relación a la higiene de manos, uso del EPP, tener cabello recogido, no utilizar joyas, tener uñas cortas sin esmalte, no ingerir alimentos en lugares que no estén destinados como comedores para el personal. ...*”.

XIX. Que los artículos 4 y 7 del decreto ejecutivo N° 42238-MGP-S, del 17 de marzo 2020, entre otros aspectos, se designa y faculta a las personas funcionarias Oficiales de la Dirección General de Migración y Extranjería competentes para ejercer control migratorio en el país en los puestos aéreos, marítimos, fluviales y terrestres, para que actúen con carácter de autoridad sanitaria y así emitan a las personas indicadas en el párrafo anterior la respectiva orden sanitaria de aislamiento por el plazo de 14 días naturales; y se faculta a Dirección General de Migración y Extranjería para que adopte las medidas administrativas necesarias para mitigar la propagación de COVID-19.

XX. Que el artículo 47 del Reglamento de Organización y Servicio de la Policía Profesional de Migración y Extranjería, establece en sus incisos 5 y 42, lo siguiente:

“...5) Presentarse a laborar con su uniforme completo cuando la Administración se los facilite, guardando la apariencia correcta acorde con las leyes, la moral, y las buenas costumbres...”

“...42) La apariencia personal debe ser decorosa y acorde con la función que desempeña. En cuanto al corte de cabello, éste deberá ser acorde con las normas de higiene y de buena presentación personal exigible a las personas integrantes de los cuerpos policiales...”

XXI. Con fundamento en todo lo anterior:

- A) Se restringe temporalmente el uso de barba y bigote para los servidores de la Policía Profesional de Migración o personal administrativo que deba atender usuarios externos.
- B) Se solicita a todas las personas que tengan cabello largo (mujeres u hombres), que lo usen “recojido”, de manera tal que evite se lo estén tocando para quitarlo de su cara.
- C) Se recuerda a todos nuestra obligación de mantener las medidas higiene de manos, no utilizar joyas, tener uñas cortas sin esmalte, no ingerir alimentos en lugares que no estén destinados como comedores para el personal.

Nótese que el análisis que realizara la Sala Constitucional expuesto en el punto primero de la presente circular, establece con claridad que esta determinación se debe de adoptar de manera casuística, a efectos de evitar alguna disposición que, en la práctica resulte innecesaria o lesiva de los derechos que se deben proteger. En ese sentido, la determinación indicada en el punto anterior se adopta en razón del fundamento constitucional y convencional referido anteriormente, que alude a la protección de la vida y la salud pública, como bienes fundamentales de todas las personas en general, así como en la declaratoria de estado de emergencia nacional provocada por el COVID-19.

Esta medida rige a partir de la fecha de su emisión y hasta el 13 de abril 2020, pero podrá ser revisada y prorrogada, de conformidad con el comportamiento epidemiológico del COVID-19. **Comuníquese.**