

**DICTAMEN JURÍDICO Y
SOCIO LABORAL CONVENIO
BINACIONAL
COSTA RICA-NICARAGUA**

***Setiembre del
2009***

DR. FERNANDO BOLAÑOS CÉSPEDES.

CREDITOS

Dr. Fernando Bolaños

Coordinación.
Sandra Cartín Herrera
Fundación Friedrich Eebtr

Arte, diseño e impresión: Lara Segura S.A. / Tel:2255-0816 / 2256-1664

Contenido del Informe

PRESENTACIÓN	5
I. ANÁLISIS DEL ACUERDO BINACIONAL. COSTA RICA-NICARAGUA.	7
1) Marco Jurídico en el que se inserta el Convenio.	7
2. EL ACUERDO ENTRE COSTA RICA Y NICARAGUA (Diciembre de 2007).	13
A. Antecedentes.....	13
B. En cuanto a la jerarquía normativa del Convenio.....	14
C. En cuanto a la materia tratada en el convenio.	16
D. Otras limitaciones del Acuerdo.....	17
Síntesis crítica sobre el Acuerdo.	22
II. PROPUESTA DE REFORMA AL ACUERDO.	25
1. Propuesta desde el punto de vista formal.	25
2. En cuanto al contenido del documento.....	25
III. MÁS ALLÁ DEL ACUERDO COSTA RICA - NICARAGUA. DESAFÍOS Y RECOMENDACIONES.	29
1. Medidas de carácter laboral.	29
RECOMENDACIONES	30
2. Medidas de carácter migratorio.	33
Otras ideas que se pueden poner en práctica.....	34

PRESENTACIÓN

La Fundación Friedrich Ebert preocupada por la protección de los derechos laborales de las personas migrantes se ha avocado a ofrecer estudios como insumos de contenido básicos para el debate y la acción política que ofrezcan un panorama actualizado de sistemas migratorios, las condiciones laborales que los distinguen, el estado actual de sus derechos laborales, así como la identificación de desafíos a superar.

Las migraciones en la región centroamericana deben ser consideradas como una expresión estructural derivada de contradicciones económicas y políticas prevalecientes en la región, así como los efectos de la vulnerabilidad socioambiental sobre las poblaciones y sus asentamientos de habitabilidad.

En Costa Rica el movimiento migratorio se articula con los mercados laborales de trabajo nacionales, donde la fuerza de trabajo es atraída por las viejas y nuevas actividades económicas urbanas y rurales surgidas en el país en la última década, particularmente con el proceso migratorio de carácter laboral producido en los últimos años entre Costa Rica y Nicaragua, con dirección de los flujos de población principales del segundo país hacia el primero.

De acuerdo a la actual dinámica migratoria laboral, las personas trabajadoras migrantes tienen una inserción casi inmediata en el mercado laboral. Esta se ha caracterizado por ser desordenada e irregular lo que ha favorecido una serie de violaciones a los derechos de los trabajadores y trabajadoras. Además porque ha sido común que estos perfiles de trabajadores se inserten en oficios poco calificados, con bajos niveles de remuneración, con escaso acceso a prestaciones laborales, sociales y salud y débiles disposiciones institucionales en materia de protección social.

Existen otros flujos migratorios importantes entre ellos el tránsito de trabajadores temporales entre Panamá y Costa Rica, movimiento que forma parte de un amplio proceso de migración temporal en torno al empleo de estos trabajadores, fundamentalmente de origen indígena, en actividades tales como el banano y la recolección de café. Los trabajadores indígenas temporales experimentan condiciones laborales y de vida muy por debajo de las que acompañan otros grupos de trabajadores locales y migrantes.

El presente trabajo pretende realizar un análisis de la situación social y jurídica de los trabajadores migrantes, a partir de la experiencia del Acuerdo celebrado entre representantes de los Gobiernos de Costa Rica y Nicaragua reunidos en Managua en fechas 17 y 18 de diciembre de 2007. En una primera sección, se hace referencia al marco jurídico en el cual se desenvuelve el trabajo migrante en Costa Rica, de manera sintética, a modo de ofrecer el rango legal y la ubicación institucional del acuerdo en referencia. En una segunda parte de la misma sección se aborda, propiamente, al contenido del Acuerdo, para dedicar la última parte de este primer apartado a comentar las limitaciones del documen-

to. La segunda sección del presente trabajo está dedicada a un conjunto de recomendaciones concretas para mejorar los alcances del Acuerdo en cuestión, de conformidad con las necesidades que han expresado organizaciones sociales con las que se ha tenido contacto y las reflexiones propias del autor sobre la materia. En una última sección se analizan aspectos y propuestas sobre la problemática del trabajador migrante, más allá e incluso prescindiendo del Acuerdo que se ha usado como centro de interés primordial para la realización de este trabajo.

La denominación de trabajador migrante a utilizar en este trabajo, es aquella que tiene por tal a toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.¹ No obstante, debe quedar claro que en esa definición, y a diferencia de algunos instrumentos internacionales, el trabajador migrante es tanto el que se encuentra en situación regular como irregular.

Fundación Friedrich Ebert, set 2009

1 Esta definición es la que ofrece el artículo 11 del Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo, la cual nos parece apropiada a los fines de este trabajo.

I. ANÁLISIS DEL ACUERDO BINACIONAL COSTA RICA-NICARAGUA.²

1) Marco Jurídico en el que se inserta el Convenio.

Todo análisis sobre el marco jurídico de un determinado instituto, suele realizarse con fundamento en la pirámide invertida tradicional de las fuentes del derecho, que en el caso costarricense tiene en su vértice o base a la Constitución Política, ubicándose en segundo lugar los convenios internacionales, posteriormente las leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa, luego los decretos y reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo, y posteriormente el resto de normas de creación por las personas físicas o jurídicas, dentro del margen de competencias que crean las fuentes superiores indicadas. De seguido, nos referiremos a las normas que siguiendo la pirámide indicada de las fuentes jurídicas, tendrían un mayor espectro de afectación sobre el trabajo migrante en nuestro país.

Constitución Política.

Artículo 68 : **“No podrá hacerse discriminación respecto al salario, ventajas o condiciones de trabajo entre costarricenses y extranjeros, o respecto de algún grupo de trabajadores. En igualdad de condiciones deberá preferirse al trabajador costarricense”.**

Este artículo, que sin lugar a dudas es el más importante de todos los que contiene nuestra Carta Política en materia de trabajadores migrantes, establece como regla general la igualdad absoluta de trato entre trabajadores migrantes y trabajadores costarricenses. La excepción a esa regla estaría dada por situaciones normalmente de acceso al empleo donde el constituyente confiere un trato distinto al trabajador extranjero, pero solo en aquellos casos en que ambos trabajadores (nacional y extranjero) estuvieren en igualdad de condiciones, o en que el costarricense- lógicamente- tuviere condiciones superiores. Esto implica además que si no es posible realizar un juicio comparativo objetivo y racional de este tipo, la excepción no puede operar, sea que solamente en aquellos casos en que materialmente resulte posible comparar mediante parámetros objetivos a dos trabajadores y determinar la igualdad o superioridad de condiciones del trabajador nacional, resultaría posible aplicar la excepción constitucional. Si a fin de cuentas la diferenciación queda reducida a la mera distinción de nacionalidades, entonces resultaría prohibido discriminar entre nacionales y extranjeros.

Artículo 56 de la Constitución Política: **“El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se esta-**

2 Para un estudio más amplio del marco jurídico del trabajo migrante en Costa Rica, recomendamos la lectura de nuestro trabajo “Apuntes sobre el régimen de los Trabajadores Migrantes en Costa Rica”, publicado en la Revista de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia, No. 1, diciembre de 2005.

blezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección del trabajo”.

Esta norma no hace ya diferencia alguna entre nacionales y extranjeros, refiriéndose entonces a cualquier habitante que trabaje en territorio nacional. Aparte de que refuerza el principio de no discriminación, recoge uno de los principios fundamentales en que está asentada la creación de la Organización Internacional del Trabajo, cual es el de que el trabajo no es una mercancía.

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

Se trata de una norma que encontramos en casi todas las declaraciones modernas de derechos humanos y también en las Constituciones Políticas de muchas naciones. Contiene el principio humano fundamental de la igualdad ante la ley. Debe recordarse sin embargo que este principio no impide que las leyes puedan crear diferencias entre personas y la regulación de sus situaciones jurídicas, siempre y cuando esas distinciones estén fundamentadas en principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

Convenios Internacionales

A continuación hacemos un inventario de las normas internacionales en materia de Derechos Humanos, con incidencia en materia migratoria, aprobadas por Costa Rica, y que tienen en nuestro país por tanto rango igual a la misma Constitución Política, según la jurisprudencia que al respecto ha sentado nuestra Sala Constitucional:

- 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.

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 (1990).
- 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.

Como comentario general al marco de derecho internacional, debe señalarse que la mayor parte de los instrumentos anteriores, con la única excepción de la Convención de las Naciones Unidas sobre Protección de Derechos Humanos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, resultan insuficientes para contemplar los problemas más agudos de la migración laboral moderna. El juicio anterior incluye los convenios 97 y 143 de la Organización Internacional del Trabajo, que según valoran algunos entendidos de la misma organización, son instrumentos que se han vuelto anacrónicos. La razón del desfase histórico de tales declaraciones y convenios se debe básicamente a dos situaciones. La primera es que el concepto de igualdad y no discriminación contenida en esos instrumentos no incluye la ciudadanía como uno de los motivos prohibidos de diferenciación. Todo lo contrario, hasta el día de hoy, la mayor parte de instrumentos y constituciones políticas admiten que es lícito distinguir entre el nacional y el extranjero. Así vemos que normalmente se prohíbe la distinción por motivos de sexo, etnia o raza, color, religión, opinión política, ascendencia nacional e incluso edad. Así, para citar un caso concreto, en el Convenio No. 111 de la OIT, encontramos el artículo 1, inciso a), el cual establece lo siguiente:

“A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a) Cualquier distinción 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 o la ocupación”.**

No señala la norma, como se ve, que la ciudadanía – lo cual es diferente a ascendencia nacional- no pueda ser un factor de diferenciación. Esta concepción del principio de no discriminación es la misma que encontramos entonces en los Convenios 97 y 143 de la O.I.T., no ratificados por Costa Rica.

El segundo motivo por el que la mayor parte de convenios no alcanzan para enfrentar eficazmente la discriminación actual de los trabajadores migrantes es porque no protegen al trabajador en condición migratoria irregular. De hecho, los convenios 97 y 143 de la OIT, están pensados para el trabajador migrante que ha regularizado su condición en el país de llegada, con lo cual se deja al descubierto una proporción muy importante de trabajadores que laboran en condiciones irregulares, fenómeno que también se da en Costa Rica. Vuelvo a decir entonces que la única Convención internacional que supera estas limitaciones es la Convención de la ONU del año 1990, la cual sin embargo no ha sido ratificada por Costa Rica ni por la mayor parte de los Estados con mayor inmigración. Dicha convención sí considera el caso de los trabajadores migrantes en condición irregular y establece exigencias de igualdad de trato más fuertes que en convenios y convenciones anteriores.

Código de Trabajo de Costa Rica.

De interés para nosotros es lo dispuesto en el artículo 14 de ese cuerpo de leyes, que a la sazón expresa:

Artículo 14: Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetarán todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados, existentes o que en lo futuro se establezcan en Costa Rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni nacionalidades.

Este artículo refiere al llamado principio de territorialidad en materia laboral, pues lo que nos indica es que el Estado costarricense, en un acto típico de soberanía, va a aplicar la legislación laboral contenida en el Código de Trabajo a todas las relaciones de carácter laboral que se ejecuten en suelo costarricense, no importa la nacionalidad de las personas que figuren como partes de esa relación. Este artículo, como se comprende, ofrece una garantía jurídica de igualdad muy importante para los trabajadores migrantes, aunque debemos destacar sus limitaciones. Me refiero a limitaciones como las siguientes:

- A) El Código de Trabajo lo que establece son mínimos, de modo que la igualdad de trato se refiere aquí solamente a condiciones mínimas de empleo.
- B) El Código de Trabajo no regula absolutamente todas las situaciones legales que se desprenden de la condición de trabajador, y mucho menos de la condición de trabajador migrante, pues existen materias como seguridad social, reconocimiento de determinados sobresueldos, seguridad e higiene en el trabajo, etc, que forman parte de otras leyes o reglamentos.
- C) Para que la legislación laboral presente en el Código de Trabajo se cumpla a cabalidad, tanto en beneficio de los trabajadores migrantes como de cualquier trabajador que labore en territorio nacional, es preciso contar con leyes procesales eficaces, así como un aparato administrativo de inspección (Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social), y tribunales de justicia que tengan la capacidad de hacer cumplir esa ley. Desgraciadamente en Costa Rica estamos aún lejos de cumplir con estándares internacionales apropiados en estos campos, pues los juicios laborales son extremadamente largos, a causa fundamentalmente de una ley procesal obsoleta, y el Ministerio de Trabajo no cuenta con un grupo de Inspectores lo suficientemente numeroso como para cubrir a la mayoría de empleadores del país. Según cifras de ese Ministerio, la cobertura que se da por parte de la Inspección a la labor inspectiva es de aproximadamente un 5.5% del total de patronos del país, al año, sea que hay aproximadamente un 94.5% de patronos instalados en Costa Rica que no reciben la visita de ningún inspector de trabajo, anualmente.³

3 Entrevista realizada por nosotros al señor Lic. Franklin Benavides, encargado de Registros y Estadísticas de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el día 10 de agosto de 2009.

Balance del marco jurídico nacional.

Haciendo un balance general de la legislación existente en el país, aplicable al trabajador migrante, podemos decir que jurídicamente contamos con normas suficientes para defender la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros con los nacionales. De hecho, varias sentencias de la Sala Constitucional han interpretado el artículo 58 de la Constitución Política en un sentido restrictivo, cuando se refiere a la excepción que allí se introduce a la regla genérica de igualdad. Nuestra Sala Constitucional parte del criterio de que la sola nacionalidad nunca puede ser el origen de una diferenciación de trato en el acceso al empleo o en el trabajo. Cualquier distinción tendría que ser fruto de una condición objetiva razonable y lógica en la que el trabajador costarricense pudiera disfrutar una condición diferente al extranjero, más allá de la simple distinción de nacionalidades.⁴

Los problemas más serios los tenemos entonces en la aplicación de la legislación laboral, que es insuficiente y omisa, tanto en cuanto al trabajador migrante como en lo que se refiere al trabajador nacional, pero además en la aplicación de la Ley de Migración y Extranjería. De esta última podemos afirmar que lo normal en estas leyes ha sido la omisión de una consideración especial por el trabajador migrante, sobre todo por aquel trabajador que deja de ser, pasado el tiempo, un trabajador estacionario o temporal.

Las leyes nacionales en materia migratoria han acostumbrado reconocer básicamente las siguientes categorías aplicables a trabajadores migrantes:

- Los trabajadores fronterizos
- Los trabajadores temporales, de ocupación específica o trabajadores ligados a proyectos.⁵
- Los trabajadores migrantes no residentes pero de mediano alcance.
- Los trabajadores residentes.

4 En el voto No. 2570 de nuestra Sala Constitucional, de las quince horas treinta y nueve minutos del trece de mayo de 1997, se menciona el uso que ha hecho esa Sala en otras sentencias para presumir, que si no existe razonabilidad en la exclusión de un derecho para un extranjero, de ello deriva que la diferencia se está haciendo por la "pura nacionalidad", lo cual se considera inconstitucional. Así, en el Considerando IV del fallo se hace la siguiente reseña: "Si el extranjero que tiene la calidad de abogado incorporado al respectivo Colegio, puede ejercer su profesión en Costa Rica, no hay razón suficiente, para explicar por qué no ha de acceder a la función notarial. Si tal razón suficiente y evidente no existe, hay que presumir que la diferencia se basa en la pura nacionalidad, lo cual es una discriminación contraria al principio de igualdad".

5 En la Ley No. 8764, publicada en la Gaceta del 1 de setiembre de 2009, los artículos 94 y siguientes de dicha normativa agrupan a todas estos trabajadores bajo la categoría de "categorías especiales".

Como se ha observado en algunos estudios internacionales, los problemas de regularización de la condición migratoria de muchos trabajadores extranjeros y sus familias, no los tienen los trabajadores temporales que llegan a otro país, sino los no residentes de mediano alcance, que son básicamente los trabajadores migrantes que posiblemente entraron como temporales o como trabajadores ligados a proyectos específicos y mantienen su permanencia en el país extranjero, cumpliendo distintos empleos y realizando diferentes trabajos, sin regularizar su situación jurídica. El problema también lo vemos en trabajadores migrantes que por tener oficios o profesiones que exigen determinados conocimientos en una rama técnica o científica, no se adecuan a la figura del trabajador temporal, permaneciendo también en el otro país por lapsos que se pueden contabilizar por años. Nuestras leyes migratorias normalmente han regulado con cierto detalle y cuidado la figura del trabajador temporal, pero en cambio no han dado importancia al trabajador migrante de mediano alcance, con lo cual se impide solucionar los problemas de trabajadores y familias que se colocan con frecuencia en situación de irregularidad desde el punto de vista migratorio.

2. EL ACUERDO ENTRE COSTA RICA Y NICARAGUA. (Diciembre de 2007).

A. Antecedentes

Como antecedentes históricos de acuerdos entre los Gobiernos de Costa Rica y de Nicaragua para regular el ingreso de mano de obra nicaragüense con propósitos de empleo, podemos citar los siguientes:

- a-. Convenio de mano de obra migrante para regular el ingreso y la permanencia de trabajadores migrantes no residentes en Costa Rica y Nicaragua, San José, 10 de marzo de 1997. Costa Rica se comprometió, según este convenio a velar, por medio del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, de que los trabajadores nicaragüenses recibieran el trato socio-laboral que estipulan las leyes laborales costarricenses, en condiciones de igualdad.
- b-. Acuerdo que permite la administración de los flujos migratorios con fines de empleo entre Costa Rica y Nicaragua. Dado en la ciudad de Managua, el 25 de octubre de 2002. Se trata de un acuerdo suscrito entre los Ministros de Trabajo de ambos países, en el que se definió el compromiso de interés binacional por establecer una agenda conjunta que permita desarrollar estrategias con miras a ordenar y controlar los movimientos migratorios de personas con fines de empleo, con el objetivo de optimizar la gobernabilidad migratoria entre ambos países. En este documento el Ministerio de Trabajo de Nicaragua se compromete a reforzar la capacidad de Empleo y Salarios, creando un área especializada en migraciones con el objeto de desarrollar intercambio de información y coordinación de requerimientos de fuerza de trabajo.

- c-. Declaración conjunta de los Presidentes de Costa Rica y Nicaragua. San José, 23 de julio del 2003. En este documento, ambos presidentes coincidieron en que es prioritario que ambos países realicen acciones individuales y conjuntas que tiendan al ordenamiento de los flujos migratorios, para lo cual es indispensable garantizar el respeto de los derechos humanos de los migrantes, dentro del marco soberano de los Estados.
- d-. Declaración conjunta de los Ministros de Trabajo de Costa Rica y Nicaragua. Reunión celebrada en la ciudad de Liberia, el 16 de abril de 2004. En este documento se plasmó el compromiso de conformar comités técnicos permanentes de ambos países, y se reiteró el compromiso de continuar realizando esfuerzos para administrar los movimientos migratorios con fines de empleo.
- e-. Acuerdo sobre la puesta en marcha de una política laboral migratoria binacional entre Costa Rica y Nicaragua. Ciudad de Granada, 21 de enero de 2005. Se acordó en este documento adoptar una matriz de trabajo, revisada por los comités técnicos nacionales, que contiene puntos esenciales para la implementación de un proyecto de cooperación en materia de flujos migratorios. Se acordó así también instaurar un comité de redacción integrado por representantes de ambos países, para que con base en la matriz adoptada formule el documento de proyecto final en un plazo de treinta días, para ser presentado a los países y organismos cooperantes.
- f) Carta de intenciones suscrita por los Ministros de Trabajo de Costa Rica y Nicaragua, del 28 de septiembre de 2006. En este documento se acordó retomar el espíritu de los acuerdos suscritos el 25 de octubre de 2002 y continuar abonando esfuerzos con el interés de retomar acciones institucionales y conjuntas, tendientes a la eficiente administración de los flujos migratorios con fines de empleo entre Nicaragua y Costa Rica.⁶

B. En cuanto a la jerarquía normativa del Convenio.

Sin necesidad de entrar en valoraciones exhaustivas sobre el tema jurídico, es evidente que el Acuerdo firmado entre los Gobiernos de Nicaragua y Costa Rica no tiene el carácter de un Convenio Internacional entre países a los que se refiere el inciso cuatro del artículo 121 de la Constitución Política. Tanto es así, que el documento no se denomina siquiera “acuerdo”, sino “procedimiento de gestión migratoria”.

Para que un acuerdo o convenio con participación de sujetos públicos internacionales pueda ser considerado un convenio o tratado internacional, es necesario que ese instrumento esté sujeto al Derecho Internacional y regido por él, lo cual resulta de la definición

6 Para esta sinopsis histórica hemos seguido básicamente el documento elaborado por el Departamento de Migraciones Laborales del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social denominado “PRINCIPALES ACUERDOS SUSCRITOS ENTRE COSTA RICA Y NICARAGUA”.

misma de Tratado dispuesta en la Convención de Viena sobre los Tratados del año 1969. Además, es preciso que el convenio comporte un negocio jurídico por el cual se crea, modifique o extingan situaciones jurídicas públicas. En cuanto al procedimiento para que el Tratado alcance eficacia jurídica en nuestro sistema de derecho, éste debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa (ver artículos 7 y 121 inciso 4) de la Constitución Política de Costa Rica).⁷

Ciertamente, nuestra Constitución Política, en su artículo 140, inciso 10) admite también, como una fuente jurídica de Derecho Internacional los llamados “Protocolos”, derivados de un tratado público o convenio internacional, los cuales deben ser emitidos mediante Decreto del Poder Ejecutivo.⁸ No obstante, existen varios requisitos para que se pueda incorporar automáticamente a nuestro derecho interno un protocolo de este tipo, sin necesidad de aprobación por parte del Parlamento costarricense y sin consulta previa a la Sala Constitucional. A este respecto ha señalado la Procuraduría General de la República como requisitos para tal incorporación automática los siguientes: “a) Que se trate de protocolos de menor rango, es decir, de instrumentos complementarios que desarrollan lo establecido en convenio principal -también conocido en estos casos como “tratado marco”-, sin que puedan en ningún caso, contradecir o modificar el tratado original. b) Que el tratado marco, de modo expreso, autorice la suscripción de esta clase de instrumentos o protocolos derivados de menor rango; y c) Que tales protocolos adicionales o derivados sean promulgados por el Poder Ejecutivo, lo cual implica la emisión de un decreto ejecutivo y su publicación en el diario oficial”.⁹ Finalmente, es conveniente resaltar que el Convenio que nos ocupa se encuentra firmado por el Embajador de Costa Rica en Nicaragua, tratándose de que para poder otorgar a un instrumento internacional el rango de convenio internacional, éste debe contar con la participación activa del Poder Ejecutivo. Así lo dijo la Sala Constitucional en el voto No. 256 del año 1992, al señalar lo siguiente:

“Nuestra Carta Política en su ordinal 9, párrafo 2º, prescribe que ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de las funciones que le son propias y en su artículo 140, inciso 10 y 12, confiere al Poder Ejecutivo las atribuciones de celebrar tratados públicos y dirigir las relaciones internacionales del país. Esto significa que solo ese órgano constitucional

7 Los requisitos que debe cumplir un instrumento internacional para conceptualizarse como convenio o tratado internacional aquí referidos se han consultado entre otras fuentes bibliográficas en el Dictamen C-158-2009 de 1 de junio de 2009 de la Procuraduría General de la República, y en la Opinión Jurídica 003-J del 14 de enero de 2009 de ese mismo ente. En igual sentido puede consultarse la Resolución No. 1027-90 de las 17:30 horas del 29 de agosto de 1990, de la Sala Constitucional.

8 Señala el inciso 10 del artículo 140 constitucional como potestad del Poder Ejecutivo: “Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por la Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación lo exija esta Constitución. Los protocolos derivados de dichos tratados públicos o convenios internacionales que no requieran aprobación legislativa, entrarán en vigencia una vez promulgados por el Poder Ejecutivo”.

9 Dictamen C-125-96 de 30 de julio de 1996.

es competente para formular y actuar la política en materia de relaciones internacionales, dentro de la cual se incluye por supuesto, lo relacionado con la política exterior financiera y solo él puede celebrar tratados convenios, concordatos o protocolos; lo anterior implica no solo suscribirlos, sino una participación activa y decisiva en los trámites, conversaciones y negociaciones previas al acto de suscripción”.

En el caso del Acuerdo entre Costa Rica y Nicaragua de diciembre de 2007, dicho documento no guarda pues las formalidades de un Convenio Internacional, como tampoco de un Protocolo, en los términos indicados en las páginas anteriores. Se trata entonces y solamente, de un procedimiento institucional para una determinada gestión migratoria, que ni siquiera es vinculante para las partes, en el sentido de que el reclutamiento de trabajadores migrantes de Nicaragua se puede realizar de maneras distintas a como allí se contempla. Con lo anterior queremos decir que el documento comprende una posible vía de reclutamiento de trabajadores migrantes provenientes del país vecino, sin que esa sea la única legalmente posible. Para que el procedimiento o instructivo contenido en el documento tuviera el carácter de único y vinculante, hubiese sido necesario que se incorporara al derecho costarricense mediante un convenio internacional, un protocolo a un convenio previamente aprobado por Costa Rica, o una Ley de la República.

Es interesante constatar, pues podría ser una alternativa futura para el reforzamiento institucional y jurídico del Acuerdo entre Costa Rica y Nicaragua que aquí se analiza, que el Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo, del año 1949, conocido como “Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes”, sí contempla en forma de anexo, una serie de compromisos para el reclutamiento, colocaciones y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebradas bajo el control gubernamental. En tal sentido, si Costa Rica ratificara el Convenio 97, los acuerdos que pudiera celebrar para el reclutamiento colectivo de trabajadores migrantes de Nicaragua o de otros países, podrían tener el alero constitucional y legal del Convenio indicado. No obstante, a la fecha de hoy ese Convenio no ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica, con lo cual no tiene vigencia automática en nuestro ordenamiento legal.

C. En cuanto a la materia tratada en el convenio.

Visto en su conjunto, el Acuerdo a que aquí se hace referencia tiene por objeto establecer un protocolo para la intermediación laboral, con miras al reclutamiento y contratación de mano de obra nicaragüense para laborar en Costa Rica. De acuerdo con lo anterior, lo que el Acuerdo contempla es un procedimiento reglado – ciertamente- para concretar el reclutamiento de trabajadores nicaragüenses, donde aparece un sujeto que realiza el reclutamiento, por medio de representantes legales debidamente acreditados, y por el otro los trabajadores migrantes, con la ayuda y la colaboración de los Ministerios de ambos países. Lo que no es reglado – en el sentido de que no es vinculante- es la obligatoriedad de los empleadores costarricenses y de los trabajadores de Nicaragua de ceñirse a esta única forma de contratación y de internamiento en el país, pues como se indicó, para ello se hubiera requerido una ley que así lo estableciera.

D. Otras limitaciones del Acuerdo.

Aparte de las observaciones anteriores, las cuales colocan en su justa dimensión la jerarquía normativa y la trascendencia del Acuerdo al que hacemos referencia, existen en el documento algunos problemas adicionales que limitan su alcance e importancia. Entre tales limitaciones podríamos mencionar las siguientes

- a) Se refiere únicamente a trabajadores temporales, por lo que no soluciona el problema de una gran mayoría de trabajadores migrantes que se encuentran en situación migratoria irregular dentro del país. Como se vio líneas atrás, es necesario dar también un adecuado marco jurídico a los trabajadores migrantes de medio alcance (ver apartado I del Acuerdo).
- b) Cubre únicamente ciertas labores u oficios: actividades agrícolas, de construcción y agroindustriales. No cubre por tanto el convenio otras categorías de trabajadores migrantes con un peso relativo importante en la migración de nicaragüenses hacia Costa Rica, tales como empleados del transporte, choferes de autobús, empleados en agencias de seguridad, lo mismo que empleadas domésticas (ver apartado I del Acuerdo). Debemos ser conscientes, empero, que el caso de los trabajadores domésticos se resiste a una inclusión como colectivo dentro de un acuerdo de esta naturaleza, dadas las particularidades de tal tipo de trabajadores, cuya contratación suele ser individual.¹⁰
- c) El apartado IV nos habla de la firma de un contrato de trabajo. No señala sin embargo, como creemos que debiera, condiciones mínimas para ser contempladas en dicho contrato, ni tampoco una autoridad que fiscalice el contenido del respectivo clausulado. Dicho de otra manera, al Acuerdo le basta con que se suscriban contratos de trabajo, pero no indica - como nos parece que debiera ser-, cuál debe ser el contenido mínimo de esos contratos y cuál es la autoridad costarricense que debe velar porque los contratos se ajusten a la legislación costarricense.
- d) El apartado X contiene una serie de buenos deseos en cuanto a condiciones mínimas de que deben disfrutar los trabajadores migrantes, a ser aseguradas por el Gobierno de Costa Rica por medio del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. Aparte de la debilidad del compromiso asumido, pues no pasa de la obligación de “velar” por las condiciones que allí se indican, difícilmente puede el Gobierno de Costa Rica garan-

10 Pareciera efectivamente que el tipo de necesidad de la trabajadora doméstica migrante es distinto al de otros trabajadores migrantes, pues difícilmente las contrataciones se pueden hacer a distancia, salvo que pudiera intervenir en labores de intermediación una organización intermedia, como podría ser un sindicato o una asociación de trabajadores domésticos que agrupe también a trabajadoras nicaragüenses y extranjeras en general. Esta realidad fáctica la constatamos en la entrevista que realizamos a la Presidente de la Organización “ASTRADOMES”, doña Rosita Acosta Ramírez, el día 3 de setiembre de 2009.

tizar el cumplimiento de esta normativa si no existe: (i) Inspección oportuna y efectiva por parte de la Dirección Nacional de la Inspección de Trabajo; (ii) acceso a asesoría legal en materia de conflictos de trabajo; (iii) Seguimiento a las liquidaciones laborales por parte del propio Ministerio de Trabajo; (iv) Definición normativa en cuanto a qué sucede cuando un trabajador migrante abandona un empleo por encontrarse laborando ilegalmente en el país respecto de la responsabilidad de su patrono por los haberes laborales que se le quedan adeudando (preaviso, cesantía, vacaciones y aguinaldo proporcionales, etc.); (v) Compromisos claros del empleador o en su caso del usuario de los servicios, en el cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social; y (vi) una visión particular del trabajador migrante en las leyes migratorias. El enfoque que debe darse al trabajador migrante no puede ser únicamente el que le otorgan las leyes migratorias. Tiene que existir un enfoque “iuslaboralista”, propio de la condición de trabajador de la persona extranjera. Esta visión no existe en nuestro país, pues ni la legislación laboral ordinaria, ni la legislación de seguridad social, mucho menos la ley migratoria, la contempla.

- e) No existen en el documento mecanismos institucionales para que las organizaciones sindicales, tanto nicaragüenses como costarricenses puedan participar en la verificación del cumplimiento del protocolo o solicitar ajustes en la redacción del mismo, de acuerdo con las necesidades de los trabajadores.
- f) Tampoco existen mecanismos institucionales en el Acuerdo para que las organizaciones de empleadores puedan participar en la verificación del convenio ni solicitar ajustes en la redacción del mismo, de cara a las necesidades de sus agremiados.
- g) No incluye el Acuerdo un procedimiento de reclutamiento de trabajadores migrantes nicaragüenses que ya se encuentran en suelo costarricense, como sí se ha hecho para los trabajadores de construcción, específicamente, según convenio entre el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de nuestro país, la Dirección General de Migración y Extranjería y la Cámara Costarricense de la Construcción, en el año 2007. Se trata del “Estudio Técnico ML-DEN-015-2007, del Ministerio de Trabajo.”¹¹ De conformidad con el acuerdo a que se llegó por parte de las autoridades nacionales con la Cámara Costarricense de la Construcción en el año 2007, los trabajadores migrantes que mantengan una situación migratorio regular, aunque lo sea a través de una visa de turismo no vencida, podrán participar de una contratación como trabajadores de ocupación específica, en el campo de la construcción, lo cual les permite regularizar su situación migratoria ante las autoridades nacionales. Si bien el Acuerdo o procedimiento que se analiza en este estudio contiene la posibilidad de

11 Ver documento producido conjuntamente por la Organización Internacional para las Migraciones, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, titulado “Demanda Laboral del sector construcción en Costa Rica y su componente migratorio”, San José, enero 2009, página 36.

contrataciones en el país receptor, sea en Costa Rica, no contiene un procedimiento para aceptar trabajadores con visa de turismo¹².

Aparte de las limitaciones que en sí mismo contiene el Acuerdo, es decir en atención a la letra misma de ese instrumento, existen otros problemas más bien de operatividad del mismo que se han venido destacando en la práctica, algunos de los cuales ya se mencionan tangencialmente líneas atrás. Entre esos problemas podríamos citar los siguientes:

- El Acuerdo ha tenido un peso mayor de gravitación en el sector agrícola y mucho menor en el de la construcción.

Aunque existen estudios e investigaciones que demuestran que en el sector de construcción costarricense ha llegado a existir una participación de mano de obra nicaragüense hasta de un 65%¹³, lo cierto es que el uso del convenio entre Costa Rica y Nicaragua ha sido muy discreto, respecto de este sector. Para tener una idea de lo que exponemos, se puede decir que en el año 2007, oficialmente, el Gobierno costarricense autorizó el ingreso de 41.500 trabajadores nicaragüenses, de los cuales 10.000 de ellos ingresaron para laborar en el sector de la construcción.¹⁴ Un documento elaborado por el Ministerio de Trabajo de Nicaragua, Programa de Trabajadores Temporales, de mayo de 2008, estima que en los primeros meses de ese año solamente se tramitaron 1926 permisos de trabajo para empleados de la construcción por medio del Ministerio de Trabajo de Costa Rica, y 158 por medio del Ministerio de Trabajo de Nicaragua. Por lo demás, la experiencia misma del Dpto. de Migraciones Laborales de la Dirección de Empleo del Ministerio de Trabajo de Costa Rica, señala que mientras ha habido un uso más significativo del Acuerdo tratándose del sector agrícola, sobre todo en la caña de azúcar y cultivo de frutales, en la construcción ese uso ha sido poco importante.¹⁵ En este sentido pareciera que el Acuerdo se ajusta mejor a trabajadores de los llamados estacionales, y no así a trabajadores de mayor permanencia, como puede ser el trabajador de la construcción, sobre todo en épocas de alta demanda como la que vivió nuestro país en los años 2006 y 2007.

12 Con la nueva Ley de Migración y Extranjería No. 8764, es posible que cualquier trabajador migrante, en adelante, regularice su situación en el tanto no haya vencido su visa de turismo, sin necesidad de salir del país.

13 IBIDEM, página 33. Ver en el mismo sentido publicación de el periódico La Nación, del día 4 de marzo de 2009, Sección El País, página 5, titulado "El 65% de mano de obra en construcción es nica".

14 IBIDEM, página 33.

15 Así nos lo manifestó el señor Johnny Ruiz Arce, Jefe de Migraciones Laborales del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social en entrevista celebrada con él en fecha 25 de agosto de 2009. Pero además, para tener una idea de los permisos tramitados ante el Ministerio de Trabajo de Costa Rica, en comparación con el sector de la construcción, tenemos que en el período setiembre de 2008 a agosto de 2009, empresas costarricenses del ramo agroindustrial solicitaron 7.305 permisos, de los cuales se recomendaron un 78% (Dirección Nacional de Empleo, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, "Informe de Situación, Resultados Registrados 2008 y hasta mayo del 2009").

Ahora bien, resulta interesante preguntarse por qué razón resulta más difícil la aplicación del Acuerdo al Sector de Construcción.

Posiblemente la razón principal de esta situación la encontramos en la fragmentación que en la práctica se da de las obras constructivas entre varios contratistas que subcontratan distintas funciones o secciones de esas obras, quienes a su vez pueden subcontratar a otras personas para que realicen labores aún más puntuales. De esa manera, la figura del patrono se disuelve entre varios empleadores, cada uno de los cuales contrata por aparte sus propios empleados. Aunque el artículo 3 del Código de Trabajo es claro en cuanto a que quienes contraten a otros trabajadores para una empresa usuaria de los mismos, sin contar con capital propio, resultan solidariamente responsables con dicha contratante por los derechos provenientes del Código de Trabajo, con lo cual el trabajador tendría la oportunidad de demandar conjuntamente en un eventual proceso judicial tanto a la empresa usuaria como al intermediario sin capital propio, en la práctica esto no resulta tan sencillo. De entrada, el propio artículo tres antes citado no es claro en cuanto a que bajo su cobijo legal se esté regulando también la figura de los llamados contratos de adjudicación, que son aquellos celebrados entre los contratistas y subcontratistas con los trabajadores para la realización de una obra o prestación de un servicio. Ciertamente, los Tribunales de Trabajo, ante la ausencia de figuras legales apropiadas, han extendido las normas de la intermediación a la de los contratos de adjudicación, logrando de esta manera proteger de mayor manera a los trabajadores.¹⁶ No obstante, el trabajador puede encontrar, en la práctica, y frente a esta desubicación de la figura de su verdadero patrono, varios problemas. El primero es que no conozca que puede demandar conjuntamente al dueño de la empresa usuaria, si el contratista no tiene capital propio para desarrollar la obra o labor. Pero además, está el problema de contratistas que formalmente al menos sí tienen la condición de patronos, pues logran demostrar que tienen algún tipo de patrimonio propio con el cual hacer frente a las obligaciones de su empresa y a la asunción de riesgos que ello implica. Sucede que muchos de estos pequeños patronos independientes, no cuentan sin embargo con suficientes recursos para hacer frente a las obligaciones laborales con sus empleados, incluyendo las obligaciones con la Seguridad Social del país, precisamente porque han logrado contratos al precio de bajar tanto sus costos de operación, que no les alcanza para cotizar a los regímenes de seguridad social del país. Las cifras que hemos encontrado sobre este tema son elocuentes. Durante el año 2006, el INEC estimó en 126.265 el número de trabajadores totales que laboraban en el sector de la construcción en Costa Rica. No obstante, ante la Caja Costarricense del Seguro Social (C.C.S.S.) se reportaron para el tercer trimestre de ese mismo año 47.275 trabajadores, lo que representó entonces únicamente un 37.4% de los datos de INEC.¹⁷ El 73% de las personas que trabajan en construcción en Guanacaste, según estudio de la Auditoría de la C.C.S.S., carece de seguro social para protegerse de los riesgos de enfermedad,

16 Se puede consultar en este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia, No. 2000-00805 de las 9:30 horas del 6 de septiembre de 2000.

17 Documento titulado "Demanda Laboral del sector construcción en Costa Rica y su componente Migratorio", op. cit., página 28.

maternidad, invalidez, vejez y muerte.¹⁸ De acuerdo con ese mismo estudio, en 12 proyectos evaluados en la Provincia de Guanacaste se encontraron 49 subcontratos para obras como instalaciones electromecánicas, cielos, pisos y detalles de edificaciones.¹⁹

En definitiva, la fragmentación de los proyectos constructivos en manos de tantos contratistas (patronos reales o ficticios), no permite una asunción de responsabilidades comunes frente al trabajador migrante, de modo que esas responsabilidades se dividen entre distintos empleadores, intermediarios y contratistas, lo que hace más difícil el uso ordenado y sistemático de un procedimiento o protocolo de reclutamiento y contratación como el que exige el Acuerdo aquí estudiado.

- Ausencia de una adecuada inspección por parte de las Autoridades de Trabajo. Cualquier instrumento contentivo de obligaciones laborales, como las que contiene el Acuerdo bajo análisis, requiere una adecuada inspección de trabajo y recursos suficientes para el Departamento de Migraciones de la Dirección de Empleo del Ministerio de Trabajo. Para que se tenga una idea de lo que hablamos, digamos que el número de inspectores de trabajo, entre 1995 y 2009 ha oscilado en Costa Rica entre 65 y 105, siendo ese número en el año 2009 de 101 inspectores, sin llegar a recuperar el nivel del año 2007. En 1995 cada inspector de trabajo cubría una población laboral de 19.148 trabajadores por inspector. Hoy en día esa cobertura ha aumentado a 21.752, sea que el rendimiento por inspector es menor. El porcentaje de empresas que se inspeccionaban durante el año ha oscilado de 6.8 del total de patronos en 1997 del total de patronos en 1997 a 5.7 en el año 2008 y actualmente puede estar en un 5.9%. Lo anterior implica que de cada 100 patronos en el territorio nacional hay un 94% que no recibe en todo el año la visita de un inspector de trabajo.²⁰

Las cifras anteriores son elocuentes en cuanto a la incapacidad de nuestras autoridades laborales para atender cualquier incumplimiento a la legislación laboral del país.

- Problemas de ejecución del Acuerdo que se localizan de manera concreta en Costa Rica:
 - (i) Incumplimiento de los plazos para la devolución de los montos por depósitos de garantía que realizan las empresas ante la Dirección de Migración y Extranjería. Cada empresa debe depositar \$20 por trabajador como depósito de garantía, el cual debe ser devuelto cuando se demuestra la salida del país por parte del trabajador. Los plazos tan largos para devolver esos depósitos desestimulan el uso de mecanismos formales de reclutamiento de trabajadores temporales migrantes.

18 IBIDEN, página 30.

19 IBIDEM, página 30.

20 Los datos anteriores han sido obtenidos de la entrevista realizada al señor Franklin Benavides Flores, Coordinador de la Unidad de Gestión de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, el día 10 de agosto de 2009 y del oficio DNI-UIG-020-2009 de 29 de mayo de 2009, suscrito por este mismo funcionario.

- (ii) Existencia de nuevas categorías de ocupaciones específicas, que no han sido aún suficientemente estudiadas por el Ministerio de Trabajo.
 - (iii) Duración en la entrega, aplicación de sellos y devolución de pasaportes en las Oficinas Regionales de la Dirección General de Migración y Empleo en Liberia y Puntarenas, lo cual implica una retención temporal de los documentos propiedad de los trabajadores migrantes temporales.
 - (iv) Los chequeos por parte de la Policía de Frontera, son lentos ya que en muchas ocasiones revisan y hacen bajar del autobús a todos los trabajadores migrantes, cuando podría bastar con que se tome una muestra del grupo para constatar identidades y documentos.
 - (v) Los trabajadores nicaragüenses llegan directamente a los proyectos en territorio costarricense con visas de turismo, lo que al final se convierte en un mecanismo de contratación directa, que a la vez facilita el incumplimiento de las normas migratorias y laborales.²¹
- Problemas de ejecución localizados de manera concreta del lado Nicaragüense.
- (i) Los procesos de firmas de contratos de trabajo se vuelven lentos, pues se requiere más personal, todo lo cual dificulta los pasos de frontera.
 - (ii) Falta información a los migrantes nicaragüenses al momento de su salida del país de origen. Esta orientación, según los acuerdos, debe darla el Ministerio de Trabajo de Nicaragua.²²

Síntesis crítica sobre el Acuerdo.

El Acuerdo que aquí analizamos no constituye una garantía ni un instrumento suficiente, desde el punto de vista del Derecho Nacional y del Derecho Internacional, de la protección que requieren los trabajadores migrantes que ingresan al país, ni siquiera para los trabajadores temporales. Aparte de que el rango jurídico del documento no permite colocarlo a la altura de un convenio internacional entre los dos países, ni tampoco de un Protocolo, existen limitaciones y sobre todo omisiones muy importantes, de frente a lo que sería una regulación seria y legal de los derechos de las partes que intervienen en los procesos de reclutamiento, admisión y contratación de trabajadores migrantes. Desde su origen mismo, el Convenio rompe con el tripartismo que contempla la Carta Constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo y varios de sus Convenios Internacionales,

21 Los anteriores problemas detectados del lado costarricense constan en el Documento titulado "INFORME TECNICO, ACTIVIDADES CONJUNTAS ENTRE LOS MINISTERIOS DE TRABAJO", elaborado por Johnny Ruiz Arce y Roberto Jiménez Bravo, Jefe de Migraciones Laborales y Consultor, respectivamente, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, agosto de 2009.

22 IBIDEM.

al no contemplar mecanismos de participación y de verificación por parte de las organizaciones de trabajadores y de los empleadores. Sin ir muy lejos, el Convenio No. 122 de la Organización Internacional del Trabajo, conocido como “Convenio relativo a la política de empleo”, ratificado por Costa Rica mediante ley No. 3640 del 6 de enero de 1966, cuyo objeto principal es el fomento del empleo productivo y libremente escogido, señala en su artículo tercero, lo siguiente:

“En la aplicación del presente Convenio se consultará a los representantes de las personas interesadas en las medidas que se hayan de adoptar y, en relación con la política del empleo, se consultará sobre todo a los representantes de los empleadores y de los trabajadores con el objeto de tener plenamente en cuenta sus experiencias y opiniones y, de lograr su plena cooperación en la labor de formular la citada política y de obtener el apoyo necesario para su ejecución”.

Es claro entonces que existe una violación del Convenio 122, pues no se ha consultado a los representantes de los trabajadores ni de los empleadores, acerca de un instrumento de regulación y promoción del empleo, como es el Acuerdo a que se refiere este estudio. Con lo anterior no queremos indicar – y esto es muy importante aclararlo desde ya- que propugnemos por la tesis que en algún momento ha defendido el actual Gobierno de Nicaragua en el sentido de que la administración del Convenio debería tenerla la Central Sindical Sandinista. En tal sentido, nuestro criterio personal es que la administración de este tipo de Convenios la deben tener los Estados nacionales representados por sus legítimas autoridades, lo cual no debe ser un obstáculo para la participación de las organizaciones sindicales en las fases de preparación, aplicación y verificación de los acuerdos. Por lo demás existen también problemas operativos, como los señalados, que exigirían un trámite más ágil de movilidad grupal ordenada, según conclusión a la que ha llegado sobre este punto el mismo Departamento de Migraciones Laborales del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de Costa Rica.²³

Finalmente, podemos decir que las limitaciones del Convenio han quedado más que manifiestas con el poco uso que se ha dado al mismo en el área de la construcción, lo cual es signo además de que en el tema de trabajadores migratorios existen problemas de espectro más amplio, que afectan no solo a los trabajadores migrantes sino también a los mismos trabajadores costarricenses, tales como la ausencia de una adecuada inspección de trabajo, y la falta de una legislación apropiada en materia de contratos de adjudicación (contratas y subcontratas).

23 Documento titulado “Informe Técnico. Actividades conjuntas entre los Ministerios de Trabajo”, op. cit.,.

II. PROPUESTA DE REFORMA AL ACUERDO.

A pesar de las limitaciones formales y materiales que hemos apuntado al Acuerdo estudiado, según se detalla en la Sección anterior, nada impide realizar un ejercicio para el fortalecimiento de ese acuerdo, con miras a convertirlo en un instrumento no solo de mayor rango jurídico, sino también de alcances y trascendencia superior para los operadores de este tipo de relaciones, como son las empresas costarricenses, los trabajadores nicaragüenses y las organizaciones de trabajadores y de empresarios de ambos países.

1. Propuesta desde el punto de vista formal.

Posiblemente, y sin ánimo de descartar otras posibilidades para elevar el rango legal del Acuerdo, lo más sencillo sería que nuestro país aprobara el Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo, revisado en 1949, denominado “Convenio relativo a los trabajadores migrantes”, junto con sus dos anexos, pues precisamente el Anexo II contempla un conjunto de normas para el reclutamiento, colocaciones y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados mediante acuerdos de migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental. De esta manera, el acuerdo entre Costa Rica y Nicaragua tendría el respaldo legal del Convenio 97 y podría incorporarse a un Decreto del Poder Ejecutivo, como norma reglamentaria del Convenio. Claro está que para cumplir con el Convenio 97 el acuerdo entre los dos gobiernos debería respetar fielmente las exigencias del Anexo II de dicho Convenio, así como del resto de la legislación interna de cada país.

2. En cuanto al contenido del documento.

Aunque el Acuerdo mantuviera su carácter meramente procedimental y optativo, es posible pensar en algunas modificaciones y adiciones que posiblemente mejorarían su operación y sobre todo permitirían un mayor uso del procedimiento por parte de los interesados. Entre las sugerencias que nos permitimos realizar están las siguientes:

A-. Extensión del procedimiento a más trabajadores migrantes, sea a otras categorías migratorias y actividades. A este efecto, consideramos que el numeral I, se podría leer de la siguiente manera:

“Costa Rica autorizará a través de la Dirección General de Migración y Extranjería, el ingreso de ciudadanos nicaragüenses mayores de edad (18 años), bajo las categorías especiales de trabajadores temporales, trabajadores de ocupación específica y trabajadores ligados a proyectos, en las actividades de construcción, agrícolas, agroindustriales y del transporte, previo informe favorable del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social y con el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios establecidos en el país”.

B-. El apartado III del Convenio debe flexibilizarse para permitir que personas que se encuentran en el país bajo categorías de no residentes, puedan optar por alguna de

las categorías especiales definidas en el apartado I del documento. Nos parece que lo anterior sería posible bajo el texto actual de los artículos 91, 96 y 99 de la nueva Ley General de Migración y Extranjería publicada en la Gaceta del 1 de setiembre de 2009. Un posible texto sustitutivo para este apartado, podría ser el siguiente:

“El empleador una vez aceptada la solicitud, podrá reclutar mediante un contrato laboral, mano de obra extranjera ya sea en Nicaragua o en Costa Rica. Con relación a este último caso, podrán contratarse personas que tengan la condición de no residentes y a quienes aún no haya vencido su autorización de permanencia en el país o que se encuentren en otras categorías especiales, de acuerdo con la Ley General de Migración y Extranjería. Las empresas interesadas en reclutar personal nicaragüense podrán utilizar cualquiera de los servicios de empleo disponibles en el Ministerio de Trabajo de Nicaragua o en el de Costa Rica, así como también utilizar contrataciones directas, así como la mediación de organizaciones sin fines de lucro, en el tanto se cumpla con el resto de disposiciones de este acuerdo y con la legislación migratoria y laboral vigente en Costa Rica”.

C-. La documentación a que se refiere el apartado IV debe ser más rigurosa en cuanto a los contratos de trabajo de que allí se habla, lo mismo que en cuanto a las obligaciones del Ministerio de Trabajo de Nicaragua de dar una debida orientación a sus nacionales. Una redacción en este sentido que podríamos proponer para el apartado IV, tendría la siguiente dicción:

“En caso de que el empleador se decida por contratar mano de obra extranjera en Nicaragua, dicho empleador, persona física o jurídica, deberá ser acreditado por el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de de Costa Rica, en el reporte oficial que emitirá dicho Ministerio, y deberá presentar además, ante el Ministerio de Trabajo de Nicaragua la siguiente documentación: a) Poder Especial a favor de la persona o personas facultadas para gestionar y firmar los contratos de trabajo debidamente autenticados por las autoridades competentes. El requisito de la autenticación podrá obviarse si el Ministerio de Trabajo de Nicaragua mantiene vigente un registro de poderes debidamente actualizado; b) Contratos de trabajo, colectivos o individuales, los cuales deben ajustarse en su contenido a las disposiciones de la legislación costarricense e incluir el compromiso de empadronamiento de los trabajadores al sistema de seguridad social costarricense; c) Fotocopia de personería y cédula jurídica de la empresa, si se tratara de una persona jurídica; y d) Listado de las personas trabajadoras, mayores de 18 años, autorizadas para ingresar a Costa Rica.

El Ministerio de Trabajo de Nicaragua, por su parte, dará la debida orientación a sus nacionales que participan del procedimiento previsto en este documento, en cuanto a la legislación interna costarricense y derechos laborales que contiene esa legislación”.

D-. Las obligaciones del empleador a que se refiere el apartado VII deben ser más claras y constar en algún documento de compromiso que deberán entregar a la Dirección General de Migración y Extranjería, como parte de la solicitud a que se refiere el

apartado I. Es preferible hablar de “relación de trabajo” y no de “contrato de trabajo”, pues el concepto de relación es más amplio y permite contemplar mejor todas las vicisitudes que se pueden dar dentro de una prestación de trabajo por cuenta ajena. Además, en el caso de que los empleadores no sean solventes económicamente sino simples intermediarios o contratistas sin capital propio, debe existir la posibilidad de que los compromisos sean compartidos con las empresas usuarias de los servicios de los trabajadores. La norma podría ir en el siguiente tenor:

“Todo empleador que haga uso del procedimiento a que se refiere este Acuerdo, se compromete a garantizar el transporte de ida al país de destino y de regreso al país de origen, una vez finalizada la relación laboral, cualquiera sea el motivo de esa terminación. Deberá además comprometerse a cumplir con la legislación laboral y de seguridad social costarricense en cuanto a los trabajadores contratados y a pagar, en caso de terminación del contrato, las compensaciones e indemnizaciones que adeude al trabajador extranjero, ya sea directamente o mediante depósito en las oficinas del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social más cercanas al centro de trabajo, caso de que el trabajador tuviera que abandonar el país sin que fuere posible el pago directo de estos haberes. Deberá el empleador brindar el servicio de alojamiento en condiciones óptimas de higiene y seguridad física de las instalaciones, sin costo para el trabajador. Los compromisos a que se refiere este apartado deberán constar en la solicitud que el empleador haga ante la Dirección General de Migración y Extranjería, mencionada en el Apartado I de este Acuerdo. La Dirección indicada, de oficio o por instancia del Ministerio de Trabajo podrá solicitar que estos compromisos sean asumidos también por la empresa usuaria de los servicios del trabajador, cuando el empleador no tenga capital propio para responder a las obligaciones aquí mencionadas”.

E-. Los compromisos que asume el Gobierno de Costa Rica, por medio de la Dirección de Migración y Extranjería, deberían garantizar celeridad en los trámites, a fin de que este procedimiento resulte atractivo para las partes interesadas. Además, las condiciones de ingreso del trabajador extranjero no pueden ser iguales en todos los casos, según la leyenda actual que tiene el Acuerdo en el sentido de que el plazo de permanencia es el del contrato. Los plazos de permanencia dependen del tipo de categoría migratoria y de la actividad, por lo que no puede haber un único plazo. Proponemos entonces que el Apartado VIII, tenga la siguiente redacción:

“El Gobierno de Costa Rica a través de la Dirección General de Migración y Extranjería, exonerará de la visa de entrada a los trabajadores a que se refiere este documento, y consignará en el pasaporte o salvoconducto de forma individual, la categoría especial de las personas trabajadoras, de conformidad con los reglamentos y circulares internas de esa Dirección, indicando las condiciones de permanencia autorizadas, de acuerdo al contrato, actividad o proyecto para el que se dio el reclutamiento. La Dirección arriba indicada realizará el trámite a que se refiere este artículo en el menor tiempo posible, con prioridad sobre otros casos de visas colectivas para extranjeros, y se compromete también a facilitar a los empleadores un trámite especial para la devolución de cualquier garantía fijada según los reglamentos nacionales”.

F-. Los compromisos que asume el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social de Costa Rica, en el apartado X, deben ser más claros, taxativos y obligantes. En tal sentido, proponemos que este apartado se lea de la siguiente forma:

“El Gobierno de Costa Rica, a través del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, velará porque se asegure a los trabajadores nicaragüenses:

- a) Igualdad de trato en cuanto a condiciones laborales y de seguridad social con los trabajadores costarricenses, salvo cuando se trate de diferencias previstas o autorizadas por los convenios internacionales y la ley nacional.*
 - b) Inspección oportuna de las condiciones de trabajo, por medio de la Dirección Nacional de Inspección de ese Ministerio.*
 - c) Atención oportuna por parte de la Dirección de Relaciones Laborales del Ministerio indicado, de cualquier conflicto individual o colectivo que se presente con alguno de los trabajadores reclutados según este Convenio.*
 - d) Condiciones de alojamiento que se ajusten a las recomendadas por las disposiciones legales y reglamentarias nacionales en materia de higiene y seguridad.*
 - e) Remuneración salarial con respeto de la legislación laboral costarricense en esta materia.*
 - f) Reconocimiento y cumplimiento efectivo de las compensaciones e indemnizaciones que correspondan por terminación de la relación laboral, incluyendo la prestación del servicio de depositarios de estos pagos, cuando el trabajador deba abandonar por motivos propios o ajenos, de manera inmediata el país, sin poder recoger estos fondos.*
- G) Nos parece que debería agregarse una norma específica en cuanto a la participación de las organizaciones de trabajadores y de empleadores en cualquier modificación, así como en los procesos de verificación del cumplimiento del Convenio. Esto daría pie a un apartado No. XI, cuyo texto podría ser el siguiente:

“Las organizaciones sindicales que afilien trabajadores agrícolas, agroindustriales, de la construcción, del transporte o trabajadores migrantes en general, así como las organizaciones de empleadores interesados en que se escuche su posición, tanto en Costa Rica como en Nicaragua, deberán ser escuchados de previo a cualquier modificación a este Acuerdo. Igualmente se les garantizará la posibilidad de participar en la verificación y cumplimiento del Acuerdo, por medio de una instancia directa de queja y de respuesta oportuna ante los Ministerios de Trabajo de cada país”.

III. MÁS ALLÁ DEL ACUERDO COSTA RICA - NICARAGUA. DESAFÍOS Y RECOMENDACIONES.

Si como se indicó en el apartado anterior, el Acuerdo Nacional Costa Rica-Nicaragua, del año 2007 es un documento de reducido espectro de aplicación, tanto por su rango jurídico, como por la ausencia de obligatoriedad en el procedimiento que incorpora, así como por el hecho de que existen problemas más allá de sus posibilidades de regulación, debemos plantearnos entonces la siguiente pregunta: ¿ Conviene insistir en la aplicación o modificación de este Acuerdo como forma de mejorar la situación de los trabajadores migrantes en Costa Rica, o es necesario volver la mirada hacia otros mecanismos institucionales?

Para responder a la pregunta anterior, digamos de entrada que el Acuerdo que aquí se estudia es en realidad un procedimiento con miras a agilizar un reclutamiento grupal ordenado proveniente de un país específico para trabajar en Costa Rica. Como procedimiento que es no vemos razón alguna para no intentar su aplicación y mejoría. Lo que no podríamos es pretender que ese instrumento, aún agilizando sus mecanismos o fortaleciendo sus capacidades de resolución, pueda resolver los problemas más serios que aquejan a los trabajadores migrantes nicaragüenses y a sus familias, básicamente y en lo que aquí interesa, en materia de seguridad social y cumplimiento de la legislación laboral.

De acuerdo con estudios realizados por la Dirección Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en las regiones Chorotega y Pacífica, durante el 2008 y parte del año 2009, se encontró que solamente un 26% de los trabajadores extranjeros tenían una condición migratoria regularizada.²⁴ Ya se mencionaron también en este trabajo las cifras escandalosas de evasión de cargas sociales en el sector de la construcción.²⁵ Se trata de problemas que no se van a resolver con un más ágil u ordenado procedimiento de reclutamiento entre los Gobiernos de Nicaragua y Costa Rica, al cual puedan optar o no los empleadores costarricenses. Desde nuestro punto de vista son necesarias medidas de mayor calado, tanto en el campo migratorio como propiamente del derecho laboral y de la seguridad social. De seguido nos referimos a algunas de esas medidas.

1. Medidas de carácter laboral.

Durante la presente Administración, se estuvo analizando en sede del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, la posibilidad de introducir un nuevo capítulo al Código de Trabajo en materia de Trabajadores Migrantes. La idea de este capítulo sería definir con mayor claridad e incorporar en la ley ordinaria, aspectos que ya la Sala Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, como es la igualdad de trato y por tanto de derechos entre los trabajadores nacionales y extranjeros, en el marco de cualquier relación laboral. Se trataría además de garantizar a los trabajadores migrantes que independientemente

²⁴ Documento "Informe de Situación. Resultados Registrados 2008 hasta mayo del 2009", op. cit.

²⁵ Ver citas al pie de página de la número diez a la número doce.

de su condición migratoria, tendrán derecho a los mismos derechos que un nacional. Esto es que sin distinción de si estamos ante un trabajador extranjero en condición migratoria regular, o de un servidor con condición migratoria irregular, ambos tienen exactamente el mismo derecho respecto de su contrato de trabajo y de los efectos de la relación laboral. Para hacer efectiva esta protección se requerirá seguramente que ningún trabajador migrante carezca de un contrato escrito, establecer algún tipo de identificación laboral para ese tipo de empleados, y garantizar que en caso de expulsión de un trabajador extranjero, debido a su condición migratoria irregular, la responsabilidad por la ruptura del contrato se impute al patrono, a efecto de que éste deba responder por los derechos indemnizatorios (preaviso y cesantía) y por los derechos ciertos (vacaciones, aguinaldo, salarios pendientes de pago, etc.) que corresponden a este servidor. Esto último implica también encontrar mecanismos institucionales para que un trabajador expulsado pueda recuperar los créditos laborales que le adeuda su patrono, aún encontrándose fuera de Costa Rica, con la ayuda del mismo Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social.

Aparte de lo anterior, y como una necesidad tanto para los trabajadores extranjeros como para los nacionales, es preciso reformar el Código de Trabajo, fundamentalmente en su artículo tercero, para separar claramente la figura del intermediario de la del contratista, regulando de manera cierta este último caso e introduciendo un principio de solidaridad, sobre todo tratándose de deudas ante la seguridad social, entre empresas usuarias o principales y los contratistas y subcontratistas.

Finalmente, será necesario analizar la probabilidad de que se apruebe por parte de los parlamentos de los dos países, el recientemente aprobado “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, el cual recibiera ya el respaldo de los mandatarios de los países iberoamericanos en la XVI Cumbre Iberoamericana celebrada en noviembre del año 2006. Este Convenio, como luego se dirá, permitiría solucionar en un grado alto, el problema de las cuotas de seguridad social que dejan en el país los trabajadores nicaragüenses cuando abandonan Costa Rica.

RECOMENDACIONES

Mis recomendaciones específicas de reformas laborales requeridas en materia de legislación laboral en el país, pretendería que se concreten en dicha legislación normas y principios como los que paso a enlistar:

- A) Todo trabajador migrante deberá contar con un contrato de trabajo escrito, el cual debe ser homologado y depositado en el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. Las autoridades laborales y de seguridad social podrán extender documentos de registro de trabajadores migrantes con la sola presentación de los contratos de trabajo originales o de copias auténticas de los mismos.
- B) La ausencia de contrato escrito de un trabajador migrante hará presumir como ciertas y exigibles todas las obligaciones derivadas de la legislación laboral costarricense

y de su legislación conexas, a favor del trabajador, así como también los extremos que cobren un trabajador migrante en cualquier proceso judicial.

- C) En cualquier proceso de expulsión o de cancelación de la permanencia en el país de un trabajador migrante, debe hacerse partícipe al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, quien deberá garantizar que los trabajadores que deban abandonar el país reciban las compensaciones e indemnizaciones que les correspondan legalmente, o en su caso que los empleadores sean llevados a juicio, por infracción a las leyes laborales.
- D) La terminación de una relación laboral por motivo de expulsión o de cancelación de permanencia en el país de un trabajador migrante debe imputarse al patrono o empleador, por lo que éste queda obligado a pagar en tales casos al trabajador migrante los derechos indemnizatorios de preaviso y cesantía, los cuales deberá depositar en el Ministerio de Trabajo en un plazo determinado, caso de que no le fuera posible hacer la entrega del dinero, antes de que el trabajador salga de Costa Rica.
- E) No solo los intermediarios, sino también todo contratista y subcontratista, será solidariamente responsable ante el trabajador (nacional o extranjero), por las obligaciones laborales y de seguridad social que el patrono contratante adeude al trabajador, cuando se trate de contratistas y subcontratistas que participen de una sola obra, proyecto o del mismo giro de la actividad de una empresa principal.

Concretamente en el campo de la seguridad social, es necesario que al menos se aprueben las siguientes medidas:

- A) *Creación de un mecanismo legal a fin de que los trabajadores extranjeros que hayan laborado en el país por un mínimo de tiempo, que puede ser de un año, puedan retirar de sus cuentas individuales, los montos correspondientes al régimen obligatorio de pensiones complementarias que crea el artículo 9 de esa ley. Lo anterior por cuanto este es un fondo de capitalización individual, donde cada trabajador es el dueño de sus propios ahorros. Si es necesario reformar la Ley para lograr este tratamiento especial para los trabajadores extranjeros, debe entenderse reformarse la legislación. El actual artículo 20 de la Ley No. 7983, que es la Ley de Protección al Trabajador, crea la posibilidad de que la C.C.S.S. pueda establecer, reglamentariamente, la edad por la cual un trabajador puede retirar los fondos depositados en esta cuenta. No obstante, según nuestra investigación, la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social no ha dictado ningún reglamento sobre esta materia. Quien sí procedió ya a reglamentar este tema es la Superintendencia de Pensiones (SUPEN), la cual dictó el llamado "Reglamento sobre la Apertura y Funcionamiento de las entidades autorizadas y el funcionamiento de los fondos de pensiones, capitalización laboral y ahorro voluntario, previstos en la Ley de Protección al Trabajador". El artículo 70 de ese Reglamento señala que los beneficios del régimen obligatorio de pensiones complementarias se obtendrán una vez que el afiliado presente ante la Operadora*

correspondiente, una certificación de que ya cumplió con los requisitos del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte o del régimen público sustituto al que pertenece. Esto implica que no puede el cotizante del régimen obligatorio complementario de que hablamos utilizar los beneficios del mismo sino hasta que cumpla con los requisitos normales para obtener una pensión por vejez o por invalidez en el régimen de IVM. A nuestro juicio esto podría ser inconstitucional, pues se trata de una especie de conculcación de los derechos del trabajador cotizante sobre un fondo que le pertenece, sobre todo cuando existen otros motivos ajenos a su voluntad, fuera de la muerte, la vejez o la invalidez, para dejar de ser parte del Fondo. Eventualmente se podría pensar también en una reforma de la ley para que se flexibilicen no solo los criterios de edad para retirar esta pensión, sino también los fondos depositados, cuando el trabajador extranjero abandone definitivamente el país.

B) *Dar seguimiento al cumplimiento del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, suscrito en Quito, Ecuador, el 26 de enero de 1978, aprobado y en vigor tanto para Costa Rica como para Nicaragua, así como exigir a ambos gobiernos que se firme un convenio administrativo para a instrumentación de este Convenio Iberoamericano, toda vez que sin ese convenio administrativo, el sistema no opera. El Convenio Iberoamericano al que hacemos referencia, señala en sus artículos 11 y 12, el derecho de una persona (o sus causahabientes) que han cotizado para la seguridad social en más de un Estado signatario del convenio, a que se le totalicen los períodos de cotización computables en cada país, para efectos de tener derecho a una pensión. A ese efecto, indica el artículo 12, “cada entidad gestora determinará con arreglo a su legislación y teniendo en cuenta la totalización de períodos de cotización, si el interesado cumple las condiciones requeridas para obtener la prestación. En caso afirmativo, determinará el importe de la prestación a que el interesado tendría derecho, como si todos los períodos totalizados se hubieren cumplido bajo su propia legislación, y fijará el mismo en proporción a los períodos cumplidos, exclusivamente bajo dicha legislación”. La normativa anterior implica que en caso de que sumados los períodos de cotización y teniendo el trabajador la edad exigida en el Estado donde desea pensionarse, quisiera acogerse a su derecho de jubilación, tendría derecho a una pensión proporcional en monto al tiempo que cotizó en ese último Estado. El Convenio marco nos presenta sin embargo algunos problemas operativos. El primero es que requiere un convenio administrativo entre Estados, donde se establezcan las condiciones de importación y exportación de cuotas. Hasta el momento no existe entre Nicaragua y Costa Rica ese convenio administrativo de instrumentación. El problema se presenta además con la población migrante nicaragüense que nunca ha cotizado al régimen de seguridad social en su propio país o que sus cotizaciones son muy pocas, pues entonces en poco le ayudarán a totalizar el número de cuotas requeridas en Costa Rica para una pensión.*

C) Tanto Costa Rica como Nicaragua deben aprobar, mediante la intervención de sus respectivos Parlamentos, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, recién firmado en la cumbre de Presidentes de Iberoamérica del año 2006, el

cual establece reglas aún más claras para que los períodos de cotización cumplidos en cualquiera de los Estados Parte puedan ser considerados para el reconocimiento de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia de cada uno de los Estados firmantes. Lo novedoso de este convenio, es que no requiere acuerdos administrativos entre Estados, sino que nos habla de un convenio administrativo multilateral, en el cual entendemos que ya se está trabajando. En segundo lugar, el artículo 13 inciso b) del mismo, contempla la posibilidad, a efectos de completar los requisitos necesarios para el derecho de jubilación en el Estado donde se quiere ejercer ese derecho – pensemos que sea en Costa Rica- de reconocer para efectos de jubilación ya no solo las cotizaciones sino también años de empleo laborados, o años de aseguramiento, en otros países iberoamericanos, si en esos otros países, ajenos a Costa Rica, el solo hecho del empleo o el solo hecho de un aseguramiento bastaba para contabilizar un derecho de jubilación. Según se nos informa también, este convenio supera además el esquema de importaciones y exportaciones de cuotas que contemplaba el Convenio de Quito antes citado.

Tenemos entendido que el Gobierno de Costa Rica apoya este Convenio y se prepara para enviarlo a la Asamblea Legislativa. No es el caso sin embargo del Gobierno de Nicaragua, cuyas razones para no apoyar el convenio se desconocen.²⁶

2. Medidas de carácter migratorio.

Al momento en que se realiza este estudio, nuestro país recién ha aprobado una nueva Ley General de Migración y Extranjería. Esta normativa mantiene básicamente las mismas categorías migratorias que se aplican a los trabajadores migrantes como son las categorías denominadas “especiales” de trabajadores fronterizos, trabajadores temporales, trabajadores de ocupación específica y trabajadores ligados a proyectos específicos y proyectos de interés público. Las categorías migratorias anteriores tienen una regulación mínima en la ley, y en varios artículos que se refieren a las categorías migratorias que pueden interesar a los trabajadores extranjeros, se hace específico reenvío al futuro reglamento de la ley. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 45, 50, 52, 60, 94, 98, 100, 133, 134, 136 y 137 de la nueva ley No. 8764. Lo anterior, convierte al futuro reglamento de la ley en una oportunidad importante para mejorar las condiciones de ingreso y permanencia de todas las categorías especiales antes mencionadas.

La importancia del reglamento, es que a diferencia del Convenio entre Costa Rica y Nicaragua, este instrumento tiene una aplicación obligatoria y vinculante para todos los operadores del derecho: Jueces, Administradores, empleadores, trabajadores, etc. En este sentido y a diferencia del mencionado Convenio, los operadores jurídicos no pueden optar entre la aplicación reglamentaria o la de otras normas igualmente posibles, sino que existe una aplicación única y universal para todos.

26 Esta información nos fue brindada por el señor Francis Zúñiga González, Director Regional del Centro Regional de Cooperación para Centroamérica y el Caribe, de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, en entrevista sostenida con él en fecha 8 de setiembre de 2009..

Dentro de las regulaciones que podrían incluirse en este nuevo reglamento, podríamos señalar aspectos como los siguientes:

- a) Simplificación de los procedimientos para los trámites de ingreso al territorio nacional para los trabajadores de ocupación específica, y trabajadores ligados a proyectos, incluyendo la simplificación de procedimientos para obtención de documentos.
- b) Cruce más ágil de la información entre el Ministerio de Trabajo y la Dirección de Migración y Extranjería.
- c) Definición de mayores beneficios para los trabajadores migrantes que cumplen con la legislación nacional, tales como permanencia autorizada de hasta tres años, conforme a la duración de proyectos específicos.²⁷

Otras ideas que se pueden poner en práctica.

Sea a través de nuevos Convenios o de normativa a ser promovida en Costa Rica y Nicaragua resulta necesario regular aspectos como los siguientes:

- a) Participación más activa de los Ministerios de Trabajo en la información que debe darse al trabajador migrante sobre sus derechos, condición y permanencia en Costa Rica, de previo a que abandone su país.
- b) Crear con intervención de los Ministerios de Educación de Centro América, Universidades o instituciones como el Instituto Nacional de Aprendizaje en Costa Rica, un sistema regional de certificación de capacidades, el cual pueda servir a los Ministerios de Trabajo y a los empleadores para conocer mejor el tipo de empleados que requiere cada país y la capacidad de la oferta con que cuentan los otros países. Lo anterior, al menos en un primer momento, para los oficios que requieren no profesionales, que requieren cierto nivel de conocimiento o aprendizaje.
- c) Participación activa de las organizaciones sindicales y de empleadores en futuros convenios de reclutamiento y de contratación de trabajadores extranjeros.

San José, 21 de septiembre de 2009.

27 Esta idea aparece en el Documento "Demanda Laboral del sector de construcción en Costa Rica y su componente migratorio", op. cit., página 34.

Fundación Friedrich Ebert

**Sede de la Representación de la Fundación Friedrich Ebert para Costa Rica,
Nicaragua y Panamá.**

Oficina en San José Costa Rica.

Para más información: www.fesamericacentral.org

Tel. (00506) 2296-0736 / 37 / 38

Fax. (00506) 2296-0735

Apartado Postal: 54 - 1200

Pavas - San José, Costa Rica

Impreso en:
Lara Segura & Asoc.
(506) 2256-1664
O.P. 2856