

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

**TEMA: DERECHO DE LOS TRABAJADORES ILEGALES NO ASEGURADOS A
INDEMNIZACIÓN POR RIESGOS DEL TRABAJO**

INTRODUCCIÓN: A lo largo de la presente recopilación, se incorporan una serie de extractos jurisprudenciales y doctrinarios, relativos a los derechos de los trabajadores no asegurados, a ser cubiertos por los riesgos del trabajo. A los efectos, se estudian diversos casos en los cuales pese a la negatoria por parte del patrono de la existencia de una relación laboral, se concedió el principio indubio pro operario a favor del trabajador. Por otra parte, se examina la responsabilidad en que incurren los empleadores al no asegurar a los trabajadores bajo su cargo.

Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
2. Jurisprudencia.....	65
a. Trabajador que sin encontrarse asegurado sufre accidente mientras se encontraba realizando labores en soda.....	65
b. Trabajador que sin encontrarse asegurado sufre accidente mientras se encontraba realizando labores de carpintería.....	70
c. Omisión patronal de asegurar al trabajador.....	74
d. Omisión patronal de asegurar al trabajador lo hace directamente responsable.....	76

DESARROLLO:

1. Doctrina

a. Apuntes sobre el Régimen de los Trabajadores Migrantes en Costa Rica

[BOLAÑOS CÉSPEDES, Fernando]¹

"Nos proponemos en este trabajo, realizado bajo los auspicios del Instituto Internacional de Estudios Laborales, perteneciente a la Organización Internacional del Trabajo, abordar el tema del régimen jurídico de los trabajadores migrantes en Costa Rica. Siendo este, sin embargo, un tema sumamente amplio, que empalma directamente con problemas de índole social, económico y político, resulta necesario acotarlo, con miras a ofrecer un material que interese al jurista, pero que pueda aprovechar también a los estudiosos de las ciencias sociales en general.

La primera delimitación de nuestro objeto de estudio, nos lleva a distinguir entre los migrantes en general, como población que se traslada de un Estado de origen hacia otro Estado de llegada, por distintos motivos y circunstancias, del trabajador migrante propiamente, definido por la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares como, "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado que no sea el nacional". [1] Si bien la figura del trabajador migrante tiene enormes repercusiones sociales y económicas tanto en el país de salida como en el de llegada, nuestro enfoque privilegiará el régimen jurídico de este tipo de trabajadores, sea el marco legal en que se desenvuelve su actividad. Lo anterior sin perjuicio de referirnos a aspectos de política migratoria que tienen a no dudar una repercusión directa en las consideraciones de régimen jurídico que deben hacerse. Finalmente, proyectándose la actividad laboral del trabajador migrante y su régimen regulatorio en distintas áreas de la legalidad estatal y supranacional, tales como la seguridad nacional, el control migratorio sobre ingreso y salida del país, política represiva e institucional, normatividad laboral, derecho a la reunificación familiar, etc, interesa sobre todo a este documento, el aspecto iuslaboralista de la problemática que plantea la inserción del trabajador migrante en el mercado de trabajo. A partir de esa óptica predefinida, es posible analizar- como de hecho se hará parcialmente- otros ángulos planteados por la participación del migrante en la sociedad de recibo, incluidos los aspectos de seguridad nacional y de

política migratoria nacional.

La Conferencia Internacional del Trabajo, examinó en los años 1997-1998 un punto sobre régimen de subcontratación, lo cual derivó a juicio de muchos en una discusión más amplia sobre ciertas categorías de trabajadores dependientes desprovistos de amparo laboral.[\[2\]](#)

En el Informe preparado por la Oficina Internacional del Trabajo a la 91ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo - máximo organismo de la O.I.T. - acerca de este tema, se señala que aunque varía de una región a otra el contexto en que se ha ido planteando el problema de la falta de protección singular con cierto tipo de trabajadores y empleados, el fenómeno está ligado a cambios significativos que a su vez se vinculan con factores como los siguientes: crisis financieras, deuda externa, programas de ajuste estructural y privatizaciones; reorganización de las empresas para utilizar su personal en trabajos cada vez más diversificados y de manera más selectiva, incluyendo el recursos a contratos no laborales, la descentralización de la producción o traslado de la actividad a manos de contratistas, trabajadores independientes o agencias de empleo; y el fenómeno de las migraciones de un país a otro o de un sector a otro de la economía nacional, acompañado de un crecimiento del sector terciario, mayor grado de participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, mejores calificaciones profesionales de los trabajadores de ciertos países, al mismo tiempo que en otros países los trabajadores han ido empobreciendo sus conocimientos y experiencias profesionales.[\[3\]](#) Encontramos pues en esta presentación ante la Conferencia Internacional, una clara relación entre las migraciones como fenómeno causal, y el aumento en la desprotección laboral de ciertas categorías de trabajadores en el mundo.

Precisamente, dentro del espectro que conforman los trabajadores desprotegidos del mundo del trabajo, uno de los grupos de mayor interés lo conforman los llamados trabajadores migrantes, en quienes se combinan, bajo una especie de ensañamiento de las formas jurídicas, otras condiciones propicias para el abandono de los principios y normas protectoras del derecho laboral: uso de contratistas sin regulación para su enganche y paga, discriminación de la mujer trabajadora frente al varón, utilización de mano de obra infantil, fraude a la seguridad social, etc.

En la propuesta de Orden del Día de la 92 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (a celebrarse en junio de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

2004), elaborada por la Oficina Internacional del Trabajo, se solicitó al Consejo de Administración del Organismo celebrar una discusión general sobre la cuestión de los trabajadores migrantes. Esta propuesta no es casual, pues desde la Memoria a la 87 Reunión de la Conferencia, celebrada en 1999, el Director General había señalado que en el próximo bienio, las actividades de la O.I.T. debían tomar muy en cuenta la importancia creciente de la inmigración de trabajadores para la economía mundial. [4] La preocupación de la Oficina Internacional tiene razones más que fundadas. Se calcula que en el mundo hay entre 60 y 65 millones de personas económicamente activas en un país que no es el suyo, con o sin autorización, y están acompañados de por lo menos un número similar de familiares a cargo. Lo anterior, sin incluir a los millones de rusos, káyacos, ucranianos y demás personas diseminados por los distintos Estados que antes pertenecían a la Unión Soviética. [5] De acuerdo al documento preparado por la Oficina Internacional del Trabajo en marzo de 2002, mediante el cual se propone la inclusión en el Orden del Día de la 92ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo una discusión general sobre trabajadores migrantes, diversos factores se han sumado para producir lo que allí se califica como "creciente movilidad transfronteriza de trabajadores" en el mundo. Entre esos factores se citan "la intensificación del comercio y las inversiones, el aumento de la diferencia de los ingresos entre los países del Norte y del Sur durante los últimos tres decenios y la disminución de las tarifas del transporte. A todos esos cambios se pueden añadir los cambios políticos en Europa Oriental, y la dislocación de muchas industrias durante el proceso de transición a economías de mercado. Por último, existen ciertos indicios de que la absorción de mano de obra extranjera está relacionada con el crecimiento de la economía informal en muchos países". [6] Entre los acontecimientos más graves que contempla el panorama planteado por el documento de cita, se encuentra además, el crecimiento acelerado en el ámbito mundial del número de trabajadores migrantes en situación irregular, como producto - *paradójica pero no extrañamente* -, de la también creciente limitación de la inmigración por parte de un número importante de países receptores. Precisamente, esa condición de ilegalidad, "impide obtener protección legal contra la explotación y los tratos abusivos y beneficiarse de los servicios sociales más básicos, en particular de los servicios de salud y de atención médica". [7]

En una primera aproximación al tema, previo a la Conferencia de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

la O.I.T. del año 2004, mediante Consulta tripartita celebrada los días 11, 12 y 13 de junio de 2003, se reunieron gobiernos, empleadores y trabajadores del continente americano, para la discusión general sobre trabajadores migrantes basada en un enfoque integrado. En el documento de antecedentes de esa reunión, elaborado por el Programa de Migraciones Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, se indica que en el decenio de los noventa se produjeron en las Américas cambios muy importantes en los flujos migratorios, atribuidos entre otras razones, a las cambiantes situaciones económicas así como a los conflictos civiles internos. [8] Adelantando un presupuesto de partida de suyo fundamental, en torno al tema bajo examen, la OIT considera, en este último documento, "que el fenómeno de la migración internacional produce efectos positivos a largo plazo ya que contribuye a repartir mejor las oportunidades y los recursos y ofrece ventajas a los países de emigración y a los de inmigración, así como de los mercados de trabajo y los propios migrantes. Sin embargo, a corto plazo una migración descontrolada puede resultar perturbadora y tener consecuencias sociales inaceptables e innecesarias; por un lado, trae consigo una explotación de los trabajadores clandestinos y, por otro, fomenta unas actividades y un comportamiento que pueden ser peligrosos políticamente". [9]

Costa Rica es un país pequeño, pero apetecido por la población migrante, especialmente latinoamericana. De esta manera, ávidos de encontrar solución a los problemas que encuentran en sus países de origen, se acercan a nuestros campos y ciudades, por cientos, y a veces por miles, ciudadanos colombianos, cubanos, de Argentina y de Perú, así como, en forma más reciente, de Bolivia y Ecuador. Sin duda, sin embargo, la mayor migración de trabajadores proviene de Centro América y especialmente de Nicaragua. Con relación a este último caso, algunos entendidos y personas que han hecho estudios particulares sobre el tema, sostienen que entre los mercados de trabajo de Nicaragua y de Costa Rica, existe una verdadera complementariedad, convirtiéndose la migración extranjera hacia Costa Rica, y fundamentalmente la nicaragüense, en un mecanismo de ajuste para ambos mercados de trabajo (el del país de origen y el del país de destino). Señala Morales, en una investigación patrocinada por FLACSO, que "la emigración no debe explicarse solo como resultado de la influencia de factores de expulsión en las sociedades desde donde sale la población emigrante, sino como el producto de la combinación de factores comunes entre esas

sociedades y las de destino. Estos factores comunes se encuentran en la conformación de un mercado laboral de características subregionales entre Nicaragua y Costa Rica, donde la fuerza de trabajo nicaragüense se convierte no solo en un recurso complementario para las demandas de empleo del aparato productivo del segundo país, sino también en un recurso subsidiario para un sinnúmero de actividades productivas que, de no disponer de dicho recurso, estarían bajo un fuerte riesgo recesivo". [10] Con esto se quiere dar contenido conceptual a un fenómeno a todas luces evidente dentro de la economía costarricense, como es el hecho de que la mayoría de trabajadores migrantes nicaragüenses se han venido concentrando con el paso del tiempo en ciertos espacios del mercado laboral (agricultura, servicios domésticos, vigilancia, construcción), donde son cada vez menos los costarricenses que desean participar. Según la experta, ex funcionaria de nuestra Defensoría de los Habitantes, Ana Durán, "los inmigrantes nicaragüenses representan el 5.5% de la fuerza del trabajo del país, aunque en algunas áreas su presencia es mucho mayor. Estas personas contribuyen al desarrollo de diversas actividades económicas trascendentales para Costa Rica, como son la agricultura, la construcción y el sector de servicios, entre otros. En virtud de la creciente dependencia de Costa Rica de mano de obra y de la dificultad que ha mostrado la economía nicaragüense para crear puestos de trabajo, muchos autores apuntan a la existencia de una interconexión y dependencia entre ambas economías". [11]

Partiendo de nociones más generales, podemos decir que la migración de centroamericanos intra y extraregionalmente no es un fenómeno nuevo, tanto por razones económicas como políticas. [12] La migración hacia Costa Rica, luego de terminada la guerra civil en Nicaragua en los años noventa, tiene características que podrían repetirse en otros países del área centroamericana, pero que en nuestro caso se evidencian de manera clara y determinada, tales como la complementariedad transfronteriza entre el mercado de trabajo nicaragüense y el costarricense, a lo que antes hiciéramos referencia, [13] el peso específicamente laboral de la migración, y la gravitación relevante del componente femenino entre los trabajadores migrantes. [14] Según MORALES, la región centroamericana, con excepción de Costa Rica, ha sido por definición, durante el decenio 1990-2000, expulsor de población, según lo dejan ver los saldos estudiados, siendo el componente laboral de esta migración, su principal característica.. [15] Ciertamente, la responsabilidad de un

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

altísimo porcentaje de la migración de trabajadores centroamericanos corresponde a migración extrarregional, fundamentalmente hacia el Norte, En tal sentido, las cifras indican que mientras hasta el decenio de los setenta la emigración fuera de la región centroamericana equivalía al 40% de los movimientos, a partir del decenio de los noventa esa relación varió radicalmente, de modo que pasó de un 48.8% a un 92.5%, reduciéndose las migraciones regionales a una 7.5 del total de desplazamientos. En palabras de quienes han estudiado más este fenómeno, tal modificación en el patrón de migración "no fue el resultado de una disminución real de los flujos fronterizos y de la migración dentro de la región, sino de un incremento acelerado del otro fenómeno", sea de la altísima migración hacia México y sobre todo los Estados Unidos" [\[16\]](#)

En el ínterin de la década de los noventa, y a diferencia del resto de países centroamericanos, Costa Rica pasa a ser un receptor neto de emigrantes centroamericanos. De acuerdo a datos del censo de población del año 2000, en Costa Rica había 226.374 nicaragüenses residiendo habitualmente en el país, mientras que otro tanto no calculado estaría conformado por población también nacida en Nicaragua, que se mueve dentro de ciclos temporales cortos o bien no fue captada en la medición censal por no estar asentada en residencias habituales. [\[17\]](#) Conforme con estimados más realistas de la cantidad de población migrante viviendo en Costa Rica, entre ellos el estudio realizado por G. Brenes, citado por el Proyecto Estado de la Nación, elaborado durante el año 2000 para la Organización Internacional de las Migraciones, el número de inmigrantes viviendo en nuestro país oscilaba entre 300 y 340.000 en 1999, representando entre el 7.7 y el 7.8 por ciento de la población total del país. Más adelante, Brenes y Rosero, en estudio del 2001, basado en la Encuesta Nacional de Salud Reproductiva y Migración, confirmaron estas cifras, calculando en 315.000 los nicaragüenses viviendo en Costa Rica para mediados de 1998. [\[18\]](#) Por su parte, y esta vez de acuerdo al censo de población del año 2000, los ciudadanos de origen colombiano pasaron a ser del 1.89% del total de inmigrantes en Costa Rica al 2.0, constituyendo un importante grupo de población migrante. [\[19\]](#) Según el Director del Dpto. de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social costarricense, en Costa Rica hay trece mil refugiados colombianos que tienen acreditación como tales, lo que les permite además realizar en el mercado laboral cualquier función. [\[20\]](#)

Aunque se trata de un fenómeno difícil de medir, por la imposibilidad material que ha significado el control de los movimientos de la población migrante que ingresa ilegalmente a Costa Rica, así como por la incapacidad del censo realizado para captar a toda esa población que entonces vivía en nuestro país, el Proyecto Estado de la Nación calcula que aproximadamente doscientos cincuenta mil nicaragüenses viven en Costa Rica de manera permanente, y que adicionalmente, entre 65.000 y 100.000 nicaragüenses viven, la mayoría irregularmente, en respuesta a la demanda de trabajos estacionales y sin pretensiones de mantenerse residiendo de manera permanente. El primer grupo representaría un 6.6 por ciento de la población total del país, de acuerdo con el censo del año 2000, mientras que los últimos representan entre el 1.7% y el 2.6% [21]. Si solo se considerara el 6.6% como porcentaje de migrantes permanentes, se trata de una migración elevada, tal como lo hace notar CASTRO, pues según sus estimaciones, en Estados Unidos los migrantes representaban un 9.3 de la población y en Europa alrededor de un cinco por ciento [22].

En lo que se refiere específicamente al impacto laboral de la población de trabajadores migrantes en Costa Rica, el Proyecto Estado de la Nación señala que "de acuerdo con la encuesta de hogares del año 2000, los inmigrantes nicaragüenses no naturalizados representaban el 5.6% del total de la fuerza de trabajo, y un 5.5% estaba efectivamente empleada. Tomando en consideración que la población inmigrante es infraestimada en esta encuesta, y que los inmigrantes nicaragüenses muestran más altas tasas de participación en el mercado de trabajo que los costarricenses, se sigue que los inmigrantes tienen un impacto considerable en el mercado laboral". [23]

Los trabajadores nicaragüenses se ubican por lo general, según ya se dijo, en actividades que no absorben o que absorben un limitado porcentaje de la mano de obra local. La especialista Duran Salvatierra señala que "el flujo migratorio ha generado un proceso gradual de segmentación del mercado laboral en el que los extranjeros con poca calificación, como los nicaragüenses, ocupan las plazas de trabajo más pesadas físicamente, peor remuneradas y que presentan gran flexibilidad en las contrataciones. [24] Es indudable que la presencia de la mano de obra extranjera en Costa Rica, sobre todo la nicaragüense, ha posibilitado un aumento de los rendimientos empresariales de

sectores estratégicos del país como la agroindustria y la agricultura, tanto de productos tradicionales como de no tradicionales. Ello no solo por tratarse generalmente de una población trabajadora particularmente joven, sino también porque los salarios inferiores que reciben permite bajar los costos de producción a las empresas donde laboran. [25] Siendo evidente la dificultad de medir las diferencias entre los salarios que se devengan en el sector privado costarricense entre población local y población migrante, un estudio reciente señala que en la industria manufacturera las diferencias son pequeñas. Allí los nicaragüenses ganarían un 1.4% menos que los costarricenses. En agricultura y construcción, los nicaragüenses ganarían entre un 7 y un 8 por ciento menos, respectivamente, respecto de trabajadores costarricenses con las mismas habilidades. Las diferencias en el sector comercial, como un todo, promedian un 17 por ciento, encontrándose las mayores diferencias salariales entre los trabajadores domésticos, desde que las servidoras nicaragüenses ganan 31.9 por ciento menos que las empleadas costarricenses". [26] Suponemos que aún las cifras anteriores, esconden realidades más difíciles tratándose de mano de obra que labora ilegalmente en el país. En el caso de la agricultura, fundamentalmente en las Regiones del Pacífico Seco y Norte del país, lo mismo que en las zonas bananeras del Atlántico, la situación de ilegalidad y de explotación de la mano de obra migrante, pareciera especialmente preocupante. Solo para poner algunos ejemplos, en el seguimiento que hizo el Ministerio de Trabajo de Costa Rica para la zafra azucarera 1999-2000 en las Regiones Chorotega y Brunca, encontró que únicamente el 23 % de los trabajadores laborando en los ingenios seleccionados eran nacionales, resultando el resto extranjeros, de los cuales, un 68% por ciento se encontraban trabajando ilegalmente y solo un 9% se encontraba debidamente documentado. Esta cifra, de acuerdo a la Dirección de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social coincide con otro informe de ese mismo Ministerio, titulado "Cobertura de seguridad social y evaluación del Convenio de Importación de Fuerza de Trabajo", en el que se estimó una cifra del 61% de trabajadores extranjeros ilegales en la zafra de la caña de azúcar. [27] El mismo Informe indica que analizados los salarios pagados que reportan los contratistas que sirven de intermediarios entre la fuerza de trabajo y los principales ingenios de la zona, resultaría que el salario más alto solo alcanza el 57% del salario mínimo legal en la actividad y el más bajo un 23%. [28] Estos últimos datos, que se saben infravalorados para defraudar a la seguridad social del país, impiden conocer los salarios reales que se pagan, pero alumbran dos situaciones muy conocidas en la zona geográfica en

cuestión. La primera, describe el ahorro de la cuota patronal que todo patrono debe pagar al Seguro Social en Costa Rica, pues con solo la cuota obrera recolectada de los trabajadores, aunado al efecto del reporte de salarios inferiores, serían los trabajadores los que terminarían pagando, de sus propios salarios, la totalidad de las obligaciones obrero-patronales con la entidad aseguradora del Estado. La segunda situación consiste en la total "incondicionalidad" del trabajador migrante ilegal para aceptar cualquier tipo de condición laboral, aunque esté por debajo del ordenamiento mínimo laboral.

[\[29\]](#)

El quebrantamiento del orden legal que sirve de marco al mercado de trabajo, tiene consecuencias graves para muchos de los que intervienen de una u otra manera dentro del mismo. Perjudica al empleador responsable, pues para él significa una competencia desleal de otros empresarios (verdaderos patronos) e intermediarios quienes contratan mano de obra barata por debajo de las normas legales vigentes, no solo en cuanto a condiciones de trabajo sino también en lo que respecta al cumplimiento de los compromisos establecidos por ley con el régimen de seguridad social. Causa daño a la Caja Costarricense del Seguro Social y al Instituto Nacional de Seguros, lo mismo que a las demás instituciones cuyos presupuestos se nutren de contribuciones parafiscales fijadas en las planillas de empleo. Con ello se perjudica en última instancia a todos los costarricenses. Sufren los trabajadores nacionales, especialmente aquellos de baja escolaridad, quienes se ven marginados de determinados empleos, dominados por los contratistas o intermediarios de mano de obra, quienes prefieren contratar fuerza de trabajo extranjera, sobre todo de ilegales, pues saben que es más barata, lo que a su vez desde su punto de vista implica una mayor rendimiento de este tipo de empleado. [\[30\]](#) Finalmente, se perjudica a un grupo de seres humanos especialmente sensible, como es el de los trabajadores migrantes y sus familias, creándose incluso lo que ya algunos estudiosos han detectado y definido como una competencia entre migrantes, sea entre los trabajadores migrantes que han logrado regularizar su situación migratoria y aquellos que se encuentran laborando bajo condiciones de total ilegalidad. Este último fenómeno se da en razón de que algunas empresas prefieren precarizar el empleo al máximo - de donde derivan mayor ganancia en términos económicos- lo cual implica preferir trabajadores migrantes ilegales, frente a trabajadores migrantes que han regularizado su condición migratoria, situación que por cierto disminuye los efectos positivos de las

amnistías migratorias que se han realizado en Costa Rica.[\[31\]](#)

Dado que nuestro trabajo no puede ser tan ambicioso como para abarcar las distintas problemáticas apenas esbozadas en páginas anteriores, nos concentraremos por fuerza en el último, sea en la situación laboral, desde el punto de vista legal, del trabajador migrante. Ello necesariamente debe incluir la consideración de las reglas jurídicas que en nuestro país y en el ámbito internacional contemplan los principios de igualdad y de no discriminación, así como la legislación que en particular regula - de manera general- dentro y allende nuestras fronteras, el trabajo de los migrantes. Es difícil, dentro de este análisis no enjuiciar el marco institucional que como un todo pretende enmarcar el ingreso, permanencia y trabajo de migrantes en Costa Rica, por lo que nos referiremos a este tema, fundamentalmente desde el ángulo que aquí interesa. Dedicaremos pues una primera sección al análisis puntual del marco jurídico internacional que regula hoy día a los trabajadores migrantes en el mundo. Pasaremos luego a realizar una descripción crítica de nuestra propia reglamentación legal, incluyendo algunas referencias sobre la jurisprudencia nacional, y concluiremos con algunas recomendaciones de carácter necesario. Advertimos sin embargo, que a fin de presentar un trabajo de carácter más práctico en su análisis, adelantaremos, en cada sección y en la medida de lo posible, nuestras recomendaciones sobre varios temas puntuales.

Dejamos aclarado, antes de pasar a la siguiente sección, que la bibliografía en idioma distinto del español utilizada en este trabajo, ha sido traducida libremente por el autor, por lo que no ha habido uso de traducciones oficiales.

II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.

El marco jurídico que rige al trabajador migrante en Costa Rica puede resumirse en cuanto a normativa específica de la siguiente forma:

Costa Rica ha ratificado una serie de tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos que otorgan garantías

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

generales a todas las personas que están bajo la jurisdicción del Estado, y de manera particular a personas que pertenecen a algunas minorías especialmente proclives a la discriminación legal o fáctica. Entre los instrumentos más importantes destacan:

- La Carta de las Naciones Unidas.
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas.
- La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- La Convención de los Derechos del Niño.
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- La Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.
- La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
- La Convención sobre Estatuto de Personas Apátridas.
- La Convención sobre el Crimen Transnacional Organizado y los Protocolos para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.
- La Convención sobre el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire.
- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Declaración de Principios de la Organización, conocido como Declaración de Filadelfia.
- Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.
- Convenio 117 de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (normas y objetivos básicos).
- Carta de la Organización de Estados Americanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador".
- Convención Americana para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer. [\[32\]](#)

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

No ha ratificado en cambio Costa Rica, varios instrumentos internacionales, de protección más específica para poblaciones y trabajadores migrantes, como las siguientes:

-Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares.

-Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a los Trabajadores Migrantes.

-Convenio 143 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Trabajo y de Trato de los Trabajadores Migrantes; y la Acción Inmediata para su Eliminación.

-Convenio para la Represión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena.

1. Normas y principios de mayor relevancia en los Convenios Internacionales.

Aunque resulta imposible y hasta cierto punto ocioso – dada la repetición de principios y normas en muchos de estos convenios– referirnos a cada uno de los instrumentos internacionales que se han citado, lo mismo que a la manera en que afectan o condicionan la legislación interna de nuestro país, quisiéramos mencionar de manera puntual algunas normas de gran valor tanto en el derecho comparado como en su eventual aplicación al ordenamiento interno costarricense.

Ante todo, digamos que no pareciera (salvo en lo que hace a algún manejo conceptual y la enunciación más estricta del principio de igualdad en relación con los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias, contenidos en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas de 1990, conocida como "Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares"), que nuestro derecho interno extrañe de manera significativa la ausencia de aprobación de instrumentos específicos sobre trabajadores migrantes. Ello en razón básicamente de la "generosidad" y buen discernimiento del constituyente de 1949 en

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

cuanto a la redacción que otorgó al artículo 19 de nuestra Constitución Política, y debido también a la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, armoniosa, en líneas generales, con los principios que inspiran a la Comunidad Internacional. Los problemas sobre aplicación de la normativa existente en nuestro país, parecieran venir de otras fuentes, y de la problemática, similar en toda esa comunidad internacional, en cuanto a la situación de los emigrantes ilegales. A estos aspectos de nuestro derecho interno nos referiremos en la próxima sección de este trabajo.

Los derechos de las poblaciones migrantes en general, y de los trabajadores migrantes en particular, según lo vemos nosotros, tienen su posible origen en un derecho de rancia data en el Derecho Internacional, como es el derecho de toda persona de entrar y salir de un país. [33]

Este derecho tan singular, que sin embargo no fue ampliamente reconocido durante mucho tiempo, dado el poder de control que pretendían mantener los gobernantes con respecto a los gobernados desde la época feudal, se encuentra regulado claramente en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada el 10 de diciembre de 1948, el cual señala que: "1. *Toda persona tiene derecho de circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio y a regresar a su país*". Esta norma, que guarda estrecha relación con el artículo 15 de la misma Declaración, en cuanto sintoniza con el derecho de toda persona a una nacionalidad, tiene como corolario el derecho de todos los que han regularizado su situación en un país del que no se es nacional, a un tratamiento no discriminatorio con respecto a los nacionales de este último Estado. En efecto, establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 12 inciso primero que: "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia", agregando luego en su inciso tercero que: "Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el Presente Pacto. [34]

De acuerdo a la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., creada

en el mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la determinación de si un extranjero se encuentra o no legalmente dentro del territorio de un Estado, es un asunto que corresponde resolver al derecho interno, el cual puede sujetar el ingreso de extranjeros a un territorio a ciertas restricciones, siempre y cuando tales restricciones se avengan con los compromisos internacionales asumidos por ese Estado. En sentido complementario con lo anterior, ha señalado también la Comisión de Derechos Humanos, que si un extranjero ha ingresado a un país en forma ilegal, pero su situación migratoria se ha regularizado, debe ser considerado como persona que se halla legalmente en ese territorio, para los efectos del artículo 12 antes citado. [35] Ha interpretado también la Comisión, en lo que aquí interesa, que las restricciones a que se refiere el artículo 12 del tratado solo deben hacerse por ley y que: "la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción, no puede ser colocada en relación inversa. Las leyes autorizando la aplicación de restricciones deben usar un criterio preciso y no conferir discreción ilimitada en perjuicio de aquellos a quienes se aplica la excepción", a lo cual agrega, finalmente, que "la aplicación de restricciones en cualquier caso individual debe fundamentarse en claros preceptos legales así como cumplir con cualquier examen de necesidad y proporcionalidad", restricciones que en cualquier caso- indica también la Comisión- "deben ser consistentes con el resto de derechos consagrados en la Convención y con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación".[36]

Pasando ahora a lo que son los derechos particulares de los trabajadores migrantes, que vienen a ser un tipo particular de población migratoria - con toda seguridad la más importante de la especie en el mundo de hoy- resulta esencial predeterminar el concepto o categoría a la que se hace referencia, lo mismo que identificar las obligaciones de cada Estado respecto de ese grupo, dado que lo característico de este tipo de trabajadores es precisamente su movilidad de un estado a otro, e incluso, en ciertos casos, la ausencia de una nacionalidad claramente definida. En cuanto a lo primero, nos parece que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, del año 1990, la cual identificaremos en lo futuro solamente como la Convención de la ONU, ha hecho un aporte fundamental al Derecho Internacional y a los derechos nacionales, al introducir una definición de trabajador migrante o migratorio. Entiéndase por tal, indica el instrumento de marras, "toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

sea nacional". Aunque Costa Rica no ha ratificado aún la Convención que se cita, no vemos inconveniente en que este concepto se pueda utilizar en nuestro derecho interno, al ser nuestro país parte de la Organización de las Naciones Unidas, organización de la cual nace la Convención, y por constituir esa Organización la principal generadora de principios del Derecho Internacional, que nuestro ordenamiento admite como fuente de derecho en el artículo 15 del Código de Trabajo, y en otras disposiciones normativas.

En cuanto a la identificación de la relación persona-Estado para efectos de ubicar las obligaciones de los Estados, consideramos importante remitirnos al concepto de "jurisdicción", que utilizan algunos convenios internacionales, y que la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional ya ha incorporado en algunos de sus votos. [37] Este concepto, permite evitar, cuando así convenga a la normativa que se pretende aplicar, la diferenciación entre extranjeros "legales" o "ilegales" residiendo en el país, lo mismo que la distinción entre nacionales o extranjeros, igualando a todas las personas que se encuentren en territorio nacional y por tanto, bajo la jurisdicción del Estado, con las calificadas excepciones que reconoce el Derecho Internacional. Se trata de un principio por lo demás recogido en el artículo 16 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo literal es el siguiente: *"La Jurisdicción de los Estados en los límites del territorio nacional se ejerce igualmente sobre todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros"*.

En cuanto a los alcances de este importantísimo concepto, establece el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo siguiente:

"1. Todos los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los Derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Proyecta este artículo 2, inciso primero del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una obligación de carácter internacional de mayor trascendencia práctica en cuanto a los extranjeros residentes en un país, cuando aborda el principio de igualdad. Así, el artículo 3 del mismo Convenio de cita señala claramente lo siguiente: *"Los Estados Partes en el Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el*

presente Pacto”.

De manera complementaria con la norma anterior, indica la Carta de la Organización de Estados Americanos, en su artículo 45, inciso a), que: *“Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”.* Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita el 22 de Noviembre de 1969, y ratificada por nuestro país mediante Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, ordena en su artículo primero la aplicación igualitaria y no discriminatoria de la Convención, para toda persona, sujeta a la jurisdicción de los Estados Partes de la Convención, agregando luego, en su artículo 24 que: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley”.*[\[38\]](#)

Mención especial debe hacerse, en la misma línea de pensamiento sobre el principio de igualdad y de no discriminación y su relación con el trabajador migrante, al artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[\[39\]](#), cuando señala que: .

1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos.

3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados Partes sobre la nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular”.

Tres aspectos merecen ser destacados del artículo primero de la Convención de cita. En primer lugar lo que consideramos un esfuerzo de la Comunidad Internacional por precisar el concepto de “discriminación” contra una persona o grupo de personas en

particular, mediante el uso de los verbos "distinguir", "excluir", "restringir" o "preferir", seguido de los motivos que resultan antijurídicos como móviles de cualquiera de esas acciones, construcción que significa una mayor precisión y concreción en el uso del lenguaje jurídico, respecto de declaraciones más generales sobre el tema de los derechos humanos. En segundo lugar, esta norma nos permite entender mejor los alcances del principio de no discriminación en torno al móvil del "origen nacional" de la persona, dejando claro, igual que lo hiciera la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, cuando analiza el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que "origen nacional" no es lo mismo que ciudadanía, siendo potestad de cada Estado realizar distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos. Finalmente, merece atención la limitación impuesta a los Estados en el sentido de que si bien serían admisibles distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos para efecto de regular algunos derechos, resultaría ilícito sin embargo establecer discriminaciones contra cualquier nacionalidad en particular. Por lo demás, me permito recordar que según interpretación supra mencionada de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, toda restricción de derechos fundamentales debe contenerse en una ley, debe resultar acorde con razones de necesidad y proporcionalidad, y deben ser consistentes con el resto de derechos que establece el Pacto Internacional que se acaba de mencionar, ni violar en sentido genérico el principio de igualdad y de no discriminación. [\[40\]](#)

De acuerdo a los criterios sobre los que se pasa revista, la extracción u origen nacional difiere de la nacionalidad, en cuanto el primero es un concepto fundamentalmente geográfico o hereditario, mientras el segundo resultaría un atributo jurídico otorgado por los Estados. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, ha tenido que examinar este mismo tema, a raíz de las interpretaciones que plantea el artículo primero, apartado a) del párrafo 1 del Convenio 111 de esa Organización, que literalmente dice:

1. A los efectos de este Convenio, el término *discriminación* comprende:

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".*

[\[41\]](#)

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Pues bien, con relación a esta norma, señala la susodicha Comisión de Expertos que "en los instrumentos de 1958, la noción de ascendencia nacional no se refiere a las posibles distinciones entre ciudadanos del país y personas de otra nacionalidad, sino a las que se establezcan entre los ciudadanos de un mismo país en función del lugar de nacimiento, de la ascendencia o del origen extranjero".[42] A mayor abundamiento - explica la Comisión de Expertos en su Informe a la Conferencia Internacional del Trabajo del año 1996 -, desde la etapa preparatoria del Convenio 111 se tenía claro ya que la "ascendencia nacional" se refería a distinciones entre ciudadanos de un mismo país, como podría ser el caso de discriminaciones contra personas que ya han adquirido la nacionalidad por naturalización, son descendientes de inmigración extranjera, o contra personas que pertenecen a grupos de ascendencia nacional diferentes reunidos dentro de un mismo Estado.[43] Ahora bien, ha recordado el mismo órgano de la Organización Internacional del Trabajo, en un estudio posterior, que aunque el Convenio y la Recomendación núms. 111 no abarcan la discriminación por razones de nacionalidad, "sí extienden en cambio su alcance a otras razones que pueden constituir la base de prácticas discriminatorias contra los trabajadores migrantes y sus familias. En efecto, además de su condición de no nacionales, los trabajadores pueden ser asimismo, víctimas de prejuicios por motivos de raza, color, religión, ascendencia nacional y origen social". [44] (subrayado no es del original).

En otro ángulo de la problemática que plantea el principio de igualdad y de no discriminación que recoge el ordenamiento internacional, no debemos olvidar que este tipo de principios puede ser violado de manera directa o indirecta. La discriminación directa, como se conoce, distingue o excluye directamente a la trabajadora o trabajador en razón de una condición propia de esa persona, como es el caso de la negativa de un patrono a contratar a una trabajadora embarazada por esa circunstancia.[45] "Las discriminaciones indirectas son las relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas, aparentemente neutras, pero que en realidad crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características. Tales situaciones surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos, por motivos basados en su raza, color, sexo, religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos de empleo". [46] Verbigracia, un sistema de bonificaciones salariales en el empleo que aparentemente es igual para todos, pero que en la práctica

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

favorece únicamente a las personas de determinado sexo.

El tema de la discriminación en el empleo, guarda por otra parte una directa relación con el de la carga de la prueba, materia que ha entrado a regular directamente la Unión Europea, constituyendo en este sentido un ejemplo para muchos. Así, la Directiva sobre la carga de la prueba casos de discriminación por razón de sexo (99/80/CE) en vigor desde el 1 de enero de 2001, señala en su artículo 4 que *"Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considera perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración de trato"*. De hecho el Tribunal Europeo de Justicia, ya ha tenido oportunidad de aplicar esta Directiva en el caso *Handels-og Kontorfunktionaerenes Forbund i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening*, en el cual se determinó que " si un sistema no es transparente y se plantea querrela fundada en indicios transparentes aunque no concluyentes por discriminación salarial, la carga de la prueba pasa al empleador, el cual puede refutar las pruebas aducidas demostrando que, el sistema de retribuciones es plenamente neutro por lo que se refiere al sexo" [47]. Una técnica similar sobre la carga de la prueba en materia de igualdad de trato ha sido incorporada en el artículo 8 de la Directiva de la Unión Europea relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen nacional o étnico [48], y en el artículo 10 de la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., al comentar los alcances del Convenio 111 relativo al principio de igualdad y de no discriminación en la ocupación y el empleo señala que " la carga de la prueba puede suponer un obstáculo insalvable para la obtención de un resultado justo y equitativo en el caso de una demanda por discriminación, sobre todo cuando se trata de discriminación indirecta, lo cual ocurre muy a menudo ya que este tipo de discriminación es ilegal en la mayoría de los países". [49]

Aunque en Costa Rica no existe una normativa semejante a las Directivas de la Unión Europea en torno al tema de la carga de la prueba en materia de aplicación de medidas discriminatorias contra

determinadas minorías, consideramos que nada impide, dentro de límites razonables, aplicar determinadas presunciones, trasladando la carga de la prueba a la parte que ha sido acusada, pues estas presunciones derivan de la obligación que ha asumido el Estado en el marco de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, para hacer efectivos los derechos y garantías contenidos en esos instrumentos. Ello además, siempre y cuando no se viole el principio de culpabilidad, cuando se trate de materia penal o sancionatoria. De hecho el artículo dos inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por nuestro país, contiene la comentada obligación cuando prescribe que: "Cada Estado se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".[\[50\]](#)

2. Sobre el derecho al trabajo y al disfrute de otros derechos mínimos.

Aparte del principio genérico de igualdad y de no discriminación, los Convenios internacionales que conforman el marco jurídico al que se atiene nuestro país en materia de derechos fundamentales, claramente incorporan los derechos al trabajo y a condiciones laborales en igualdad de condiciones para extranjeros, lo cual opera a nuestro juicio independientemente del estatus migratorio en que se encuentre el trabajador extranjero.[\[51\]](#)

De interés aquí cabe mencionar la Constitución o Carta Constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo de 1919, sobre todo por la incorporación que hace en su artículo primero, de la llamada Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944, conocida como "Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo". Pues bien, los derechos laborales de los trabajadores migrantes, en igualdad de condiciones con el resto de trabajadores del país, indistintamente del estatus migratorio, pueden desprenderse, sin mayor esfuerzo, del principio general -también contenido en nuestra Constitución Política- recogido en la Sección I parágrafo a) de la mencionada Declaración de Filadelfia, según el cual: *EL TRABAJO NO ES UNA MERCANCÍA*. En sentido complementario, el parágrafo a) de la Sección II, indica que "Todos los seres humanos, sin distinción de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Finalmente, dispone la Sección III de la Declaración de Filadelfia que: *"La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida; b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo bienestar común; c) conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos"*. [\[52\]](#)

La Organización Internacional del Trabajo tiene una larga historia como fuente de producción de normas, relacionadas de manera directa o indirecta con los trabajadores migrantes, siendo los dos Convenios más importantes el No. 97, denominado precisamente "Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado) del año 1949, y el Convenio No. 143, denominado "Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes".del año 1975, ninguno de los cuales ha sido ratificado por Costa Rica.[\[53\]](#) Mención especial habría que hacer aquí del Convenio No. 111 de la OIT, que fue ratificado por Costa Rica, y que explícitamente contiene el principio de igualdad y no discriminación en materia de empleo, con las limitaciones que ya antes se comentaron en cuanto al concepto de "ascendencia nacional" o "national extraction" que es el concepto usado en uno de los dos idiomas oficiales del convenio. Cabe agregar, que nuestro país ratificó también el Convenio No. 117 sobre política social (normas y objetivos básicos), del año 1966, el cual contiene algunas normas de interesante redacción como es el caso de los artículos 6, 7 y 14.[\[54\]](#)

En lo que se refiere a otra normativa internacional sobre condiciones laborales que pudiera citarse en este trabajo, podríamos mencionar el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de la O.N.U., según la cual *"toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de empleo y a la protección contra el desempleo"*; el artículo 5 de la Convención

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial que en su inciso d) parágrafo e(i) se refiere al derecho al trabajo en similares términos que la Declaración Universal citada, agregando en ese mismo apartado e), el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales y el derecho a la educación y la formación profesional; y los artículos 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de Diciembre de 1966, el cual obliga a los Estados Parte a reconocer el derecho de "toda persona" al goce de condiciones equitativas y satisfactorias que 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 de 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 festivos; sin dejar de mencionar los derechos relativos a la libertad sindical para "toda persona" (artículo 8).

Mención especial, por ser una Convención Americana, merece el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocida como "Protocolo de San Salvador", que en su artículo 7 señala que el derecho al trabajo, mencionado en el artículo 6 del mismo instrumento, "supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán, de manera particular": a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores, condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; b) el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva; c) el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencias, probidad y

tiempo de servicio; d) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o a cualesquier otra prestación prevista por la legislación nacional; e) la seguridad e higiene en el trabajo; f) la prohibición del trabajo nocturno o en labores insalubres....;g) la limitación razonable de las hora de trabajo...;h) el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. También contiene este Protocolo normas expresas que garantizan a todo trabajador: libertad sindical y derecho de huelga(artículo 8), derecho a la seguridad social (artículo 9); derecho a la salud (artículo 10) y derecho a la educación (artículo 13), entre los derechos más importantes de carácter social.

Todos los derechos contenidos en los instrumentos citados, hacen abstracción de la nacionalidad del trabajador, pues se refieren a toda persona, aunque debemos admitir que ello no implica necesariamente que cada derecho deba ser otorgado en situación de igualdad absoluta entre nacionales y extranjeros. No obstante, para proteger este flanco de posible desigualdad, hemos visto como los Convenios más importantes como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran el principio de igualdad y de no discriminación, con las restricciones que ya se han mencionado aquí, de parte de la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., en lo que se refiere a la posibilidad de los Estados de establecer algunas diferenciaciones o desaplicaciones puntuales de esos principios.

3. Sobre la situación especial de los trabajadores en situación ilegal.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

A pesar de los grandes progresos que se han realizado en el mundo, gracias a diversas Convenciones Internacionales, tratados bilaterales y multilaterales por regiones, respecto de los trabajadores migrantes, hay una problemática que sigue a la espera de soluciones más eficaces. Nos referimos al caso de los trabajadores migrantes en situación irregular residiendo en un país diferente al suyo, los cuales podrían contabilizarse conservadoramente en una cifra que oscila entre quince y treinta millones de personas. [55] Es claro que la comprensión y regulación de estas situaciones de irregularidad migratoria rebasan los esquemas del derecho y aún las posibilidades de cualquier política migratoria nacional. [56] El Profesor Martín, de los Estados Unidos, quien se ha ocupado de estos temas, subraya que existe una desconexión entre la lógica de las migraciones y la lógica de la protección normativa. Mientras la migración por empleo se encuentra motivada en las diferencias, la protección se encuentra arraigada en una idea de tratamiento igual para todos. [57] Ese divorcio entre la dinámica de uno y otro cuerno del dilema podría jugar un papel importante en la incapacidad revelada por las formas jurídicas para resolver los problemas anejos a las migraciones irregulares. No podemos tampoco dejar de pensar que el incremento de las migraciones irregulares en el mundo, aparte de su evidente racionalidad económica, fundada en el desarrollo desigual de las sociedades en un mundo paradójicamente globalizado, puede estar siendo tributario también de una especie de dialéctica perniciosa entre la tendencia a una mayor limitación en el acceso de trabajadores migrantes, y las necesidades propias de los trabajadores migrantes. A esta dialéctica entre el rechazo jurídico, por una parte, y la existencia de importantes factores económicos que inducen a la inmigración clandestina, atribuye la Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo "la persistencia, e incluso la ampliación, del fenómeno de la migración ilegal". La situación- de acuerdo con la O.I.T., tiende a complicarse: "...las restricciones jurídicas cada vez mayores que se aplican en numerosos países a la entrada y residencia de extranjeros obligan a los candidatos a la emigración a recurrir a redes más o menos clandestinas - que exigen sumas cada vez más exorbitantes por sus servicios-, para eludir la normativa vigente. La deuda financiera y moral (al presentarse a menudo el empleo clandestino como un "servicio prestado), contraída de esa manera por los emigrantes, los pone en una posición de dependencia y confinamiento que favorece la explotación desmedida de su trabajo, en condiciones cercanas a la esclavitud". [58] Más grave es la denuncia que hace Tarán, al señalar que en cierto número de países la migración es al mismo tiempo estimulada y combatida, con una tolerancia informal sobre la migración irregular, al mismo tiempo

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

que se usa una retórica contra este tipo de migraciones. “Los efectos son - indica el autor- por una parte una afluencia constante de trabajo barato, mientras por el otro lado, migrantes “ilegales” impedidos de organizarse en sus lugares de trabajo para defender su dignidad y condiciones de trabajo decentes, son estigmatizados y aislados tanto de aliados como de soporte”. [\[59\]](#)

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

De cara a situaciones materiales tan complicadas como las descritas, en el ámbito internacional se nos ofrecen tres grandes convenciones sobre trabajadores migrantes, ninguna de las cuales ha sido ratificada por Costa Rica, siendo la última, la Convención de la ONU del año 90. Los Convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo, junto con las Recomendaciones 86 y 151, trataron en solitario y durante mucho tiempo, de atender un problema evidente de desprotección potencial y actual de derechos laborales. Los convenios 97 y 143, sin embargo, según lo reconoce la Comisión de Expertos de la propia O.I.T., podrían haber empezado a declinar, ya no solo por la limitada cantidad de países receptores de migración extranjera que han ratificado las mismas, sino también porque tales instrumentos fueron pensados para un tipo de migración más controlada, con intervención más activa de los Estados nacionales, y no para una época de migraciones espontáneas y más diversificadas como las que se está viviendo ahora. [60] Por otro lado, ambas convenciones de la O.I.T. contienen en sí mismas, relevantes limitaciones jurídicas. El Convenio 97, que fue diseñado con la idea de facilitar los desplazamientos de mano de obra de la Europa de posguerra hacia otras partes del mundo, establece una serie de garantías a favor de los trabajadores migrantes, estableciendo en su favor derechos mínimos y proscribiendo la desigualdad de trato pero partiendo de la idea de que se trata de migrantes con una situación jurídica regularizada en el país de llegada. [61] Para 1975 en que se adopta el Convenio 143, las condiciones en el mundo habían cambiado mucho, de modo que ya no se trataba de "facilitar el desplazamiento de los excedentes de mano de obra hacia otras partes del mundo sino de controlar las corrientes migratorias, poniendo especial énfasis en la eliminación de las migraciones ilegales y en la lucha contra las actividades de las organizaciones de movimientos clandestinos de migración y sus cómplices". [62] Este último Convenio, mucho más ambicioso que el anterior, pues se pronuncia de manera radical por el cumplimiento de la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, así como por la eliminación de toda forma de discriminación, se compone de tres partes. La parte primera, constituiría - en palabras de la Comisión de Expertos de la O.I.T.-la primera tentativa de la comunidad internacional para abordar los problemas relativos a las migraciones clandestinas y al empleo ilegal de migrantes. Una parte segunda que regula propiamente lo que son condiciones laborales de los trabajadores migrantes. Esta sección amplía en mucho, respecto al convenio anterior, el ámbito de igualdad entre trabajadores nacionales y trabajadores migrantes, aunque se refiere a migrantes regulares solamente. La parte III comprende las disposiciones finales

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

habituales en este tipo de Convenios.[\[63\]](#)

De acuerdo al balance personal que hacemos de ambos convenios, ni el Convenio 97 ni la parte II del Convenio 143, vendrían a aportar prácticamente nada en relación con los trabajadores migrantes en condición irregular, y en cuanto a la parte I del Convenio 143, si bien hace contribuciones importantes en materia de prevención y protección de los trabajadores migrantes, sus normas tienen un contenido más bien relativo a la detención del fenómeno de las migraciones clandestinas y del empleo de trabajadores ilegales, situación que como es fácil pensar no puede resolverse tan fácilmente por la vía de las formas jurídicas. Resulta sin embargo singularmente importante el artículo primero del Convenio 143, que a la letra indica: *“Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”*. Esta norma, elevada a la categoría de principio general, significa, ni más ni menos, que sin perjuicio del derecho de los Estados a reglamentar las corrientes migratorias, existe una obligación de proteger al trabajador migrante, tal si ha entrado al país en forma ilegal o no, e independientemente de su estatus migratorio de residencia en el país de llegada.[\[64\]](#) Esa protección mínima implica el reconocimiento a favor de todo trabajador migrante, de los derechos fundamentales contenidos en la legislación del país y en los tratados internacionales que ha ratificado el Estado. Finalmente, cabe decir, en beneficio de los esfuerzos que hace la Organización Internacional del Trabajo en el ámbito internacional a favor de los trabajadores migrantes, que esta Organización siempre ha considerado que la mejor manera de gestionar eficazmente los flujos migratorios, lo es a través de instrumentos bilaterales, al punto de que la Recomendación No. 86 ofrece un “acuerdo tipo” como modelo de acuerdo bilateral.[\[65\]](#)

Aunque las normas contenidas en los Convenios 97 y 143 no podrían tener una aplicación superior a las leyes en Costa Rica, al no haber sido ratificados aún por el país, ello no obsta para que no puedan ser incorporados al ordenamiento nacional, no solo por vía de principios generales del derecho internacional, sino también por vía del artículo 15 del Código de Trabajo, el cual contempla como fuente expresa de derecho nacional, los convenios y recomendaciones de la O.I.T. omitiendo prescribir que para tener esa calidad de fuentes nacionales, deban estar ratificados o convertidos en ley nacional.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Luego de una evolución de años en el tratamiento del tema, se llega a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 18 de diciembre de 1990 y en vigor a partir del 1 de julio de 2003, la cual presenta, a nuestro entender, un salto importante respecto de otras convenciones anteriores sobre minorías desprotegidas, lo mismo que en relación con los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. El salto fundamental se da, porque se establece ahora sí un principio de igualdad y no discriminación, que cobija a los trabajadores migrantes en situación irregular, ignorando además la distinción de otros convenios entre ciudadanos y no ciudadanos. En efecto, el artículo primero, inciso uno de la Convención nos señala que ese instrumento será aplicable *"salvo cuando ella disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición"*. Pero además, y en complemento con lo anterior, el artículo 7 del mismo instrumento indica que los Estados Partes se comprometen, de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos, *"a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición"*. La Convención a que hacemos referencia, utiliza una técnica particular, en cuanto se inicia estableciendo una serie de derechos generales a favor de todo tipo de trabajador migrante, independientemente de su estatus migratorio, incorporando de hecho, además del principio de no discriminación antes citado (artículo 7) otro conjunto de derechos fundamentales, muchos de ellos en materia penal - recogidos por lo demás también en los principales instrumentos de derecho internacional -, así como introduce la fórmula de un trato *"que no sea menos favorable que el que reciben los trabajadores nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y otras condiciones de empleo."*^[66] A partir de la Parte IV, la convención establece otro grupo de derechos, pero únicamente para los trabajadores migrantes y sus familias, que han regularizado su situación migratoria, buscando esta vez ya no un estatus de derechos *"no menos favorable"* que el de los nacionales, sino de

completa igualdad con ellos. Finalmente, en la Parte V, se dictan algunas regulaciones específicas, a veces limitando los derechos convencionales, sobre cierto tipo de trabajadores migrantes. Así, respecto de los llamados trabajadores fronterizos, lo mismo que trabajadores de temporada (en ambos casos, se supone que trabajadores regulares en cuanto a su estatus migratorio), se les conceden los derechos de la Parte IV, pero únicamente en cuanto sean compatibles con su situación especial, sea porque no tienen la residencia habitual en el país de trabajo, o porque su permanencia es temporal, respectivamente.[67]

Desde nuestro punto de vista, la Convención de la O.N.U. del año 1990, contempla un nivel muy óptimo de reconocimiento de derechos para los trabajadores migrantes, que sin embargo podría implicar una carga muy pesada para países en vías de desarrollo. En tal sentido, la Convención debería ir acompañada por un compromiso de la comunidad internacional por apoyar financieramente a los países menos desarrollados, que sufren sin embargo altas tasas de migración. En el tanto no se dé esa colaboración, es difícil para países como Costa Rica asumir la Convención como un todo – que es precisamente lo que ella misma exige en su artículo 88-, aunque este instrumento pueda servir de norte en cuanto a muchas de las instituciones, regulaciones y conceptos, para nuestra legislación interna.

Concluyamos esta sección señalando que para autores como Bohning, como un todo las tres principales convenciones internacionales sobre trabajadores migrantes (Convenios de la O.I.T núms. 97 y 143, y la Convención de la O.N.U. de 1990), cubren la protección que necesita este tipo de trabajadores razonablemente bien. Sin embargo, "el problema yace no en lo que la comunidad internacional fijó como mínimos estándares internacionales en 1949, luego en 1975 y nuevamente en 1990. El problema es la falta de ratificación por los Estados que reciben más migrantes".[68] Con esto hace referencia el citado autor, a la bajísima ratificación que han tenido todos esos convenios internacionales, donde destaca la escasa participación de los países que en el mundo reciben hoy en día mayor cantidad de trabajadores migrantes.[69]

III. MARCO JURÍDICO NACIONAL.

1. Régimen laboral de los extranjeros en la normativa constitucional y legal.

Las condiciones de acceso al trabajo y los derechos de los trabajadores extranjeros en nuestro país, tienen un marco constitucional bastante definido, cuya claridad ha venido a ampliar la Sala Constitucional costarricense, mediante un conjunto de sentencias referidas a los derechos de los extranjeros bajo la jurisdicción del Estado. De la mayor importancia resultan los artículos 19, 33 y 68 del texto constitucional, que a la letra establecen:

“ ARTICULO 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 internacionales”.

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

“ARTICULO 68.- No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún tipo de extranjeros. En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense”.

Los tres artículos anteriores, en conjunto con algunas otras normas que desarrollan los principios de igualdad y de defensa de la dignidad en materia laboral, [\[70\]](#) constituyen un corpus de derechos duros que no dejan lugar a la práctica de políticas ni de condiciones de trabajo diferenciadas entre nacionales y extranjeros, con las excepciones que luego se verán. Por su parte, la Ley de Migración y Extranjería, que es la ley No. 7033 de 4 de agosto de 1986, contiene en su artículo 64 una norma que viene a reafirmar las previsiones constitucionales anteriores. Señala este artículo que: *“Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que la Constitución Política y las leyes establecen. No podrán intervenir en los asuntos políticos*

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

del país y estarán sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan recurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan las convenciones internacionales”.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Nuestra Constitución no contempla, según se desprende en forma meridiana de su artículo 19, un principio de igualdad absoluta entre costarricenses y extranjeros, pues contempla la posibilidad de que por vía de "excepciones" y de "limitaciones" se puedan crear diferenciaciones. Ordena en forma clara el texto constitucional, empero, que tanto "excepciones" como "limitaciones", solo pueden ser dispuestas por ley, sea por un acto válido y eficaz de la Asamblea Legislativa. En lo que se refiere a la exégesis de esta norma, ha indicado la Sala Constitucional que *"las excepciones son todas aquellas que excluyen del todo a los extranjeros de determinada actividad, negándoles para esos efectos la igualdad con respecto a los nacionales, y están contenidas principalmente en la Constitución, aunque nada obsta para que también se hagan por vía de ley"*, mientras las limitaciones en cambio, *"reconocen el derecho, pero lo restringen o limitan - como lo dice la palabra-, por motivos de razonabilidad inherentes, ya sea a las diferencias propias entre extranjeros y nacionales, o para proteger a un determinado grupo de nacionales o una actividad determinada, atendiendo a razones de necesidad en un momento histórico concreto, o bien por cumplir con una verdadera función social"*.^[71] La misma sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, señala como ejemplos de casos de exclusión, *"la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país (artículo 19) y la de ocupar ciertos cargos públicos (ejemplo artículos: 108 para diputados, 115 para Presidente de la Asamblea Legislativa, 131 para Presidente y Vice-presidente de la República, 142 para los Ministros, y 159 para los Magistrados)*.^[72] En otras sentencias donde se ha discutido el tema del acceso a determinados cargos, ha aclarado la Sala Constitucional los alcances del principio de igualdad constitucional respecto de ciudadanos extranjeros, señalando que como tesis de partida, este principio se aplica, en beneficio de los extranjeros, sin distinción de si se trata de una función privada o pública. En efecto, en una importante sentencia, donde se discutió el acceso de los extranjeros a los llamados Colegios Científicos, se recordó otro fallo anterior, de la siguiente forma: *"Esta Sala ha admitido ya que la función notarial es pública, pero no hay fundamento alguno para entender que el ejercicio de funciones públicas es privativo de los costarricenses, y excluye la participación de extranjeros. La ley puede establecerlo así, pero el fundamento para proceder de este modo debe ser manifiestamente lógico razonable: no puede manifestarse simplemente en que así lo quiere la ley. Es decir, la naturaleza de la función - pública o privada-no constituye sin más, a priori, una razón suficiente para normar un trato jurídico distinto, mucho menos cuando se alcanza a ver, como en el caso de los notarios, que el ejercicio de esa función, eminentemente*

técnica, todo lo que razonablemente exige es competencia técnica o profesional- lo cual lo prevé el requisito de que el notario ha de ser abogado- condición ésta que no excluye al extranjero - e idoneidad ética y moral -calidad que no solo satisfacen los que ostentan una nacionalidad". [\[73\]](#)

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Tenemos entonces que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional costarricense, la posibilidad de que una ley introduzca diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, no iría -como juicio de posibilidad jurídica-, en contra del marco constitucional. No obstante, esas diferencias de trato deben tener determinadas características, o lo que es lo mismo cumplir con ciertas condiciones a modo de parámetros de constitucionalidad. A la hora de describir esas razones que justificarían la introducción de elementos diferenciadores en el trato de los extranjeros, la jurisprudencia resulta rigurosa en extremo. Exige en primer lugar, que toda diferencia debe ser lógica y derivar de la naturaleza misma de la diferencia entre las dos categorías (nacionales y extranjeros). [74] En este sentido- según el sentir del Tribunal- *"no corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de una determinada diferencia contenida en una norma, sino únicamente verificar si el criterio de discriminación es o no razonable, porque el juicio acerca de la razonabilidad es lo que nos permite decidir si una desigualdad viola o no la Constitución"*. [75] El segundo elemento de juicio que utiliza la jurisprudencia constitucional, muy ligado al anterior, solo que visto desde la cara de los efectos que producen las discriminaciones arbitrarias, afirma que toda diferenciación entre nacionales y extranjeros debe evitar "la desconstitucionalización" del derecho de igualdad, *"como lo sería el decir que los extranjeros no tienen derecho a la vida, a la salud, o a un derecho fundamental, pues éstas serían irracionales"*. [76] Establece así la Sala Constitucional una clara relación entre el artículo 19 y el artículo 33, referido este último de manera amplia al principio de igualdad; relación que se había puesto enteramente de manifiesto desde el voto No. 5965-94, que al respecto indicó: *"...al exigir y garantizar el artículo 19 trato igual, resulta este artículo una específica manifestación del derecho de igualdad y del principio de no discriminación que predica, en sentido general, el artículo 33, con lo cual queda dicho que los requisitos objetivos que - en general- limitan a la ley para distinguir con pretensión de validez y evitar la desigualdad o la discriminación, con apoyo en diversas situaciones de hecho admisibles, disciplinan la obra del legislador ordinario que quiera levantarse sobre el hecho de la nacionalidad la diversidad de trato"*. [77] El tercer elemento de juicio que según nuestro criterio ha servido de norte a la jurisprudencia constitucional costarricense como parámetro de constitucionalidad, se formula a partir de un procedo de abstracción lógica, por el cual se van "abstrayendo" aquellos elementos que resultan insuficientes para justificar una diferencia de trato, hasta dejar al descubierto que el elemento de la nacionalidad se ha quedado

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

solo como único motivo explicativo de la distinción, siendo ese elemento aislado evidentemente inconstitucional. Así por ejemplo, en el mismo caso de los notarios públicos, antes mencionado, si no existe una razón suficiente y evidente para que un extranjero, que tiene la calidad de abogado, incorporado al Colegio respectivo, pueda ejercer como notario, *"hay que presumir que la diferencia se basa en la pura nacionalidad, lo cual es una discriminación contra el principio de igualdad"*.^[78] En otras palabras, aceptando que las leyes nacionales puedan incidir en la situación jurídica de los extranjeros, mediante "excepciones" o "limitaciones", en ningún caso esa afectación puede fundarse en el mero dato de la nacionalidad.^[79]

Pues bien, con fundamento en estos principios o criterios de análisis, se han dictado sentencias de gran relevancia nacional, entre las que podríamos citar algunas como las siguientes: voto 5965-94 que entró a juzgar la prohibición de que los extranjeros pudieran acceder a la propiedad de los medios de comunicación, voto 1059-95, el cual examinó la posibilidad de que los extranjeros pudieran realizar actividades aeronáuticas remuneradas; el voto 2570-97, que se refiere al acceso de los extranjeros a Colegios Científicos costeados por el Estado costarricense; voto 5526-98, relativo a la radiofusión de anuncios grabados por locutores extranjeros; voto 8857-98, referido a la discriminación de los educandos extranjeros que asisten a escuelas públicas en Costa Rica, respecto al derecho de contar con un bono o ayuda educacional, igual que los nacionales; y voto 0616-99, en que se cuestionó la imposición legal de cuotas máximas de trabajadores extranjeros en las empresas costarricenses. En todos estos procesos, tomados como ejemplos de sentencias que se han inspirado en los principios aquí resumidos, el criterio del Tribunal Constitucional se ha decantado a favor de las posiciones sostenidas por los extranjeros o por organismos de derechos humanos actuando a favor de extranjeros.^[80] Utilizando los criterios anteriormente expuestos, ha aceptado en otros casos la jurisprudencia constitucional como razonable y no arbitraria una disposición legal que establecía una distinción en el acceso al empleo de nacionales y extranjeros, tal como es el caso del artículo 49 inciso a) de la Ley General de Policía, según la cual, para ser agente público de seguridad en Costa Rica, se requiere ser costarricense.^[81] Un caso especial ha sido el voto en cuanto al planteamiento de un grupo de médicos extranjeros que ha solicitado el mismo trato de los médicos nacionales que realizan estudios de postgrado en el país. En este caso, la Sala Constitucional ha hecho abandono, hasta cierto punto, de los criterios o principios que han sido regularmente usados en otros

fallos, para justificar el tratamiento distinto de los médicos extranjeros, a quienes no se les paga salario por las labores que realizan, mediante el análisis del tipo de convenio específico que suscriben estos estudiantes de postgrado cuando acceden participar a los programas universitarios específicos. Desde nuestro punto de vista, y sin entrar a juzgar el caso específico en cuestión de la manera en que se resolvió en la vía constitucional, nos parece peligroso para la seguridad jurídica de los extranjeros y de los operadores del derecho en general, que se abandonen los criterios de constitucionalidad que hasta ahora se han venido utilizando, para buscar justificaciones demasiado puntuales, extrañas por cierto al Derecho Laboral patrio, no insertas en una normativa con rango de ley. [\[82\]](#)

En algunos casos particulares, la jurisprudencia constitucional ha hecho mención específica de la libertad de trabajo, consagrada en el artículo 56 de nuestra Carta Política, y a la distinción de trato, de rango constitucional, que introduce el artículo 68, cuando señala que *"en igualdad de condiciones deberá de preferirse al trabajador costarricense"*. El análisis acerca de la violación de la libertad de trabajo se había venido haciendo en dicha jurisprudencia, como un derivado de la violación del principio de igualdad, al señalar ante casos concretos que: *"al violarse el derecho a la igualdad en los términos expuestos, es lógico que por tratarse de una función laboral, se afecta también el derecho al trabajo, porque éste debe entenderse en armonía con el principio de igualdad"*. [\[83\]](#) Una sentencia más reciente, se ha referido de manera mucho más profunda con respecto al derecho de trabajo de los habitantes del país, a la vez que ha permitido hacer una suerte de comparación entre las normas y principios del derecho de trabajo, y la normativa migratoria. Nos referimos a una sentencia que tiene además una enorme importancia para los iuslaboralistas, dado que declaró inconstitucional el artículo 13 del Código de Trabajo, modificando la jurisprudencia anterior, sentada en otros fallos del mismo Tribunal, verbigracia en el voto 1059-95.

El artículo 13 del Código de Trabajo, establecía la prohibición de todo patrono de emplear en su empresa menos del 90 por ciento de trabajadores costarricenses, y de pagar a los trabajadores nacionales menos del ochenta y cinco por ciento del total anual de los salarios que en esas empresas se devenguen. [\[84\]](#) La discusión sobre la constitucionalidad de este numeral del Código Laboral, daba pie, por supuesto también, para desentrañar el contenido de la distinción entre nacionales y extranjeros autorizada parcialmente en el artículo 68 constitucional, por lo que hace a

la posibilidad jurídica de preferencia de los primeros sobre los segundos.

Empezando por el tema de la libertad de trabajo, el fallo en cuestión nos indica de entrada, lo que parece evidente: si la Constitución dice que el trabajo es un derecho del individuo, en ello va implícito que es un derecho de todos, y no un derecho de las personas que pertenecen a una determinada nacionalidad. Aunado a lo anterior, la sentencia se involucra con otros derivados de la libertad de trabajo, a los cuales ni la doctrina ni la jurisprudencia, en el derecho comparado, suelen dar la importancia adecuada. En este sentido, señala el fallo en cuestión lo siguiente:

"Ahora bien: el derecho al trabajo no equivale exclusivamente a la libertad de trabajar; tanto así, que la Constitución, a continuación del reconocimiento de ese derecho agrega que es también "una obligación con la sociedad. Su contenido alcanza al derecho a elegir libremente el trabajo, pero es también, por su propia naturaleza - en cuanto aquí interesa- , el derecho de acceso efectivo al trabajo, a un puesto de trabajo. La Constitución crea un elenco de garantías en torno al derecho al trabajo: una, de evidentes repercusiones sociales, es que obliga al Estado a procurar condiciones para que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada; todos, y no solamente los nacionales; específicamente, también los extranjeros que tienen, según el régimen legal correspondiente, una categoría migratoria que les habilita para trabajar en el país" [85]

Aunque el fallo es claro en este punto sobre la imposibilidad de aplicar la libertad de trabajo a unos (los nacionales) mientras que a otros se les niega (extranjeros), es indudable que ha creado un vínculo entre libertad de trabajo y condición migratoria, de donde queda la duda de si ello implica entonces que no existe libertad de trabajo, en cuanto garantía constitucional, para los extranjeros irregularmente residentes en el país. La respuesta a esta pregunta pareciera ser que ciertamente la distinción se da, desde el momento en que la sentencia insiste en que la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 13 del Código de Trabajo no invalida la aplicación del régimen migratorio vigente, y específicamente sobre la diversidad de categorías y subcategorías que contiene la Ley de Migración y Extranjería. Dicho de otro modo entonces, sí existe una vinculación legal entre condición migratoria regular y libertad de trabajo.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Por lo que hace a la interpretación del artículo 68 constitucional, estima el fallo en primer lugar que se trata de una declaración que no va más allá de una *"moderada y limitada incidencia en el ámbito del principio de igualdad"*, negándole pues a esta excepción, el carácter de una norma del mismo rango que el principio de igualdad y de no discriminación. Más importante aún, la sentencia permite interpretar que cualquier ventaja en las condiciones de acceso al empleo de los costarricenses, autorizada por esta norma constitucional, tendría sin embargo que analizarse en cada caso concreto, y debería fundamentarse- para ser válida- en razones objetivas, pues no se justificaría aquella ventaja que no se fundara *"en el orden objetivo de los requisitos que miran a la diversidad de capacitación, de aptitud o de idoneidad"*. [86] Finalmente, al no encontrar la sentencia en el artículo 13, un conjunto de razones objetivas para dar ventaja numérica a los trabajadores costarricenses, sino un criterio fundado en la mera nacionalidad, se estima que la norma no cumple con los parámetros de constitucionalidad arriba mencionados. [87]

Según se lleva visto, la normativa constitucional y su interpretación por parte de la Sala Constitucional del país, Costa Rica cumple básicamente con los estándares normativos internacionales fijados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la exégesis que del mismo ha hecho la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., igual que cumple con las disposiciones sobre el principio de no discriminación contenido en varias convenciones de esa Organización y que tienen por objeto la protección de específicas minorías. Como única norma abiertamente contraria al principio de no discriminación, contenido en las principales convenciones sobre Derechos Humanos, incluidos los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, habría que destacar la prohibición contenida en el artículo 60 Constitucional de que los extranjeros puedan ocupar cargos de dirección en los sindicatos. Respecto de este particular, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en su informe a la 91ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo del año 2003, volvió a solicitar al Estado costarricense la modificación de los artículos 345 del Código de Trabajo y 60 de la Constitución Política, en cuanto limitan el acceso de los extranjeros a puestos de dirección sindical. [88]

Descendiendo en la jerarquía de las normas jurídicas que en Costa

Rica regulan las materias aquí estudiadas, podemos decir que la protección derivada de nuestra Constitución, a favor de los trabajadores extranjeros, es extensiva al texto de la legislación laboral ordinaria, pues de acuerdo con el artículo 14 del Código de Trabajo, las disposiciones de nuestra legislación necesaria codificada son de aplicación obligatoria a todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, lo mismo que a todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni de nacionalidades. Debemos recordar sin embargo, que esta legislación se refiere a los derechos mínimos laborales, quedando fuera del alcance del Código Laboral, en principio, aquellos derechos pactados contractualmente que superen los mínimos de ley. No obstante la puerta que el contrato abre para crear diferencias entre nacionales y extranjeros por medio de derechos superiores a los mínimos, estas distinciones podrían ser impugnadas cuando violen el principio de *"a trabajo igual, salario igual"* encuadrado en los artículos 57 de la Constitución Política y 167 del Código de Trabajo; lo mismo que cuando escondan una discriminación prohibida por la Constitución Política, los convenios internacionales ratificados y las leyes del país. A este último respecto, la ley No. 8107 que agregó un capítulo undécimo al Código de Trabajo en el año 2001[89], ha ampliado los niveles de protección de la legislación ordinaria en el acceso al empleo, señalando la prohibición de toda discriminación en dicho acceso por razones edad, etnia, género o religión (artículo 618). Mención especial merece el nuevo artículo 622 del Código de Trabajo reformado mediante la mencionada ley, el cual indica, de manera expresa 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 el patrono o por la parte contratante"*. El nuevo capítulo termina con un artículo que crea la posibilidad de cobrar una indemnización económica al empleador a quien se le compruebe hacer cesado a trabajadores por razones de edad, etnia, género, o religión.

Si tuviéramos ahora que hacer una comparación, "grosso modo", entre el régimen legal de los trabajadores extranjeros que se desprende de nuestro marco constitucional y legal, versus los Convenios de O.I.T. y de la O.N.U. del año 1990, encontraríamos que al menos respecto del Convenio 143 parte II de la Organización Internacional del Trabajo, y lo dispuesto en la última Convención de la O.N.U., nuestro país no alcanzaría aún esos estándares internacionales. Lo anterior, porque tanto el Convenio 143, parte II como en general la Convención de la O.N.U., sobre todo en su

parte IV, pero también en su parte III, establecen una aplicación absoluta del principio de igualdad y no discriminación, excepcionando solamente algunas categorías muy específicas de trabajadores migrantes, ni siquiera de todas los derechos convencionales, sino de algunos derivados de esa condición especial, como sucede con los trabajadores de temporada o los trabajadores fronterizos en la Convención de la ONU.[90] En su lugar, nuestra Constitución Política admite limitaciones y excepciones al régimen de igualdad legal entre extranjeros y nacionales, que por supuesto – y según se ha visto- no significa una autorización abierta para crear limitaciones o excepciones arbitrarias, incluyendo la autorización de preferencia de costarricenses sobre los trabajadores migrantes extranjeros, en el acceso al empleo. De esta manera, nuestro régimen constitucional, en materia de trabajadores migrantes extranjeros, se acerca más bien a lo dispuesto por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que son los convenios más antiguos en estas materias.

En cualquier caso, y según se verá de seguido, pareciera que los principales problemas para los trabajadores migrantes en Costa Rica y para el Estado costarricense también, no provienen del régimen constitucional o legal que regula este tipo de trabajadores, desde el punto de vista de sus derechos laborales, sino más bien de la inadecuación entre la normativa migratoria y la dinámica real que han adquirido en los últimos diez o más años las migraciones nacionales, especialmente de mano de obra nicaragüense.

2. Régimen Migratorio de los Trabajadores Migrantes.

Según estimaciones realistas de la situación migratoria del país, entre trescientos mil y cuatrocientos mil nicaragüenses residen en Costa Rica, cifra que representa entre el 7.5% y el 9% de la población total del país. De esas personas, 213.000 han regularizado su estatus migratorio, el resto corresponde a personas indocumentadas. [91] Para el Departamento de Planificación de la Dirección de Migración y Extranjería de nuestro país, las cifras podrían ser todavía más altas, pues su directora ha calculado que tomando en cuenta solamente los residentes y los que tienen permiso temporal, se podría llegar a un número total de cuatrocientos mil extranjeros aproximadamente,

que corresponderían a un diez por ciento de toda la población. [92] Sea que se discrepe o no sobre los números exactos de los datos sobre migración extranjera y especialmente nicaragüense en Costa Rica, lo cierto es que la cantidad de trabajadores en situación irregular es alarmante. Es sabido por lo demás, que la mayor parte de los migrantes nicaragüenses residiendo en el país, regular o irregularmente, participan del mercado de trabajo, pues precisamente estamos ante la presencia de una migración dada en función de la situación económica que se vive en el país vecino. [93] Con reflexiones tan sencillas fácilmente se llega a la conclusión de que los temas laboral y migratorio se encuentran íntimamente ligados en la problemática del trabajador migrante extranjero en suelo costarricense, lo que nos obliga, de muchas maneras, a hacer mención, aunque no sea con la profundidad querida, a los problemas que plantea la legislación migratoria costarricense.

La Ley General de Migración y Extranjería, a nuestro juicio de manera equivocada, define en primer lugar las categorías de residencia o no residencia de los extranjeros, para luego ubicar entre los extranjeros no residentes a los trabajadores migrantes, sin definir quiénes componen ese grupo, ni cuáles son sus características, negando de esta manera lo evidente: que los trabajadores migrantes no son solamente los trabajadores transfronterizos, ni los trabajadores estacionales, o los trabajadores vinculados a un proyecto específico administrado por una empresa extranjera; los trabajadores migrantes son también los que realizan labores ordinarias aunque no especializadas, como en el caso de la construcción o la seguridad, y son también los temporales que deciden permanecer en un país después de cumplido el plazo por el que fueron internados en el territorio del otro Estado. Ese solo divorcio entre la mención que hace el artículo 37 inciso g) de la Ley de Migración y Extranjería, respecto de la realidad migratoria del país, revela la inadaptabilidad de las formas legales a una situación histórico-social dada. Detengámonos un poco más para analizar este desencuadre entre ley y realidad.

Como se indicó antes, el artículo 33 de la Ley de Migración y Extranjería, en adelante LME, establece en su artículo 33 solo dos categorías para el ingreso y permanencia en el país, las de residentes y no residentes. No obstante, la categoría de los residentes se divide entre dos subcategorías: residentes permanentes y radicados temporales (artículo 34 LME). A los efectos de este trabajo, nos interesa la categoría de "radicado

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

temporal", en la cual se ubica todo extranjero que sin ánimo de permanecer definitivamente en el país, ingrese en alguna de las siguientes subcategorías: a) Científicos profesionales, técnicos o personal especializado, contratados por empresas o instituciones establecidas o que desarrollen actividades en el país, para efectuar trabajos de su especialidad; b) empresarios, hombres de negocios y personal directivo de empresas nacionales o extranjeras; c)ch).....d)e) Cónyuge e hijos menores de las personas mencionadas en los incisos anteriores; f) aquellos que sin estar comprendidos en los incisos que anteceden, fueren autorizados por la Dirección General; y g.....

[\[94\]](#)

Se notará del listado anterior, que salvo el caso de los trabajadores denominados "profesionales", "técnicos" o "personal especializado", no se contemplan en la ley otras formas de radicación de trabajadores migrantes en el país, limitando con ello el trabajo de otros migrantes ordinarios, no temporales ni excepcionales.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Por su parte, el artículo 37 LME, numeral que determina el componente de la categoría de los "no residentes", incluye dentro de la misma los siguientes tipos de extranjeros con ingreso en territorio nacional: a) turistas; b) personas de especial relevancia invitadas por los poderes del Estado o instituciones públicas o privadas; c) agentes viajeros o delegados comerciales; ch) artistas, deportistas e integrantes de espectáculos públicos; e) pasajeros en tránsito; f) tránsito vecinal fronterizo (sea a los vecinos que realizan ese tránsito); g) tripulantes del transporte internacional y g) trabajadores migrantes. La pregunta pertinente sería la siguiente: ¿ Quiénes son los trabajadores migrantes del inciso g) del artículo 37? El artículo 66 del Reglamento de la LME, denominado "Reglamento a la Ley General de Migración y Extranjería" (RLME), correspondiente al Decreto Ejecutivo No. 19010-G de 11 de mayo de 1989, establece la posibilidad de que los ejecutivos y técnicos (extranjeros) de empresas radicadas en el país, puedan obtener la categoría de residentes temporales, previendo la obligación de las respectivas empresas de demostrar y justificar la necesidad de contratación de este personal. En adición a lo anterior, el artículo 66 bis RLME, confiere a la Dirección de Migración la posibilidad de conferir permisos especiales de residencia - lo que debe equipararse con residencias temporales, pues no cabría subsumirla en otra categoría legal- a: " a) extranjeros que presten servicios a los organismos estatales o internacionales y centros educativos en cumplimiento de programas o contratos especiales; b) profesionales y técnicos extranjeros altamente calificados en el área de especialización, previo, informe, favorable del Ministerio de Trabajo; c); d.....empleadas domésticas y e) aquellos que la Dirección considere procedentes. Podemos inferir entonces que dentro la categoría de "trabajadores migrantes" - no residentes, según la misma ley - del artículo 37 inciso g) de la Ley, se excluyen los ejecutivos y técnicos especializados cuya necesidad de permanencia en el país se acredite de alguna manera, los trabajadores de representaciones o delegaciones de Estados extranjeros u organismos internacionales, profesionales y técnicos de alta especialización y, y empleadas domésticas. Ello por cuanto este subgrupo de extranjeros podrían ingresar como radicados temporales (artículo 36 LME). Se nos reduce entonces la categoría de trabajadores migrantes, a los trabajadores no especializados o, en su caso, a los trabajadores con nivel técnico o profesional pero que no puedan demostrar una especialización necesaria en el país (a juicio del Ministerio de Trabajo, según el inciso b) del artículo 66 bis RLME). La siguiente pregunta sería entonces la siguiente: ¿ es ese grupo residual pero muy amplio en cualquier muestra representativa de

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

trabajadores migrantes en el mundo, el colectivo al que pretende encuadrar la categoría del inciso g) del artículo 37 LME?. Pareciera que no. Veamos por qué.

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

El artículo 73 LME, contiene prohibición expresa para que los "no residentes" puedan realizar tareas o actividades lucrativas, por cuenta propia o en relación de dependencia, excepcionando de dicha interdicción únicamente a los artistas, deportistas, integrantes de espectáculos públicos y a los trabajadores migrantes, sujetándolos a todos ellos a una autorización específica que deberá otorgar la Dirección General de Migración, previo informe favorable que debe rendir el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Si reparamos en la subcategoría de extranjeros, no residentes, creada en este artículo - y a quienes se les permite laborar por vía de excepción- veremos que el denominador común de prácticamente todos los allí incluidos es la transitoriedad de su estadía en cualquier país del mundo (artistas, deportistas, integrantes de espectáculos públicos, etc.) De esta forma, e indirectamente, se estaría asimilando a los trabajadores migrantes a trabajadores de corta estadía en el país; a un colectivo que los economistas y sociólogos reputan como "trabajadores temporales". Esta idea se confirma con la disposición contenida en el artículo 87 del RLGM, el cual establece que *"la permanencia en el país de los no residentes será el plazo indicado en la visa correspondiente, que en ningún caso podrá ser mayor de treinta días, salvo que por convenio o acuerdo internacional tuviese derecho a un plazo mayor"*. Para que no quede duda alguna sobre esta interpretación del consabido inciso g) del artículo 37 LME, ha sido la propia Directora del Departamento de Planificación de la Dirección de Migración y Extranjería, quien ha afirmado que para esa Dirección el trabajador migrante ha sido asimilado básicamente al extranjero que viene por un corto período, por ejemplo para la zafra, por lo que le parece un contrasentido pensar en situaciones de reunificación familiar aplicando la categoría del trabajador migrante.[\[95\]](#) De este modo, se nos revela en la ley y en la interpretación que de la misma se ha hecho, una doble confusión. La de no distinguir la categoría genérica de trabajador migrante respecto de la de "no residentes", ignorando lo obvio, como es la situación de trabajadores migrantes de larga o mediana estancia en el país, y a contrapelo de la mayor parte de convenciones internacionales cuyo fin es más bien el de regularizar la situación del trabajador migrante en situación irregular. En segundo lugar, la de limitar el concepto de trabajador migrante al de un simple trabajador temporal, que entra y sale del país por un corto período. El mismo Dpto. de Planificación de la Dirección de Migración y Extranjería, es consciente de los defectos de la legislación y en la necesidad de ampliar la misma. [\[96\]](#) De cualquier modo, lo cierto es que el concepto de "trabajador migrante" que se maneja en la ley, en los reglamentos y en su

interpretación, pareciera coincidir con un subtipo de trabajador migrante, y no con el genérico de ese colectivo, según lo definen tanto la Convención de la O.N.U. del año 1990, como el Convenio 143 de la O.I.T. [97] En realidad, ni el orden jurídico internacional, ni la amplitud del concepto de "migrante" o de "trabajador migrante", en el lenguaje común, nos permiten asimilarlo al de "trabajador temporal", entendiéndolo por tal a un trabajador de corta estancia, como lo hace la ley nacional y lo interpretan nuestras autoridades migratorias. Ciertamente, y como lo advierte Bohning, aunque es difícil separar la condición de trabajador migrante de la de temporalidad, pues efectivamente en algunos países se han vinculado ambos conceptos, lo cierto es que en la realidad esto es variable. Este autor, se pregunta precisamente sobre la definición de trabajador temporal, rechazando una concepción unívoca del término. La temporalidad, dice este especialista internacional, puede ser vista de distintos ángulos. No hay duda de que muchos inmigrantes se establecen con la firme intención de retornar o de moverse a otro lugar. Otros cambian sus intenciones. Aún otros, se establecen para iniciar una vida permanente en otro lugar. Por lo demás, aún los migrantes permanentes pueden cambiar de idea. Concluye este autor que en cualquier caso "las intenciones son una guía incierta para el derecho internacional sobre derechos humanos". [98] Si el tema quisiera verse del ángulo estricto del derecho positivo, tampoco cabría la confusión entre trabajador migrante y trabajador temporal, porque la misma legislación del país admite la posibilidad de que el trabajador migrante regularice su situación migratoria, por ejemplo, mediante el matrimonio con un ciudadano o una ciudadana costarricense, por la existencia de vínculos familiares de ascendencia o descendencia con costarricenses, o incluso por virtud de un decreto de excepcionalidad migratoria o amnistía.[99] Algunos autores, como el propio Bohning, pero esta vez en un manual patrocinado por la O.I.T. y publicado en lengua castellana por el Ministerio de Asuntos Sociales de Madrid, han diseñado toda una tipología de los trabajadores migrantes, tomando en cuenta la duración de su emigración. Este autor, divide los trabajadores migrantes, para empezar, en tres grandes apartados: a) trabajadores estacionales; b). trabajadores ligados a un proyecto y c) puestos de trabajo ordinarios. [100] Tanto los trabajadores estacionales como los trabajadores ligados a un proyecto son compatibles con una restricción temporal en la admisión. En el caso de los puestos de trabajo ordinarios, podemos encontrar – siempre dentro de la tipología de W. R. Bohning – tres distintas subcategorías: a) Trabajadores con estadía limitada en el tiempo y de breve duración, para quienes cabe la renovación de su habilitación para laborar en el Estado extranjero; b)

Trabajadores con estadía limitada, de larga duración pero sin asentamiento permanente y c) finalmente, trabajadores migrantes con permiso para permanecer en el país ilimitadamente. [101] Este esquema se funda en un criterio que bien pudiera tener implicaciones en nuestro país, según el cual "la escasez relativa de mano de obra puede constituir un fenómeno de breve duración, pero también puede ser la expresión estructural y fuertemente arraigada de unos factores que se mantengan invariables a lo largo de mucho tiempo". [102] En Costa Rica, la inserción de la mano de obra nicaragüense en el mercado de trabajo, parece tener alcances estructurales, tanto por la dependencia del mercado costarricense de la mano de obra extranjera proveniente de ese país, a que aluden autores como Morales y Castro, [103] como por la existencia de lo que el señor Johnny Ruiz, Director del Departamento de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social califica como "migración circular irregular", donde los trabajadores migrantes van pasando de una ocupación a otra, y de una zona geográfica a otra, desplazándose generalmente de las labores agrícolas a otras urbanas y de las zonas rurales hacia las ciudades, sin llegar a salir del país. Lo más grave del caso es que, según lo denuncia este funcionario, hay empleadores que sobreestiman la cantidad de mano de obra extranjera que ocupan, con el fin de tener un "ejército de reserva", con el cual presionar hacia abajo en las condiciones de trabajo". [104] El reconocimiento de la dependencia de la mano de obra extranjera por parte de la economía costarricense, lo ha hecho el propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en documentos elaborados por los encargados de la materia migratoria, cuando se ha dicho por ejemplo que "si revisamos las medidas políticas que han adoptado los gobiernos para resolver el problema migratorio, nos damos cuenta de que generalmente se ha buscado limitar estos ingresos de personas, pero debemos ser conscientes de que el trabajo que desarrollan los migrantes laborales lo necesita el sector privado de nuestra economía, trabajo que no es de interés a los desocupados nacionales, puesto que no se adapta a sus expectativas". [105]

Digamos entonces que nuestra Ley de Migración y Extranjería fue diseñada para regular la situación de trabajadores migrantes temporales, de muy corto plazo, pero que no tiene el marco jurídico adecuado para regular la migración de trabajadores de más largo alcance, conocidos por Bohning y otros autores como trabajadores migrantes "ordinarios". [106] Pareciera que una solución a esta problemática, no digamos la única, sería prescindir de categorías migratorias demasiado rígidas, estableciendo permisos de trabajo y trámites no burocráticos, que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

puedan adaptarse mejor a las situaciones de escasez de mano de obra.[\[107\]](#) Habría además que obligar a los empleadores a cumplir estrictamente con el principio de no otorgamiento de condiciones laborales inferiores a los nacionales, bajo situaciones normales, indistintamente que se trate de trabajadores migrantes en situación migratoria regular o irregular, aunque ello significara modificar nuestra legislación laboral ordinaria para introducir específicamente una norma exigiendo contratos escritos y homologados por la Dirección de la Inspección de Trabajo – individuales o podrían ser colectivos- tratándose de mano de obra extranjera.[\[108\]](#) Una norma de tal naturaleza desestimularía, por parte de los empleadores y sus contratistas, el enganche de trabajadores migrantes “irregulares”. [\[109\]](#) Hemos revisado someramente el proyecto de nueva Ley de Migración y Extranjería que espera turno de aprobación en nuestra Asamblea Legislativa, y no encontramos que los problemas aquí descritos tiendan a resolverse. Todo lo contrario, se opta por un endurecimiento de las categorías migratorias y de la situación de los trabajadores irregulares.[\[110\]](#)

Los problemas de nuestra ley migratoria no terminan con la inadecuación entre la categorización de “trabajadores migrantes” y la situación real que se da en la práctica con este tipo de trabajadores, sino que abarca también el de la forma de ingreso a nuestro territorio, del migrante extranjero. De acuerdo a la LME, el ingreso al país para quienes deseen contar con la categoría de residentes permanentes, o bajo otras categorías y subcategorías, deben hacerlo desde fuera de Costa Rica, siendo función de los cónsules costarricenses fuera del territorio nacional “recibir y remitir a la Dirección General las solicitudes de inmigrantes que deseen obtener categoría de residentes permanentes, así como solicitudes de ingreso en otras categorías o subcategorías de ingreso”. En la práctica, sin embargo, la Dirección General de Migración y el Poder Ejecutivo, se ven obligados a atender y resolver dentro del país, la situación de muchos migrantes en situación de irregularidad, quienes desean regularizar, al margen del procedimiento ordinario previsto por la ley, su estatus migratorio. El problema que esto planea, es que a fin de cuentas, recibe en muchos casos un trato más favorable el extranjero ilegal que pretende regularizar su situación encontrándose en el país, que quien cumple con la legislación nacional, haciendo su solicitud desde fuera, pues resulta que quien procede esta última forma, sufre de mayores controles. [\[111\]](#)

En el año 1993 y con el objeto de solucionar los problemas

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

anteriores, los gobiernos de Costa Rica y de Nicaragua suscribieron un Convenio de Mano de Obra Migrante. Se estableció dentro de los requisitos que las empresas interesadas en trabajadores migrantes nicaragüenses, debían indicar cuántos trabajadores requerían y en algunos casos, la misma empresa, en colaboración con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), co-patrocinadora de este acuerdo, podía incluir nombres específicos de trabajadores nicaragüenses. La OIM facilitaba el transporte y estadía de los funcionarios costarricenses de la Dirección de Migración en Nicaragua, mientras se integraba el grupo. Los trabajadores eran ingresados a Costa Rica y se les extendía un documento temporal con foto, para laborar en la empresa. Los problemas que ha tenido este Convenio "empezaron a surgir por la diferencia de trato y de salarios entre empresas dedicadas a labores agrícolas, situación que conllevó a que los trabajadores se trasladaran a otros centros de trabajo, si ofrecían mejores condiciones de trabajo. Además una gran cantidad de trabajadores no regresaba a su país de origen a pesar de que el contrato señalaba que su estadía era temporal, mientras duraba la cosecha. Por otro lado, algunas actividades agrícolas requerían trabajadores todo el año, lo que desvirtuaba la condición de trabajador temporal que exigía la iniciativa".[\[112\]](#) De esta forma, el convenio en cuestión ha permitido que tanto empresarios como algunos trabajadores saquen un provecho que no estaba ni en los términos del convenio ni de los contratos.

En realidad, la situación planteada con la migración irregular es sumamente compleja, involucrando distintos actores y posibilidades de análisis. No se trata pues de un problema que se pueda resolver con soluciones estrictamente jurídicas. Como muy bien lo señala el Director del Dpto. de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hay en esto un verdadero círculo vicioso, porque la migración irregular tiende a profundizar la situación de ilegalidad, antes que a resolverla. El trabajador ilegal teme que al buscar regularizar su situación, se vea impedido a regresar a Costa Rica, por lo que prefiere mantener su estatus irregular antes que modificar su situación legal. Por su parte, muchos empresarios inescrupulosos, se aprovechan de esta situación, para en forma directa o por medio de contratistas, obtener condiciones laborales menos ventajosas para los trabajadores ilegales, respecto de los nacionales o incluso de los extranjeros que han regularizado su situación.[\[113\]](#)

Un nuevo Convenio se ha suscrito entre los Ministros de Trabajo de Costa Rica y Nicaragua en fecha 25 de octubre de 2002, cuyo contenido general es bastante general y difuso, como lo atestigua el artículo primero de dicho documento, según el cual, las partes

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

signatarias acuerdan: "Definir compromisos de interés binacional para establecer una agencia conjunta que permita desarrollar estrategias para ordenar y controlar los movimientos migratorios de personas con fines de empleo, con el objetivo de optimizar la gobernabilidad migratoria en ambos países. Para tales efectos, ambos ministerios promoverán la creación de un Comité Técnico Permanente". Se trata, como se ve, de una norma inocua, que poco o nada empuja en la dirección de acciones efectivas para ordenar la corriente migratoria de Nicaragua hacia Costa Rica. Es muy pronto para juzgar este nuevo Convenio en cuanto a sus efectos futuros, aunque los funcionarios de la Dirección de Migración y Extranjería piensan que Costa Rica necesita "la emisión de una política migratoria integral. Una política que involucre a todos los sectores en el país que tienen qué decir, que tienen que ver, que tienen vinculación con el extranjero en forma permanente".[\[114\]](#)

Es muy posible que los problemas de ingreso de los trabajadores migrantes al país, requieran de modificaciones en la ley migratoria, a fin de otorgarle al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, una mayor responsabilidad respecto de la que hasta ahora ha tenido, pues no creemos que por la mera presencia de un representante de ese Ministerio en el Consejo Nacional de Migración (artículo 8 LME), o por las autorizaciones o "informes favorables" que realice este Ministerio para el otorgamiento de un estatus migratorio en Costa Rica (artículo 73LME) se esté otorgando a la Administración del Trabajo el papel que debe cumplir en el ordenamiento y regularización de las migraciones con fines de empleo. Concebir los problemas de la migración por razones económicas en Costa Rica como un tema de naturaleza policial o atinente solamente a la seguridad nacional sería un error. En el ámbito internacional, se insiste más bien en un mayor involucramiento de los Despachos de Trabajo en las migraciones laborales, incluyendo la idea de destacar personal especializado en estas materias en las embajadas y consulados de los países receptores de trabajadores migrantes, lo mismo que se insiste en la necesidad de despolitizar esta materia. [\[115\]](#)

No se trata de ignorar los problemas de seguridad nacional envueltos en el tema migratorio, sino de involucrar en la ordenación del mismo, con mayor fuerza e inteligencia, al Ministerio de Trabajo y a sus departamentos técnicos, asignándoles de paso los recursos económicos necesarios que hasta ahora les han sido negados.

Un tema de especial relieve dentro de lo que es la legislación migratoria y laboral de nuestro país, lo constituye el de las

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

agencias de empleo, y en general, el tema de la intermediación entre trabajadores migrantes y sus verdaderos patronos o empleadores. En nuestro país, se combinan dos curiosas normas, que nos darían una visión contrapuesta de la realidad jurídica. Por una parte, encontramos el artículo 134 de la misma Ley de Migración y Extranjería, que prohíbe en todo el territorio nacional *"el reclutamiento de inmigrantes no autorizados expresamente por las autoridades nacionales competentes, y el establecimiento de cualquier tipo de agencia privada de emigración o que negocie con ésta, así como cualquier clase de propaganda o publicidad en que se solicite mano de obra nacional para trabajar en el extranjero que carezca de la correspondiente autorización"*. Por lo demás, Costa Rica ratificó mediante Ley No. 2561 de 11 de mayo de 1960, el Convenio No. 88 de la O.I.T., aunque aceptando solamente las disposiciones de la parte II, con lo cual se comprometió a adoptar una política de erradicación de las agencias privadas de colocación, consolidando a la vez un monopolio estatal en el manejo de las políticas de empleo, monopolio que se ve reforzado con lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. [\[116\]](#) Cabe decir que Costa Rica no ha ratificado el Convenio 181 de O.I.T., referido precisamente a las agencias de empleo privadas, permaneciendo en la regulación internacional anterior, que es la del Convenio 88. A pesar de lo expuesto, según el documento titulado "Resumen Ejecutivo: servicios de intermediación laboral", del Banco Interamericano de Desarrollo, funcionan en Costa Rica, 42 agencias de servicio de intermediación. [\[117\]](#) Por lo demás, el propio Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ha podido constatar en sus inspecciones rutinarias o extraordinarias, la existencia de gran cantidad de sociedades mercantiles organizadas para el enganche de trabajadores extranjeros, fundamentalmente en las zafras del azúcar y de la naranja". [\[118\]](#)

Frente a la situación de prohibición legal de funcionamiento de agencias privadas de empleo en Costa Rica y su operatividad real - por tanto, al margen de la ley-, encontramos lo dispuesto por el artículo tres del Código de Trabajo, mediante el cual se admite la figura del "intermediario", conceptualizándolo como "toda persona que contrata los servicios de otra u otras personas para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono". Conforme con la misma norma, patrono e intermediario son solidariamente responsables frente al trabajador, por las obligaciones provenientes del mismo Código, de sus Reglamentos y de las disposiciones de previsión social. Finalmente, establece el artículo 3 del Código de Trabajo, que serán considerados como patronos de quienes les trabajen y no como intermediarios, los que

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

se encarguen, por contrato, de trabajos que ejecuten con capitales propios. Interpretando esta norma en aplicación conjunta con el principio de primacía de la realidad (artículo 19 del Código de Trabajo), si quien se dice intermediario, tiene capital propio para operar la ejecución de las labores contratadas, dejará de ser intermediario para convertirse en verdadero patrono. Pero esto quiere decir también (lo cual resulta de suma importancia para la imputación de responsabilidades laborales), que si quien realiza la contratación de trabajadores para que presten sus servicios a favor de otro patrono, no tiene capital propio, entonces el verdadero patrono es la persona física o jurídica a favor de quien se realizan los trabajos. [\[119\]](#)

Podemos decir entonces, que la intermediación es una actividad permitida por el Código de Trabajo, aunque el funcionamiento de agencias de empleo no se encuentra prevista en la legislación laboral, prohibiendo el funcionamiento de dichas agencias, de manera absoluta, para la contratación de mano de obra extranjera, la LME. En la práctica sin embargo, y sin ningún control del Ministerio de Trabajo ni de la Dirección de Migración operan agencias de empleo que funcionan con tales, amparándose posiblemente a la normativa contenida en el artículo 3 del Código de Trabajo.[\[120\]](#)

Los datos que brinda la poca información existente en Costa Rica sobre el papel de los intermediarios o contratistas en la internación de mano de obra extranjera, es realmente preocupante. En un estudio realizado por la Dirección de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para las zafras de la naranja y caña de azúcar, en las regiones Pacífico Seco y Chorotega, de Costa Rica, año 1999, se ubicaron las empresas estudiadas en tres categorías, según la tipología de relaciones encontradas. Algunas en que los contratistas eran controlados de cerca por los patronos que finalmente recibían los trabajos, donde por tanto el contratista se convierte en un simple administrador técnico del personal de campo para los ingenios, devengando dicho intermediario una comisión, calculada según la diferencia entre lo que el ingenio paga al contratista y lo que éste paga a los trabajadores por tonelada métrica. Es la empresa la que dota a los trabajadores de vivienda, y no el contratista. Solamente una empresa se halló con estas características. En otros casos, las empresas beneficiarias no cuentan con los medios para darle seguimiento a los contratistas en su trato a los trabajadores, pues pagan directamente el tonelaje correspondiente a los contratistas, con lo que estos tiene un amplio margen para realizar todo tipo de maniobras en el pago a sus contratados. En los campamentos de este tipo de contratistas no existen

condiciones apropiadas de habitación de los trabajadores, predominando el hacinamiento. Finalmente está la situación de las empresas que no mantienen campamentos propios ni han demostrado interés en construirlos o arrendarlos, y delegan el manejo administrativo y financiero total de sus operaciones agrícolas en los contratistas, limitándose a solicitarles la póliza de Riesgos de Trabajo y la planilla de la Caja Costarricense de Seguro Social. Si solo se encontró un caso de ingenios que se adaptaban a la primera descripción, el resto estudiado, que son la mayoría, se ubican en las otras dos categorías. [121] En los Ingenios comprendidos en el estudio de marras, los datos iniciales ofrecen una utilidad neta a favor de los contratistas de 15.7% sobre cada tonelada métrica cortada. No obstante, si como parece, el contratista deja de pagar cesantía (como se registra en la mayoría de los casos, según el estudio), no se paga la póliza de riesgos de trabajo y no se cubre la seguridad social de los trabajadores (que es la parte más sustanciosa de las ganancias, según el propio documento bajo análisis), las cifras de ganancia para el contratista se elevan en un 230% por sobre la utilidad neta que se mencionó de primera. [122]

En otro estudio del mismo Departamento de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, titulado "Seguimiento de los Derechos Laborales en la zafra de la caña de azúcar y la recolección de la naranja en las regiones Pacífico Seco y Huetar Norte", se denuncia que el reporte de salarios de los trabajadores (entre ellos una mayoría de migrantes) a la Caja Costarricense del Seguro Social, es tan irreal, que "el salario más alto reportado a la C.C.S.S. solo alcanza el 57% de un salario mínimo diario y el más bajo, un ínfimo 23%, cuatro veces menor al salario que devenga el escalafón más bajo en la escala salarial, que corresponde a un peón agrícola". [123] Ante esta situación de fraude evidente a la seguridad social por parte de los contratistas, que seguramente pueden pagar las cuotas totales de seguridad social, con solo la cuota obrera que rebajan a sus propios trabajadores, los funcionarios de la Inspección de la Caja del Seguro Social en el Cantón de Carrillo, recomiendan "mancomunar" las obligaciones laborales de los contratistas con los ingenios, exigiendo que se asuma una corresponsabilidad de estos últimos en la gestión de sus contratistas. [124]

La verdad es que ese tipo de solicitud de los inspectores de la entidad aseguradora no debería de plantearse dado lo evidente de esa corresponsabilidad solidaria. Recordemos que de acuerdo con el artículo 3 de nuestro Código de Trabajo, al ser la mayoría de los contratistas personas que dependen en un cien por cien de los fondos que les pagan los empresarios de la caña, y no contar por

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

tanto con capital propio (funcionan como simples bolsas de trabajo), las empresas agrícolas que utilizan los contratistas son solidariamente responsables, según la ley, por todas las obligaciones laborales, incluyendo los de la seguridad social, provenientes de la labor que realizan los trabajadores enganchados. De acuerdo a los funcionarios de la Dirección de Migración y Extranjería, la práctica en Costa Rica, al menos en el sector del cultivo de la caña de azúcar, es que los contratistas realizan el enganche de los trabajadores extranjeros, asumiendo la figura del patrono, donde por tanto la empresa que recibe el servicio no mantiene ningún vínculo jurídico aparente con el trabajador. Estos contratistas viajan a Nicaragua y traen cuadrillas bastante amplias a trabajar a Costa Rica. El problema, según los mismos funcionarios, es que "el patrono no ha tomado conciencia de las violaciones en que está incurriendo".[\[125\]](#)

Según lo vemos nosotros, lo que se da en la práctica es una subcontratación de mano de obra extranjera, utilizando los canales de contratistas que operan sin capital propio. Sin necesidad de mayor análisis, cabe aquí la aplicación del artículo 3 del Código de Trabajo, imputando responsabilidades laborales y parafiscales, según las normas del Código de Trabajo y de la Seguridad Social, tanto a las empresas beneficiarias como a los llamados contratistas. Si el Ministerio de Trabajo, la Caja Costarricense del Seguro Social y la propia Dirección de Migración no han exigido el cumplimiento de tales responsabilidades (incluyendo la prohibición de los contratos de agencia entre patronos y sociedades de intermediación laboral), es este un vacío institucional que nuestras autoridades deben llenar sin esperar ninguna ordenación política superior. [\[126\]](#)

El proyecto de Ley de Migración y Extranjería que se discute en nuestra Asamblea Legislativa, elimina la prohibición de funcionamiento de las Agencias de Empleo Privadas, con lo cual no está tampoco resolviendo su situación de irregularidad de funcionamiento en el país, dado que en Costa Rica existe un monopolio legal, en mano pública, de ese tipo de intermediación contractual laboral, matizada, según se vio, por lo dispuesto en el artículo 3 del Código de Trabajo. Esa situación de incertidumbre jurídica, no la resuelve el proyecto en cuestión, ni conocemos de la existencia de otro proyecto de transformación legal que contemple una salida a la misma. Ahora bien, lo que sí hace el proyecto de ley, es legitimar el funcionamiento de los intermediarios o contratistas, ligándolos a la obligación de cumplir con las obligaciones de la ley migratoria y de la ley laboral.[\[127\]](#) La norma es conveniente, aunque resulte igualmente exigible ese tipo de obligaciones con la legislación actual. Lo

que cambia en el proyecto es la imposición más severa de sanciones a quienes incumplen con tal normativa. [128] Es una lástima que no se aproveche esta nueva ley para insistir en la corresponsabilidad de las empresas que reciben los beneficios del empleo de trabajadores migrantes, junto con los contratistas o intermediarios, tanto en lo que se refiere a obligaciones migratorias como de índole laboral y de seguridad social, pues aunque el artículo 174 nos habla de "empleadores", "contratistas" e "intermediarios", no se deja claro en qué se distinguen estas figuras ni evita el fraude de ley del contratista o intermediario que aparenta ser el único empleador.

En cuanto a la contratación propiamente de trabajadores migrantes extranjeros, el proyecto enfatiza que ninguna persona podrá contratar extranjeros que no estén en condición legal dentro del país, o que estándolo no tengan la habilitación jurídica para realizar las actividades objeto de la contratación. [129] La norma tiene la intención evidente de prevenir la contratación de migrantes irregulares, aunque no creemos que por sí sola tenga los efectos esperados, si no se acompaña de una política migratoria que tienda a ordenar los flujos de trabajadores migrantes, fundamentalmente de trabajadores migrantes "ordinarios", y no se dote al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de los recursos para que su Dirección de Inspección pueda realizar una vigilancia efectiva en este campo. [130]

4. Existe discriminación real del trabajador migrante en Costa Rica?

En sus comentarios al Informe de Cumplimiento de Obligaciones de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racional, correspondiente al período XVI (1999-2000), enviado por Costa Rica en cumplimiento de dicho Convenio, la Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centro América (CODEHUCA), realizó una serie de denuncias y señalamientos, que son de nuestro interés. Indica la citada Comisión, que en su informe, el Estado costarricense hace una evaluación exhaustiva de la última Amnistía Migratoria (1999), de la cual comenta que ha permitido mayor seguridad jurídica para el extranjero migrante, no obstante lo cual omite informar que la misma amnistía "ha creado, de acuerdo a la población migrante, una discriminación, ya que en ciertos sectores de trabajo, especialmente en las zonas agrícolas; los agricultores prefieren

seguir contratando inmigrantes indocumentados para no pagarles sus derechos laborales, lo que ha generado una competencia entre los mismos migrantes". [131] CODEHUCA considera que lo anterior "se debe a la poca efectividad del Gobierno y de otras instituciones estatales; entre ellas el Ministerio de Trabajo, en fiscalizar el accionar de los patronos agrícolas, al seguir prefiriendo trabajadores migrantes indocumentados en distintas zonas del país en lugar de aquellos que se acogieron a la amnistía migratoria". Finalmente, critica este documento los abusos a derechos humanos de migrantes deportados, y lo que acusa como ausencia en Costa Rica de una política migratoria definida. [132]

A los problemas que señala CODEHUCA, habría que agregar el que ya se ha mencionado en este trabajo de las diferencias salariales entre nacionales y extranjeros [133]; la inestabilidad laboral del migrante, a quien se contrata por períodos muy cortos de tiempo, de lo cual se aprovechan los empresarios, sobre todo en zonas bananeras, para tener una población marginal o "ejército de reserva" haciendo presión hacia abajo en materia de salarios y condiciones de trabajo, lo mismo que para socavar al movimiento sindical de la zona; [134] y lo más grave de todo, la exposición a verdaderos traficantes de emigrantes, conocidos en nuestro continente como "coyotes", quienes hacen de una profesión el traslado clandestino de emigrantes de un país a otro. [135]

En sus observaciones finales con relación al informe presentado por Costa Rica sobre la situación de discriminación en el país, el Comité para Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas ha indicado que "también preocupan al Comité las condiciones de vida y de trabajo de los emigrantes, en su mayoría procedente de Nicaragua, que podrían ser objeto de discriminaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención". [136] En el estudio realizado por Morales para el Programa de Migraciones Laborales de la O.I.T., se denuncia fuertemente la situación de las empleadas domésticas (mujeres indígenas en Guatemala y mujeres nicaragüenses en Costa Rica), llegando a predicar de este trabajo que "adquiere rasgos de semiesclavitud", pues "aparte de los bajos salarios, por lo común por debajo de los montos mínimos fijados por la ley, las trabajadoras domésticas se ven obligadas a laborar durante horarios no regulados, en jornadas que se inician desde horas tempranas de la mañana y casi madrugada hasta avanzada la noche. Estas mujeres permanecen recluidas prácticamente en el lugar de trabajo durante toda la semana y a veces solo disponen de un día libre el fin de semana. Ya sea por sus bajos niveles de

escolaridad, o bien por su condición de indocumentadas en el caso de las extranjeras, no tienen conocimiento de sus derechos o no saben como exigir su cumplimiento. Entre tales derechos, está por ejemplo el de la seguridad social y la atención de salud, pues también la práctica más común, entre los patronos, sigue siendo el no pago del seguro social". [\[137\]](#)

En opinión de Ana Durán Salvatierra, especialista en el tema por nosotros consultada, no obstante que las discriminaciones entre la población nacional y los trabajadores migrantes y sus familias es un hecho reconocido en muchos estudios sobre el tema, "no existen elementos que indiquen que hay una política discriminatoria en contra de los trabajadores migratorios a escala estatal y el Estado no solo respeta los derechos humanos sino que hace extensivo una serie de servicios, incluidos salud, educación y subsidios a la población migrante".[\[138\]](#) En este último sentido, comenta Durán Salvatierra que el propio Defensor de los Habitantes en Costa Rica ha indicado en sus Informes que existían problemas de discriminación, así como que lamentablemente había una percepción negativa de la presencia de nicaragüenses por una parte de la población, no obstante lo cual, este mismo funcionario ha explicado que el problema no obedece a una política estatal discriminatoria, matizando sus palabras iniciales en cuanto que en Costa Rica los trabajadores migratorios no sufrían mayor discriminación y que las presuntas manifestaciones negativas de la población local frente a la presencia de nicaragüenses constituían hechos aislados.[\[139\]](#)

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., al analizar el tema de la igualdad en el empleo y la ocupación, ha expresado lo siguiente en cuanto al tema de la discriminación:

"El apartado a) del párrafo 1 del artículo 1 del Convenio III define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en determinados criterios) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. En esta definición, de carácter puramente descriptivo, se diferencian tres elementos: a) un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia, originadas en un acto o en una omisión) que constituya la diferencia de trato, b) un motivo determinado de la diferencia de trato, y c) el resultado objetivo de tal diferencia de trato (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato".[\[140\]](#)

De acuerdo al análisis que se ha hecho del marco constitucional y

legal costarricense, la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no ha aceptado, como principio general, que la nacionalidad de la persona pueda ser un motivo justificativo de cualquier tipo de diferenciación, lo cual abarca las relaciones laborales. A partir de allí, cualquier norma de rango legal o inferior, adolecería del vicio de inconstitucionalidad, en el momento en que establezca alguna disimilitud de trato utilizando como parámetro para la misma, el de la nacionalidad. En complemento con lo anterior, existen otras normas constitucionales y legales que amparan la igualdad de trato del trabajador migrante extranjero con el nacional, tales como el artículo 56 y 68 de la Carta Política, los artículos 167 y 618 a 624 del Código de Trabajo, y el artículo 100 de la Ley de Migración y Extranjería que textualmente señala: *"La verificación de la infracción - se refiere al incumplimiento de la LME - no exime a los empleadores del pago de los sueldos, salarios u otro tipo de remuneración que hubiere contratado con violación a lo dispuesto por esta ley"*. Nótese que esta última norma tiene especial relevancia, pues rescata el principio tuitivo del Derecho de Trabajo, así como el principio de primacía de la realidad, en cuanto que independientemente de los motivos de nulidad de un contrato de trabajo, por haber sido pactado con un trabajador que carecía de habilitación legal para contratar, dicho pacto mantiene sus efectos en cuanto a las obligaciones que se tengan con el trabajador, producto de la relación laboral. De esta manera, si el contrato laboral con un extranjero en situación ilegal, pudiera ser cuestionado desde el punto de vista de la capacidad del trabajador para suscribir o ejecutar de hecho ese tipo de contratos, aún la nulidad del mismo no enervaría las obligaciones del patrono o patronos respecto de las obligaciones que nacen de la relación laboral, ya sea que provengan de los mínimos contenidos en el Código de Trabajo o en la legislación conexas, o ya provengan del propio contrato[141]. Lo que se cuestionaría entonces frente al trabajador migrante irregular es su situación jurídica migratoria, así como su capacidad para mantenerse laborando en el país bajo ese estatus de irregularidad, mas no su derecho a percibir las obligaciones nacidas de la relación laboral, pues ellas se amparan tanto en el artículo 100 supra mencionado de la LME, como en los principios tutelares del Código de Trabajo, incluyendo el principio de la buena fe, presente en el artículo 19 de nuestro Código de Trabajo.[142]

Según lo que se lleva señalado, a tenor del concepto de "discriminación" que ha propuesto la Comisión de Expertos de la O.I.T. y que hemos reproducido líneas atrás, la legislación

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

costarricense no incluiría dentro de sus presupuestos un principio de discriminación contra los extranjeros, fundándolo puramente en la nacionalidad, con dos excepciones puntuales.^[143] En efecto, existirían dos situaciones preocupantes en esta materia. La primera por ser abiertamente discriminatoria, la segunda porque a pesar de las matizaciones que ha hecho la Sala Constitucional de nuestro país, podría en algún momento tener efectos perjudiciales para los trabajadores migrantes. En el primer caso hacemos referencia al artículo 60 de la Constitución Política, el cual prohíbe a los extranjeros ocupar puestos de dirección en los sindicatos que se creen en el país, norma total y absolutamente contraria al principio de igualdad y no discriminación, según la define la doctrina y la mayor parte de los convenios internacionales sobre la materia. El segundo caso es el del artículo 68 de la Carta Política, en cuanto indica que en igualdad de condiciones, debe preferirse al trabajador costarricense. Hemos analizado como el voto 00616 -1999 de la Sala Constitucional, atempera el principio de diferenciación presente en esta norma, así como lo condiciona, en su aplicación, a que previamente a establecer la igualdad de condiciones se deban tomar en cuenta las condiciones objetivas que van a servir de parámetro para poder medir esa supuesta igualdad. No obstante, repetimos, la norma resulta ominosa, básicamente en materia de acceso al empleo, por las consecuencias no deseadas que pudiera tener en el futuro, sobre todo ante posibles situaciones de aumento en la tasa de desempleo.

Una situación especialmente preocupante es la de los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes, cuando abandonan el país. Me refiero fundamentalmente a los derechos sobre las pensiones de vejez. El hecho de que el trabajador migrante que ha acumulado derechos ante un sistema de seguridad social, luego de haber cotizado personalmente a ese régimen, los pierda definitivamente cuando sale del país, por las razones que sean, centra hoy parte del debate sobre el tema de los derechos de los trabajadores migrantes en la comunidad internacional y es tema de análisis en la Unión Europea. La Organización Internacional del Trabajo, por medio del estudio realizado por Bohning, ha recomendado a los países de la Organización procurar el mantenimiento de los derechos en curso. Así, se ha dicho que "el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición es un principio que se aplica cuando los trabajadores o sus familiares recorren dos o más países antes de que haya terminada el período de habilitación para la protección de ciertas prestaciones de seguridad social como las pensiones de vejez. Por ejemplo, si un

filipino que ha trabajado cuatro años en su propio país se va a Japón y pasa en este país tres años, y luego ocho en Singapur, dos a continuación en Hong Kong y, por último, seis en la República de Corea antes de regresar a su país, donde trabaja otros cinco, no tendrá derecho a una pensión de vejez en ninguno de esos países y territorios porque en cada uno de ellos rige un período de habilitación más largo que la duración de su trabajo en él. Cabe subsanar la injusticia de semejante situación sumando todos esos períodos de habilitación. Se podría calcular el monto de la pensión a prorrato del tiempo: se adeudaría una parte de la pensión total por los nueve años pasado en Filipinas, los tres en Japón, y así sucesivamente". [144] Una solución posible sería la que da el autor de la cita anterior, sea pagar al trabajador una pensión proporcional al tiempo de cotización en el país, una vez cumplidos los requisitos de edad que establece la legislación nacional, mientras que otra posibilidad sería la de promover acuerdos entre los distintos sistemas de seguridad social involucrados, para que se pudieran hacer transferencias de fondos de un sistema nacional de seguridad social a otro, de modo que lo ahorrado en otros países pudiera ser utilizado en el país donde el trabajador desea obtener su derecho de pensión de vejez.

El tema de la migración de trabajadores extranjeros no es pacífico en cuanto a las situaciones reales de igualdad o desigualdad, sobre todo cuando se trata de trabajadores en condiciones de irregularidad migratoria. Sobre todo porque principios básicos de equidad y de seguridad nacionales desaconsejan otorgar a los trabajadores migrantes irregulares los mismos derechos de los trabajadores migrantes que han regularizado su situación migratoria. El hecho de que las migraciones de nuestra época sean espontáneas, y no planificadas por los Estados como sucedía en el pasado, implica que la oferta de mano de obra no siempre estará en correspondencia con la demanda, lo que expone de entrada a muchos trabajadores migrantes a tratos discriminatorios.[145] En este caso, la función del Estado es tanto la de diseñar una política migratoria, de ser posible en coordinación con los principales países de donde proviene la migración, que garantice un movimiento ordenado de trabajadores migrante; establecer sistemas de vigilancia eficaces sobre los patronos que incumplan la legislación laboral, como también invitar a los patronos y a los trabajadores en cuanto colectivos nacionales, representados por las organizaciones de empleadores y por las organizaciones sindicales, a colaborar en el diseño de esa política migratoria.

No pareciera que nuestro país tenga una legislación proclive a la

discriminación jurídica del trabajador migrante. Todo lo contrario, la interpretación que ha dado nuestra Sala Constitucional al tema de los derechos de los extranjeros, se nutre de la mejor doctrina que se produce en este momento por parte de la comunidad internacional. No obstante, la discriminación es real, en cuanto que los trabajadores migrantes en nuestro país sufren de condiciones de empleo no solo inferiores a las de los trabajadores nacionales, sino incluso inferiores a los mínimos que establece la dignidad humana. Es aquí donde nuestro país debe impulsar cambios muy importantes, entre ellos algunos de carácter institucional y normativo.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Hemos podido analizar a lo largo de este trabajo, algunas ideas básicas de amplia discusión en la comunidad internacional acerca del tema de las migraciones. Una es la que se ha denominado la dialéctica del rechazo jurídico y la necesidad de emigrar, según la cual existe una tensión estructural entre las medidas que impone el Estado para evitar la emigración ilegal y la imposibilidad que para muchas familias significa posponer su migración, amenazadas por el hambre, el abandono y hasta la muerte, en sus países de origen. Frente a esta dialéctica perniciosa o círculos viciosos de migración, se habla hoy en el mundo de "migraciones sostenibles", entendiéndose que la "sostenibilidad" incluye "la idea de una política que no tiene consecuencias destructivas en las sociedades de origen o de destino (lo cual) pudiera significar que la migración producida por esta política no tiene impactos adversos en el empleo o ingresos de los menos preparados en las sociedades huéspedes, no crea severos problemas de integración o el aumento del racismo y la xenofobia. En el caso de las sociedades de origen, migración "sostenible" es aquella que no mina el desarrollo, debilita los servicios de educación o salud, o causa otras formas de malestar social".^[146] La posibilidad de impulsar "migraciones sostenibles", escapa con frecuencia a las posibilidades de un solo país, y depende más bien de los esfuerzos que en su conjunto pueda hacer la comunidad internacional. Por lo demás, tampoco se trata de una problemática puramente jurídica, pues este es un caso en el que evidentemente las formas jurídicas deberán estar precedidas de una clara política migratoria.

En cualquier caso, hemos visto a lo largo de este trabajo que el

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

marco jurídico costarricense no se encuentra diseñado ni en su modelo constitucional ni en la interpretación que del mismo ha hecho la Sala Constitucional, como un modelo proclive a la discriminación del migrante extranjero. Se trata de un sistema que guarda armonía, en líneas generales, con las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como con la Convención Internacional sobre Eliminación sobre Todas las Formas de Discriminación Racial, vigentes en Costa Rica. Se distancia nuestro ordenamiento normativo en materia de trabajadores migrantes de los Convenios 143 de O.I.T. y de la Convención de la O.N.U. sobre trabajadores migrantes, del año 1990, en cuanto no reconoce una igualdad absoluta de los extranjeros con los costarricenses, en cuanto a condiciones laborales, al admitir la Constitución Política la posibilidad de introducir diferencias por ley, aunque tales distinciones solamente puedan fundarse en criterios objetivos y nunca en el de la mera ciudadanía extranjera. Parece difícil sin embargo que países como los nuestros puedan asumir los retos de la Convención de la O.N.U. siendo que ni siquiera los países desarrollados de mayor inmigración la han adoptado, y dadas los esfuerzos económicos que implicaría un cumplimiento total de dicho Convenio. Dentro de esta tesitura, no podemos sino hacer los mayores esfuerzos por aplicar el derecho interno en esta materia, conforme a la normativa de la Constitución y de los Convenios Internacionales que ha ratificado el país, incluyendo el Convenio 111 de O.IT.

Nuestro ordenamiento laboral, comprendido en el Código de Trabajo y su legislación conexas, contiene un principio de igualdad y de no discriminación, en aplicación del principio de territorialidad del artículo 14, que no hace diferencias entre ciudadanos costarricenses y extranjeros, ni entre extranjeros con situación regular o irregular. Existe sin embargo, una aplicación muy deficiente de esa legislación laboral, en cuanto los trabajadores migrantes extranjeros gozan, en general, de condiciones de trabajo no solo distintas a los nacionales, sino incluso inferiores a los mínimos legales. Preocupación especial merece el problema de la subcontratación de trabajadores migrantes extranjeros por parte de subcontratistas, abroquelados tras el artículo 3 del Código de Trabajo, mientras la normativa existente, incluyendo la misma Ley de Migración prohíbe el funcionamiento de agencias privadas de empleo para el enganche de trabajadores extranjeros.

Mención especial ha merecido de nuestra parte el texto de la Ley de Migración y Extranjería, la cual ha confundido la figura del

trabajador migrante, como categoría ontológica general, con la del "trabajador migrante temporal", ubicando además de manera inadecuada a los trabajadores migrantes con los "no residentes", reduciendo por esta vía las posibilidades de normalidad jurídica del trabajador migrante. Ante tales deficiencias, la práctica institucional solo podía decantarse, como lo han denunciado algunos autores, hacia un sistema eminente represivo, a lo cual contribuye la poca participación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. [147] La ausencia de recursos económicos y por tanto materiales de este último Ministerio para cumplir sus cometidos, como no lo ha reconocido la misma Dirección de Empleo, tiende a empeorar este cuadro. [148]

En cuanto a la posibilidad de una política migratoria "sostenible", es poco lo que se puede decir si las propias autoridades del país en el campo migratorio se quejan de que la legislación es omisa en cuanto al tratamiento del trabajador migrante, [149] y organizaciones de la sociedad civil como CODEHUCA demandan la adopción de una política migratoria clara, señalando la ausencia de la misma.

No podría nuestro trabajo ingresar, sin pecar de exceso de atrevimiento, en el difícil tema de la política migratoria nacional, puesto que tampoco ha sido ese el objeto central del mismo. Nos atrevemos a pensar que de acuerdo con las conclusiones parciales que sobre algunos temas hemos ido integrando, particularmente en los aspectos jurídicos de esa política, sería importante insistir en las siguientes ideas centrales:

- A. En la necesidad de prescindir de categorías jurídicas migratorias demasiado rígidas, estableciendo permisos de trabajo y trámites migratorios no burocratizados, que puedan adaptarse mejor a las situaciones de escasez de mano de obra.
- B. En que la ley de Migración debe incorporar de alguna forma, categorías de trabajadores migrantes de mediana y más larga estadía en el país, tanto para el caso de trabajadores no especializados pero que el mercado de trabajo demanda, como para las personas que habiendo ingresado en calidad de trabajadores temporales, demuestren continuidad en sucesivas contrataciones laborales, convirtiéndose en trabajadores migrantes ordinarios.
- C. En que la legislación laboral debe introducir normativa específica sobre trabajadores migrantes, a fin de obligar a los empleadores a otorgar estrictamente a los trabajadores extranjeros en el país -regulares o no-, condiciones de trabajo no inferiores a las que se otorgan a los nacionales,

con la excepción de aquellas situaciones en que la distinción esté justificada en razones distintas de la nacionalidad. A tal efecto, debería de exigirse el contrato escrito laboral con los trabajadores extranjeros (individual o colectivo), y su remisión obligatoria a la Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo, bajo fuertes sanciones económicas en caso de incumplimiento. Esto como una forma de desestimular la contratación de trabajadores en situación irregular, a la vez que se protege al trabajador migrante extranjero.

- D. En la necesidad de que instituciones como el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la Caja Costarricense del Seguro Social y la Dirección de Migración intervengan de inmediato a fin de frenar los abusos que cometen los contratistas e intermediarios de mano de obra migrante extranjera, corresponsabilizando solidariamente a las empresas que reciben los servicios por las situaciones de ilegalidad.
- E. Debe resolverse la situación de incertidumbre de las agencias de empleo, regularizando su actividad legal, como forma de contribuir a aprovechar los aspectos positivos de estas agencias, pero evitando los abusos en que puedan incurrir. En tal sentido sería prudente además, que el Estado costarricense ratificara el Convenio 181 de la O.I.T., lo mismo que legislara para crear las condiciones exigidas por dicho convenio dentro de la legislación interna.
- F. Con o sin una nueva ley de migración, es necesario introducir en la legislación penal de nuestro país la figura delictiva del traficante de trabajadores migrantes ilegales.

2. Jurisprudencia

a. Trabajador que sin encontrarse asegurado sufre accidente mientras se encontraba realizando labores en soda

[SALA SEGUNDA]²

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"II.- Para determinar si una relación tiene naturaleza laboral, debemos recurrir al contenido de los numerales 4 y 18 del Código de Trabajo. El primero define al trabajador como "...toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo." Por su parte, el segundo establece: "Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe." Se han distinguido tres elementos que caracterizan una relación de tipo laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. Como los dos primeros se presentan también en otro tipo de contrataciones, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha recurrido al tercer elemento -la subordinación jurídica- como criterio de distinción, entendido éste como la facultad del empleador de dar órdenes al empleado y disciplinar sus faltas, así como la de dirigir las tareas (sobre el punto se pueden consultar los votos de esta Sala números 268, de las 8:00 horas, del 13 de diciembre de 1991; 25, de las 9:00 horas, del 24 de enero de 1992; 392, de las 10:40 horas, del 25 de noviembre de 1994; 235, de las 10:40 horas, del 18 de octubre de 1996; 382, de las 9:50 horas, del 29 de noviembre de 1996; 30, de las 15:40 horas, del 12 de febrero de 1997 y; 390, de las 10:20 horas, del 7 de agosto del 2002). Ahora bien, el numeral 18 citado establece una presunción iuris tantum a favor de la laboralidad de la relación de quien presta sus servicios y la persona que los recibe. En aplicación del artículo 414 del Código Procesal Civil, a tenor de lo dispuesto en el numeral 452 del de Trabajo, toda presunción legal exime a la parte que la alegue de la obligación de demostrar el hecho reputado como cierto en virtud de la misma. No obstante, se obliga a quien la invoque a demostrar los hechos que le sirven de base; a saber, en este caso, la prestación personal de los servicios. En el asunto concreto, existe prueba testimonial y documental que da cuenta de la prestación del servicio por parte del actor, en forma personal y a favor de los codemandados, en los términos que se indicarán en el siguiente considerando. III.- Analizadas las probanzas conforme con las reglas de la sana crítica racional (artículo 493 del Código de Trabajo), la mayoría de esta Sala no comparte las consideraciones vertidas por los juzgadores de instancia respecto de la inexistencia de una relación de trabajo entre el señor Zúñiga Vargas y los codemandados Camareno Rosales y Pacheco

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Angulo. El actor, en su demanda, indicó que trabajaba para la soda El Puente, propiedad de los codemandados, desde 1999, laborando de seis de la mañana hasta las tres o cuatro de la tarde, realizando labores varias como salonero, lava platos y mandadero, mientras que en las tardes se le encargaba vender por varios lugares de Barranca el pan y la repostería que la señora Pacheco Angulo confeccionaba. Los coaccionados únicamente aceptan el vínculo en cuanto a esta última labor, pero alegan -sin acreditarlo- que fue bajo una supuesta sociedad de hecho. No existe ninguna prueba veraz que demuestre que los costos de operación para elaborar el pan y la repostería fuesen compartidos entre el actor y la señora Pacheco Angulo, por lo que no se puede concluir con certeza que existiese la alegada sociedad de hecho; por el contrario, la misma codemandada reconoce que le pagaba por la labor de venta del pan, lo que es propio de una relación de servicio de distribución y venta de productos. Aunque se niega el pago por las otras labores que el actor indica como realizadas dentro de la soda, ello no es óbice para desvirtuar la existencia de una relación laboral, ya que, en este caso, a juzgar por las declaraciones de algunos testigos, sí existió dicha prestación de servicios varios dentro del local donde ocurrió el riesgo que aquí se investiga. No es lógico pensar que estuviese desvinculado laboralmente de ese centro de trabajo y que ante la presencia de la prensa en el lugar del suceso -específicamente el Diario Extra- se le informara que don Gerardo Zúñiga Vargas "laboraba en la cocina de la Soda El Puente" (documento a folio 6). Esa manifestación espontánea de los responsables del negocio siniestrado, cuando no se pensaba en un posible juicio como el de autos, es un indicio probatorio fidedigno que para no ser atendido como verdad real debió ser desvirtuado con prueba fehaciente, lo que no ha ocurrido en este proceso; antes bien, los testigos que manifestaron que no hubo relación laboral, por incurrir ellos mismos en calificación de la relación existente inter partes, los hace poco creíbles debido a su evidente parcialidad, pues los testigos únicamente deben referirse a los hechos que ven o escuchan y no entrar a calificar una relación, para lo que se requiere de un conocimiento técnico que normalmente no poseen los deponentes. Es por ello que, al tenor de lo dispuesto por el artículo 493 del Código de Trabajo, debe hacerse una confrontación de los hechos de los cuales dan cuenta los testigos evacuados en el proceso; y la testimonial, como queda expuesto, es conteste, la mayoría de ella, en que vieron al actor realizando labores diversas en el negocio de los codemandados. Para una mayor claridad, veamos lo que cada testigo señaló. Mildred Quirós Sandí, exnuera de los codemandados, dijo: "El actor no trabajaba para los demandados, lo que existía era una asociación, María hacía el pan y el actor lo vendía. En el tiempo

en que yo estuve llegando a la soda, nunca lo vi trabajando, algunas veces a la que si vi fue a la esposa de éste. El día del accidente, el actor le pidió a su esposa que se encontraba trabajando en la soda ese día que le hiciera comida, por eso el actor estaba ese día en la soda. El actor se dedicaba a vender pan, carne, o lo que fuera(...) el actor nunca trabajó en la soda en que ocurrieron los hechos" (folio 130-131). Es evidente la cercana relación entre esta deponente y los coaccionados y no es creíble que si no laboraba en el lugar fuese testigo hasta de la supuesta causa por la que el actor se encontraba en la soda, como si hubiese estado no solo presente en el establecimiento, sino a la par del actor, pues sólo así pudo haberse enterado realmente que éste le pidió a su esposa que le hiciera la comida. Esos detalles ponen de relieve un interés marcado en favorecer la tesis de la inexistencia de la relación laboral. Por su parte, el testigo Gerardo Jaén Jaén, señaló: "Yo llegaba a la soda cuando tenía libre a tomar café, yo veía al actor lavando platos o nos atendía, yo también le compraba pan al actor en la calle. Yo ví al actor como un año trabajando en la soda. Para el tiempo en que el actor trabajó en la soda los administradores de la misma eran los aquí codenunciados. Yo me di cuenta del accidente por lo que decía la gente, pero no porque yo estuviera ahí (...) el tiempo que yo visité la soda, siempre estuvieron los codemandados como los administradores de ésta. El día antes en que ocurrió el accidente yo estuve en la soda y ahí estaba trabajando el actor en la soda" (folio 132). Se extrae de lo dicho por este testigo el conocimiento de hechos objetivos, sin entrar a calificar el tipo de relación, por lo que es totalmente verosímil, pues da cuenta del por qué le constan los hechos del trabajo que el actor realizaba en la soda, amén de que no tiene ningún parentesco con las partes. Esto mismo ocurre con los testimonios de Gilbert Hernández Araya, Danilo Serrano Picado, José Espinoza Gómez y María Arce Rojas. El señor Gilbert Hernández Araya declaró: "Yo veía al actor en la soda barriendo, o limpiando mesas, esto fue durante más o menos año y medio, dos años, además el actor les vendía pan a los codenunciados. No se como fue que el actor se quemó en la soda. La soda yo nunca la he visitado, yo pasaba por la calle y lo veía, por eso no se quien administraba la soda cuando el actor trabajó ahí (...) la última vez que creo vi al actor trabajando en la soda fue en el 2001. No supe el horario que tenía ahí el actor, ni el salario. Después de la una de la tarde, el actor llegaba a vender pan donde yo trabajo" (folio 134). Danilo Serrano Picado narró: "Me consta que el actor si trabajaba en la soda para los codenunciados, él limpiaba las mesas, además vendía el pan que hacía la demandada. No se cuanto ganaba, el actor entraba a las seis de la mañana hasta la tres de la tarde. Yo me

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

daba cuenta de que trabajaba ahí porque pasaba cerca (...) los jefes del actor eran los dueños de la soda, Ramón Camareno y María Pacheco.(...). La venta del pan lo hacía después de las tres de la tarde, él llegaba a mi casa a vendermelo". Por su lado, José Espinoza Gomez dijo: "El actor si trabajaba para los codemandados en la soda, lo se porque yo trabajaba en la bodega de Abopac al frente. El actor trabajó como unos tres años en la soda. Que yo sepa los administradores de la soda eran los aquí codenunciados. Yo estaba al frente de la soda cuando explotó, cuando yo vi el actor venía saliendo con la piel y el pelo quemado. No se cuanto ganaba, se que entraba en la mañana y salía en la tarde (...) yo se que los jefes del actor eran los aquí demandados, yo lo ví limpiando mesas, atendiendo gente (...). El actor vendía pan, casi siempre en la tarde era que lo vendía, de dos y media a cuatro de la tarde más o menos. Yo lo veía siempre en la mañana, antes de las siete (folio 138). Los anteriores tres testigos son personas que no tenían ningún vínculo con las partes ni evidencian tener ningún problema con ellas, dando cuenta de hechos concretos que pudieron percibir directamente -y no por referencia de terceros-. Las declaraciones de éstos son coincidentes con el testimonio de la esposa del actor, señora María Arce Rojas, a quien los codemandados sí reconocieron como su empleada. Se trata de una persona que se encontraba permanentemente en el local comercial y, por lo tanto, le consta lo que ahí sucedía. [...] Del análisis en conjunto de los testimonios transcritos, conforme a las reglas de la sana crítica, la mayoría de esta Sala concluye que la prueba es contradictoria, estimándose que los testigos que afirmaron que el actor realizaba algunas tareas en la soda son más convincentes porque no entraron a emitir criterios de valor en la forma que lo hicieron los testigos que negaron que el actor laboraba en la soda; y además, dieron la razón por la que les constaban los hechos (José Espinoza Gómez dijo trabajar frente a la soda donde ocurrió el accidente, por lo que lógicamente tenía posibilidades reales de conocer lo que acontecía en ese lugar, mientras que Gilbert Hernández Araya dio fe de que pasaba frente a la soda y lo veía atendiendo y limpiando mesas). En todo caso, por ser varios los testigos que contradijeron a los que se refirieron a labores realizadas por el actor en la soda, quienes suscribimos este voto de mayoría consideramos que este es un típico caso de duda razonable, por lo que procede resolver aplicando el principio de in dubio pro operario, el cual manda que ante la duda sobre la veracidad de los hechos ocurridos en una relación jurídica atinente al mundo del trabajo, la decisión ha de ser a favor de la parte más débil de la relación laboral, sea el trabajador (ver de esta Sala los votos números 13 de las 9:50 horas del 21 de enero del 2004, 508 de las 10:20 horas del 24 de setiembre del 2003, 587

de las 9:25 horas del 22 de octubre del 2003 y 409 de las 9:50 horas del 27 de julio del 2001). En consecuencia, se debe revocar la sentencia recurrida en cuanto denegó la demanda sustentando el fallo en la inexistencia de la relación laboral. IV.- Establecido el vínculo jurídico laboral en los términos indicados en el considerando que precede, corresponde ahora determinar si el actor lleva o no razón en sus pretensiones. Quedó plenamente comprobado el accidente laboral que sufrió el demandante al servicio de los propietarios de la soda El Puente. Asimismo, que el actor no se encontraba asegurado contra los riesgos del trabajo, como lo manda la ley. Por consiguiente, de conformidad con los artículos 201, 218, 221, 231, 235, 236 y 238 del Código de Trabajo, en relación con el dictamen N° 659-02 de 26 de abril del 2002 del Consejo Médico Forense (folio 97) y los Decretos de Salarios Mínimos aplicables, debe obligarse a los codemandados (Instituto Nacional de Seguros, Ramón Alberto Camareno Rosales y María de los Ángeles Pacheco Angulo) a pagarle solidariamente al actor seis meses de incapacidad temporal, lo que asciende a la suma de trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos seis colones con noventa y dos céntimos; y una renta anual de ciento cincuenta y tres mil quinientos noventa y nueve colones con veintidós céntimos, por cinco años a partir del veinticinco de enero del dos mil dos, pagadera en mensualidades adelantadas de doce mil setecientos noventa y nueve colones con noventa y tres céntimos, para un total en el quinquenio de setecientos sesenta y siete mil novecientos noventa y seis colones con diez céntimos. Sobre las citadas sumas se pagarán intereses a la tasa establecida por el artículo mil ciento sesenta y tres del Código Civil, desde la exigibilidad de cada suma y hasta el efectivo pago. Por la manera en que ahora se resuelve, ambas costas se establecen a cargo de los codemandados, fijándose las personales en el quince por ciento de la condenatoria."

b. Trabajador que sin encontrarse asegurado sufre accidente mientras se encontraba realizando labores de carpintería

[SALA SEGUNDA]³

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"II.- DE LOS AGRAVIOS DEL RECURRENTE: Se alza, el actor, contra la sentencia del Tribunal de Trabajo de Cartago N° 224, de las 14:30 horas del 26 de setiembre de 2003. Señala que hubo apreciación parcial de la prueba, pues solo considera la ausencia de prueba testimonial sobre la relación laboral y el lugar del accidente. Estima que la ausencia de testimonial no es suficiente para rechazar su demanda. En el considerando II, el tribunal indica que el propio codemandado, Montero Valverde, lo llevó a recibir atención médica a raíz del accidente sufrido; lo cual no fue tomado en cuenta como indicio de la relación laboral. Que no aprecia el dictamen médico legal que señala el resultado del accidente. Aduce que, el codemandado, tampoco desvirtuó que existiera relación laboral sino, más bien, admitió la existencia del trabajo. En todo caso -señala- que ante la duda, el tribunal debió aplicar en su favor el principio del indubio pro operario. Con base en lo expuesto, solicita se anule la sentencia recurrida y, en consecuencia, se confirme el fallo de primera instancia en todos sus extremos. III.- DEL DEBER DE LOS PATRONOS DE ASEGURAR A SUS TRABAJADORES: El numeral 193 del Código de Trabajo establece claramente, que: ² Todo patrono, sea persona de Derecho Público o de Derecho Privado, está obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos de trabajo, por medio del Instituto Nacional de Seguros, según los artículos 4 y 18 del Código de Trabajo. La responsabilidad del patrono, en cuanto a asegurar contra riesgos de trabajo, subsiste aún en el caso de que el trabajador esté bajo la dirección de intermediarios, de quienes el patrono se valga para la ejecución o realización de los trabajos. ² Por su parte, el artículo 206 dispone que: ² Emitido el seguro contra los riesgos de trabajo, el ente asegurador responderá ante el trabajador por el suministro y pago de todas las prestaciones médico - sanitarias, de rehabilitación y en dinero, que se establezcan en este Código, subrogando al patrono en los derechos y obligaciones que le corresponden $\frac{1}{2}$ ² (énfasis agregado). De lo anteriormente transcrito, se deduce claramente que es una obligación inherente de todo patrono asegurar contra riesgo de trabajo a sus empleados con el objeto de que, en caso de acontecer un infortunio, el ente asegurador pueda cubrir los gastos en que se incurra. IV.- SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL: De acuerdo con el artículo 493 del Código de Trabajo, los jueces en materia laboral no están sujetos a las normas del Derecho Común a efectos de valorar los elementos probatorios; pues en esta sede existe mayor flexibilidad que en materia civil siempre y cuando lo hagan dentro de parámetros que exige esa norma, expresando los principios en que funden su criterio. Esto es así porque al juez laboral, entre otros, le está vedado resolver de forma arbitraria y en contra del principio de

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

legalidad (en este caso contra lo que estipula el citado numeral), ya que como funcionario público que es y al tenor de lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución Política y 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tiene límites constitucionales y legales en el desempeño de su cargo. (En sentido similar se ha pronunciado esta Sala en el voto N° 16, de las 10:00 horas del 15 de enero de 1999 y de la Constitucional en los votos N°s 3484, de las 12:00 horas del 8 de julio y 5546, de las 15:06 horas del 11 de octubre, ambos de 1994). En el caso en concreto se observa un incumplimiento, por parte del tribunal de lo dispuesto por el artículo 493 del Código de Trabajo al no apreciar la prueba en conjunto y conforme a los principios de equidad. V.- SOBRE EL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN Y LA CARGA PROBATORIA EN MATERIA LABORAL: La parte más fuerte, generalmente, dentro de una relación laboral es, sin duda, el patrono. Por ende, doctrinaria y jurisprudencialmente, la carga de la prueba se ha revertido, siendo este, en principio, el principal responsable en aportar la prueba al proceso pues tiene mayor facilidad para acceder a la probanza pertinente. Sin embargo, pese a que el artículo 18 del Código de Trabajo, presume la existencia del contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe - lo cual sería lo mínimo que debería demostrar el trabajador-, ello no lo exonera de forma absoluta, de demostrar los demás hechos invocados en su demanda. Sobre este aspecto, la Sala en el voto N° 604, de las 8:45 horas del 6 de diciembre de 2002, en lo que interesa, estableció: "VI.-...aunque de conformidad con lo anterior se entiende que sobre el empleador recae una mayor responsabilidad en cuanto a la aportación de la prueba, debe tenerse claro que ello no implica una liberación total del trabajador, de su carga probatoria; pues, respecto de ciertos hechos, sobre él pesa siempre y necesariamente aquel "onus probandi"...", "... c) El trabajador sólo tiene obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, sin que ello implique impedimento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los diversos hechos que afirma. d) Corresponde al empleador probar que no debe, que no ha incumplido o que ya pagó, que es, en esencia, lo nuclear del proceso pues son su incumplimiento, su débito o su mora lo que se discute como fondo de la controversia". Así las cosas, como a continuación se verá, el actor, logró demostrar en el sub júdice que tuvo un accidente en su dedo índice de la mano derecha mientras realizaba labores para el señor Montero Valverde; quien, a su vez, no pudo desvirtuar dichas afirmaciones. VI.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: El recurrente reclama la aplicación del principio protector en su regla del in dubio pro operario . El Derecho Laboral, es sin duda un derecho especial. Posee ciertos principios diferentes de otras

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ramas del derecho, que lo caracteriza como derecho autónomo, como aquellos aplicables a la parte más débil de la relación, el trabajador, y que, de una u otra forma, buscan el equilibrio, por la desigualdad real entre las partes contratantes. Entre ellos tenemos el denominado principio protector, que contempla tres reglas específicas: la del in dubio pro operario, la regla de la norma más favorable y la de la condición más beneficiosa. Sobre, el primero -el in dubio pro operario-, esta Sala, en el voto N° 159, de las 9:30 horas del 1° de abril de 2003, en lo que interesa, dispuso: "...El significado que se le ha dado a esta específica regla implica que "en caso de que una norma se pueda entender de varias maneras, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador." (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición, 1.998, pp. 84-85). No obstante, su aplicación ha sido extendida a la valoración de las pruebas, indicándose que "cabe aplicar la regla dentro de este ámbito en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba. No para suplir omisiones; pero sí para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso...". En el caso concreto, se estima que además se está en presencia de las circunstancias que permiten la aplicación de esa regla. El actor demandó al Instituto Nacional de Seguros, para que le fuesen reconocidas las incapacidades provenientes del accidente laboral que sufrió el día 21 de agosto de 2001, mientras trabajaba con José Montero Valverde, cuando estaba instalando un techo se le produjo una cortada en el dedo índice de su mano derecha. También relató que el propio patrono lo llevó a emergencias del Hospital Max Peralta, pero allí negó que fuese su empleado (folios 2 y 3). Posteriormente, el codemandado, señor José Rafael Montero, adujo que se lo encontró en la calle y como no tenía dinero y estaba herido lo llevó a que lo atendieran al Hospital citado (folios 41 y 42). Sin embargo, en la propia contestación de la demanda, aceptó que el actor realizaba trabajos de carpintería para su esposa, en su propia casa de habitación trabajos que no concluyó porque, afirmó que "...los dejó abandonados..." (folio 41 vuelto). A tal punto que fueron los señores Martín y Manuel Masis quienes "...pusieron todo el techo, hicieron un agregado, enchaparon el baño, hicieron el cielo raso, pusieron cerámica y ampliaron la sala, así como la cocina, lo que duraron quince días" (ibidem). Nótese, entonces, como sí existió una relación de trabajo entre el codemandado y el actor, que puede clasificarse de ocasional y por obra determinada, como lo indica en la contestación. Incluso, como se señala en la contestación de la demanda, el actor debía poner el techo de la casa, lo que concuerda totalmente con lo señalado

por el propio don Johnny Zavaleta, en su demanda, cuando indicó que la lesión fue ocasionada cuando iba a poner el techo. Tampoco es lógico que el señor Montero Valverde, se "encontrara en la calle" al demandante y lo llevara en su taxi a emergencias del hospital, si este debía realizar varios trabajos en su casa de habitación. Amén de que, como bien lo indicó el recurrente, en la apelación del fallo de primera instancia, el citado patrono duda de lo que en realidad aconteció el día del accidente pues dijo que: "...no se sabe si fue laboral o fue cuando talvez estaba tomando licor, no existe prueba al respecto, y mucho menos que el día del accidente estuviera trabajando para mi esposa quien lo había contratado para unas reparaciones, pero dejó el trabajo tirado como he reiterado..." (folio 70). Lo que se desprende del mérito de los autos es que el actor no pudo, luego del accidente, continuar con las labores propias de carpintería que venía ejerciendo en la casa de habitación del codemandado. En consecuencia, en aplicación al principio antes citado, se debe tener por cierto que existió relación laboral con el señor José Rafael Montero Valverde cuando éste lo contrató para realizar labores propias de carpintería en su casa de habitación, sin suscribir la obligada póliza respectiva de riesgo de trabajo y que el accidente le ocurrió en el cumplimiento de su trabajo; por lo que el actor está legitimado, al tenor de lo dispuesto por los artículos 193, 195, 218, 234, 236 y 238 del Código de Trabajo, para cobrar a los codemandados, en forma solidaria, las indemnizaciones producto del accidente laboral que le aconteció cuando prestaba servicios por cuenta del codemandado Montero Valverde."

c. Omisión patronal de asegurar al trabajador

[SALA SEGUNDA]⁴

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

"III.- En el caso bajo análisis, el señor H.T.C., demandó al Instituto Nacional de Seguros y a H.S.A., en su condición de patrono, para que se les obligara a pagarle las respectivas indemnizaciones, por las incapacidades temporal y permanente. En la demanda relató que, el 16 de noviembre de 1.995, mientras se encontraba laborando para el co-demandado, en la remodelación de un techo, en un segundo piso, se quebró una regla de un alero, por lo que se cayó y se fracturó el codo y la muñeca del brazo izquierdo, algunas costillas y, también, el pómulo izquierdo. Asimismo, manifestó que percibía un salario semanal, de veintiún mil colones. El Instituto accionado señaló que la denuncia del accidente fue recibida y que, el caso, fue atendido como uno "no asegurado", dado que, el patrono, no contaba con la póliza respectiva. Por su parte, el co-demandado S., señaló que entre él y el actor no existió relación de trabajo alguna; razón por la cual, la demanda debería ser rechazada. El A-quo, acogió las pretensiones del accionante y condenó al Instituto Nacional de Seguros, a pagarle las diferencias de las incapacidades temporal y permanente; y obligó, al co-demandado, a pagarle esos extremos y los ya cancelados, al Instituto asegurador. Al resolver los recursos de apelación, planteados por los demandados, el Ad-quem, confirmó el fallo y, únicamente, lo modificó en cuanto al monto de la indemnización, por la incapacidad temporal. IV.- Está demostrado que, el actor, sufrió un accidente el 16 de noviembre de 1.995, por lo cual, el Instituto Nacional de Seguros le confirió una incapacidad temporal de cuarenta días y una permanente del cinco por ciento. Por la primera, con base en un salario anual de ø456.144,00, le canceló la suma de ø60.630,00. El 29 de julio de 1.997, lo dio de alta, fijándole aquel porcentaje del cinco por ciento, por la incapacidad permanente y señaló que tenía derecho a una renta mensual de ø1.901,00, pagadera durante cinco años, para un monto total de ø114.036,00 -que en realidad debió ser de ø114.060,00-, el cual estaba a disposición del accidentado, desde el 25 de agosto de 1.997; monto cuya conmutación fue aprobada (folio 48), en la suma total de ø86.790,00. Sin embargo, en esta sede, el Consejo Médico Forense, al resolver la apelación planteada contra el primer dictamen médico legal, practicado al actor, estableció una incapacidad temporal de seis meses y una permanente del treinta por ciento de la capacidad general orgánica; señalando que, el accionante, no requería de más tratamiento médico y/o quirúrgico (folios 37-39). Por esa razón, debe señalarse que, el señor T.C., tiene derecho a retirar el monto correspondiente a ese cinco por ciento, porque, el Ad-quem, fijó la indemnización con base en el veinticinco por ciento de incapacidad, pese a que lo correspondiente al cinco por ciento restante, aún no había sido cancelado. V.- El co-demandado,

al contestar la demanda, señaló que, el actor, nunca fue su empleado y que, tampoco, es dueño de los apartamentos donde ocurrió el accidente; sin embargo, inmediatamente, manifestó que, el señor T.C., fue contratado para la realización de un arreglo en un alero de los apartamentos, por la suma de ciento veinticinco mil colones; cantidad que le fue pagada, con la indicación expresa de que bajo su responsabilidad quedaba el pago del seguro ante la Caja Costarricense de Seguro Social y la póliza contra riegos, ante el Instituto Nacional de Seguros. Asimismo, señaló que acordaron la responsabilidad directa del señor T.C., por la contratación de cualquier trabajador (folio 21). De lo expuesto por el demandado, se desprende que, el actor, fue contratado para realizar una obra determinada; sin embargo, de la testimonial evacuada, se desprende que, la relación entre el accionante y el demandado, sí era de naturaleza permanente. Lo dicho por el señor S.A., en el sentido de que la contratación no tenía naturaleza laboral, sino otra, no fue demostrado y, por eso, atendiendo a la presunción establecida en el artículo 18 del Código de Trabajo, de que, se presume laboral aquella contratación en la cual una parte presta sus servicios y la otra las recibe, y ante lo expuesto en la contestación de la demanda, esa relación debe considerarse como de naturaleza laboral. Asimismo, resulta extraño que, el co-demandado, justifique lo relacionado con las cargas laborales; pues, si la relación no hubiese tenido carácter laboral, no le hubiera acarreado ninguna carga social. Ahora, debe indicarse que el traslado de las obligaciones de carácter social, que pesan sobre el patrono, hacia el trabajador, no es procedente y, por ello, la justificación dada, en el sentido de que al actor se le dio la indicación de proceder al aseguramiento contra riesgos, ante el Instituto Nacional de Seguros, tampoco es un argumento atendible, para intentar eliminar la responsabilidad del empleador, ante un accidente laboral; menos, cuando del artículo 194 del Código de Trabajo, se desprende que no estaba excluido de la obligación de asegurar al trabajador, contra los riesgos del trabajo. Por lo expuesto, debe indicarse que, el argumento del recurrente, es inadmisibles; a parte de que, los hechos en que ha sustentado su defensa, han ido variando en el transcurso del proceso y, por ende, no son creíbles. En efecto, en el escrito de expresión de agravios (folio 63), manifestó que ni siquiera conocía al accionante."

d. Omisión patronal de asegurar al trabajador lo hace directamente responsable

[SALA SEGUNDA]⁵

"III -.ACERCA DE LA CONDENA EN COSTAS RECAÍDA EN LA SOCIEDAD

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

DEMANDADA : En este proceso figuran como codemandados el I.N.S . y la Compañía Agrícola Ganadera Cariari S.A. Las incapacidades fijadas administrativamente resultaron ser más bajas que las que determinaron los médicos forenses, razón por la cual la sentencia que se conoce condenó a ambos coaccionados, en forma solidaria, a pagar las diferencias tanto de la incapacidad temporal como de la permanente, condena solidaria que alcanzó también los intereses y las costas (por ello, no existe la contradicción que se acusa en el recurso, pues no es verdad que se haya absuelto a la sociedad demandada de toda responsabilidad por el accidente del actor y concomitantemente se le haya impuesto el pago de las costas). Lo resuelto por los juzgadores de instancia resulta ajustado a derecho. Ya a estas alturas del proceso no se encuentra en discusión que el percance que le sucedió al señor Valencia fue un caso no asegurado. De los artículos 201, 221, 231 y 232 del Código de Trabajo se desprende que el empleador debe responder solidariamente con el I.N.S . por el pago de las indemnizaciones que le correspondan al trabajador cuando este no se encuentre debidamente asegurado contra los riesgos del trabajo (ver, en este sentido, los fallos de esta Sala N° 233 de las 9:30 horas del 2 de octubre de 1992 y 167 de las 9:30 horas del 10 de julio de 1998). Las normas mencionadas dicen:

ARTÍCULO 201: "En beneficio de los trabajadores, declárase obligatorio, universal y forzoso el seguro contra los riesgos del trabajo en todas las actividades laborales. El patrono que no asegure a los trabajadores, responderá ante éstos y el ente asegurador , por todas las prestaciones médico-sanitarias, de rehabilitación y en dinero, que este Título señala y que dicho ente asegurador haya otorgado" (destacado por la redactora).

ARTÍCULO 221: "(...) Si el trabajador no estuviera asegurado contra los riesgos del trabajo, el Instituto le otorgará todas las prestaciones que le hubiesen correspondido de haber estado asegurado. El Instituto conservará el derecho de accionar contra el patrono, por el cobro de los gastos en que haya incurrido ante esa eventualidad".

ARTÍCULO 231: "Si el patrono no hubiere asegurado al trabajador contra los riesgos del trabajo, el pago de todas las prestaciones señaladas en los artículos 218 y 219, que el ente asegurador haya suministrado al trabajador víctima de un riesgo del trabajo, o a sus causahabientes, estará exclusivamente a cargo del patrono. En todo caso, el instituto asegurador atenderá todas las prestaciones señaladas en este Código para el trabajador víctima de un infortunio laboral, o sus causahabientes, y acudirá a los tribunales para cobrar al patrono las sumas erogadas, con los intereses del caso, todo sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley para el patrono remiso (...)."

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ARTÍCULO 232: "Cuando un trabajador que no esté asegurado sufra un riesgo del trabajo, y acuda al Instituto Nacional de Seguros, o a cualquier hospital, clínica o centro de salud, público o privado, en demanda de las prestaciones médico- sanitarias y de rehabilitación que establece este Título, tendrá derecho a que se le suministren de inmediato los servicios que su caso requiera. En este caso el patrono podrá nombrar un médico, para que controle el curso del tratamiento que se le suministre al trabajador.

Las instituciones prestatarias de esa asistencia cobrarán el costo de ésta al patrono, para el cual el trabajador prestaba sus servicios al ocurrir el riesgo. Para los efectos del cobro, constituirán título ejecutivo, de acuerdo con los términos del artículo 425 del Código de Procedimientos Civiles, las certificaciones expedidas por el Jefe del Departamento de Riesgos de Trabajo del Instituto Nacional de Seguros, por la Subgerencia Médica de la Caja Costarricense de Seguro Social, o por directores de las instituciones privadas. Igual procedimiento seguirá el Instituto Nacional de Seguros para el cobro de cualquier suma que se le adeude, derivada de la aplicación del régimen de riesgos del trabajo que establece este Código".

Centro de Información Jurídica en Línea

Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

De las normas transcritas se deduce que en los casos no asegurados la ley pone al patrono a responder frente al trabajador directamente (y no solo ante el I.N.S .), por lo que no es cierto que todo se reduzca a una relación interna entre el empleador y la institución aseguradora. Otra conclusión que se deriva de los preceptos citados es que en los casos no asegurados existe una responsabilidad solidaria del I.N.S . y del patrono frente al trabajador, tanto respecto de lo principal como lo accesorio (entiéndase costas e intereses), ya sea que el trabajador demande el todo (si es que no se le dio ninguna prestación) o solo las diferencias (si es que lo concedido extrajudicialmente es más bajo que lo que en derecho corresponde). Esta Cámara, en el voto N° 1109 de las 9:25 horas del 21 de diciembre del 2004, explicó que en materia de riesgos del trabajo existe una norma especial en cuanto a las costas: "...existe una norma especial como lo es el artículo 234 del Código de Trabajo que señala: "Cuando el trabajador no reciba las prestaciones señaladas en el artículo 218, podrá demandar el suministro o el costo de éstas, los intereses legales correspondientes, más las costas procesales y personales que implique su acción ante el juez de trabajo. En concordancia con los procedimientos señalados en el artículo 233, el juez de trabajo apercibirá al obligado para que demuestre, dentro del quinto día, haber cumplido con las mismas. En caso contrario, ya sea porque no conteste dentro del término, o porque no demuestre del todo, o lo haga insuficientemente , haber cumplido con dichas prestaciones o bien porque el Organismo de Investigación Judicial hubiese dictaminado prestaciones superiores a las otorgadas , el juez, en el fallo correspondiente, impondrá al obligado en cuanto a su obligación de proceder a su suministro o pago , así como de las accesorias de la acción ..." (La negrita no está en el original) ... El numeral transcrito , comprende varios supuestos de hecho. El primero hace referencia a la omisión (...) de concederle, al trabajador, las prestaciones que requiera en caso de riesgo. Ante esta circunstancia, el trabajador tiene el derecho de demandarlas en la vía jurisdiccional; sea su suministro o su costo, más los intereses legales y las costas. El segundo supuesto, concierne una eventual concesión insuficiente; según los parámetros que, administrativamente, se hayan fijado; o cuando, durante el juicio, se acredite, con base en el dictamen de la Sección Medicina del Trabajo, del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial, que le correspondían prestaciones superiores a las otorgadas administrativamente. En esos supuestos, el juzgador también ordenará la concesión o el pago de las prestaciones previstas en el artículo 218 del Código de Trabajo y de las accesorias; dentro de las cuales están siempre, sin duda, tanto los intereses como las costas " (énfasis

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

suplido). En resumen, don José Andrés está legitimado para reclamar tanto al I.N.S . como a la Compañía Agrícola Ganadera Cariari S.A. las diferencias existentes en las incapacidades establecidas administrativamente, debiendo ambos codemandados responder solidariamente por tales adeudos (obligación principal), así como por los extremos accesorios que de ellos se deriven (entre ellos las costas). En virtud de las razones apuntadas, lo procedente es denegar el recurso y confirmar la sentencia impugnada.”

FUENTES CITADAS:

- 1 BOLAÑOS CÉSPEDES, Fernando. Apuntes sobre el Régimen de los Trabajadores Migrantes en Costa Rica. *Revista Judicial*. (No. 84): pp. 7-58, San José, 2005.
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 153-2005, de las diez horas con cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero de dos mil cinco.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 128-2004, de las diez horas con diez minutos del tres de marzo de dos mil cuatro.
- 4 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 204-1999, de las diez horas con cuarenta minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve.
- 5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 187-2007, de las diez horas con veinticinco minutos del veintiuno de marzo de dos mil siete.