



Organización
Internacional
del Trabajo

COMPETENCIAS Y FUNCIONES

de la inspección de trabajo
respecto de la población
de trabajadores migrantes

Costa Rica, Panamá y República Dominicana

Documento de trabajo
en proceso de revisión

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	04
Antecedentes	04
A. Migración y Derechos Laborales	04
B. Migración y Discriminación por Género	07
C. Migración e Inspección de Trabajo	10
II. MARCO JURÍDICO PARA LA INSPECCION LABORAL Y LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS MIGRANTES EN EL AREA GEOGRÁFICA DE ESTUDIO	13
A. Marco de Derecho Internacional	13
1. Derecho de ingreso y salida de un país	14
2. La ley como única fuente normativa de restricciones a los principios universales sobre derechos fundamentales	14
3. La importancia del concepto de jurisdicción sobre los extranjeros en la responsabilidad de cada Estado frente al Derecho Internacional	15
4. El principio de igualdad y no discriminación y su aplicación a los trabajadores migrantes	16
4.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	16
4.2. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados	19
5. Normas y principios de la Organización Internacional del Trabajo	20
5.1. Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)	21
5.2. Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143)	22
5.3. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958, (núm. 111)	24
6. Convenios Relativos a la Inspección de Trabajo	25
6.1. Convenio relativo a la Inspección de Trabajo en la Industria y el Comercio, 1947,(núm. 81)	25
6.2. Convenio No. 129. Ginebra, 25 de junio de 1969. Convenio relativo a la Inspección de Trabajo en la Agricultura	26
B. Marco de Derecho Nacional	28
1. Inspección de Trabajo Costa Rica	28
Constitución Política	28
Cuadro. Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley No. 1860 de 20 de abril de 1955)	30

Cuadro. Código de Trabajo	31
Cuadro. Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo (Decreto Ejecutivo No. 28578, del año 2008)	32
Cuadro. Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo (Año 2008)	35
Cuadro. Nuevo Manual de Inspección de Trabajo que entrará en vigencia a partir del año 2013	36
2. Inspección de Trabajo de Panamá	39
Constitución Política	39
Cuadro. Código de Trabajo	40
Cuadro. Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social (Decreto de Gabinete No. 249 de 16 de julio de 1970)	41
Cuadro. Ley No. 53 de 28 de agosto de 1975, por la cual se atribuye competencia al Ministerio de Trabajo para conocer de reclamaciones laborales	42
Cuadro. Reglamento Orgánico del Ministerio de Trabajo y Desarrollo (Decreto Ejecutivo de 18 de abril de 1994)	43
Cuadro. Decreto Ejecutivo No. 84 de 31 de diciembre de 1996 (Reorganiza la estructura del Ministerio de Trabajo)	43
Cuadro. Manual de Procedimientos del Departamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (Resolución No. 31-2012 de 7 de febrero de 2012 de la Ministra de Trabajo y Desarrollo Laboral)	44
3. Inspección de Trabajo en Republica Dominicana	46
Constitución Política	46
Cuadro. Código de Trabajo	49
Cuadro. Otras normas del Código de Trabajo relacionadas con el tema	52
Guía de Procedimientos Laborales (Procedimientos Administrativos, Judiciales e Internacionales de Protección de los Derechos Laborales). Ministerio de Trabajo. 2010	54
III. PAUTAS EN TORNO A LAS FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO QUE DEBEN SER TOMADAS EN CUENTA A LA HORA DE CUMPLIR EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL	54
IV. BIBLIOGRAFÍA	63

I. INTRODUCCIÓN

Al hablar del tema de las migraciones laborales, una referencia obligatoria a las más actualizadas estadísticas debe hacerse, en la búsqueda de sensibilizar al lector sobre la importancia que para los países de Costa Rica, Panamá y República Dominicana representan los trabajadores migrantes. De allí que hayamos dedicado una primera sección de este trabajo a la recopilación de algunas cifras y datos que nos puedan poner en antecedentes de la situación actual de dicha población en nuestra área geográfica.

En una segunda sección, hemos intentado construir un marco jurídico, con elementos básicamente provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de las Constituciones Políticas, así como de los principios que emanan de tales instrumentos, los cuales conforman lo que doctrinalmente se conoce como “bloque de constitucionalidad”, el cual sirve de base para la actuación de las inspecciones de trabajo en los tres países a los cuales involucra esta investigación.

Finalmente, en una última sección, hemos intentado reunir un conjunto de pautas, algunas de carácter jurídico y otras de conveniencia institucional, que a nuestro juicio deben servir de fundamento para promover la vital participación de las inspecciones de trabajo del área, en el combate contra la explotación del trabajador migrante y de la violación de los principios de igualdad y no discriminación en perjuicio de dicha población. Este último conjunto de propuestas se realizan con fundamento en el marco jurídico internacional, tomando en cuenta además lo que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha denominado “Marco Multilateral para las Migraciones laborales”, compuesto por principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en derechos, a tenor del mandato que se le hizo a la organización, en la 92ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el año 2004.¹

Antecedentes

Esta sección se refiere a la descripción de situaciones generales de los trabajadores migrantes y su problemática, desde el punto de vista social y jurídico.

A. Migración y Derechos Laborales.

Tal y como lo señalara el Informe Regional de Flujos Migratorios Laborales Intrarregionales en Centroamérica y República Dominicana² (Informe Regional en adelante), a consecuencia de diversos factores –*tales como la articulación de economías globales, políticas de libre movilidad o la conformación histórica de comunidades transnacionales entre sociedades de origen y destino*– la región ha experimentado dinámicos

1 La Resolución tomada en esta Conferencia de la O.I.T. indica que “La creciente movilidad de las personas en busca de oportunidades, trabajo decente y seguridad humana ha venido captando la atención de los responsables de la formulación de políticas y ha fomentado el diálogo con miras a la cooperación multilateral prácticamente en todas las regiones del mundo. La OIT puede desempeñar una función central en la promoción de políticas destinadas a elevar al máximo los beneficios y reducir al mínimo los riesgos de la migración basada en el trabajo”. (OIT. “Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales”, publicado por la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, página vi del Prefacio).

2 C.R.: OIM, OIT, MTSS, CECC/ SICA, OCLAD, Red de Observatorios del Mercado Laboral. “Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe regional”, AECID, San José, 2011, página 6.

flujos migratorios. Asimismo, destaca el mismo Informe que estos procesos se han intensificado, debido a la conformación de mercados económicos, los cuales se caracterizan por tener dinámicas laborales en las que la participación de la fuerza de trabajo extranjera proveniente de otros países de la región ha sido fundamental.

En este sentido, se ha dicho que en Centroamérica, Panamá y República Dominicana, hay una demanda de mano de obra migrante que se mantiene relativamente estable, ya que son mercados segmentados en los que predominan las actividades intensivas en mano de obra, los cuales requieren población poco calificada y con baja remuneración y que resultan ser poco atractivas para la población nacional. Por lo tanto, la contratación de mano de obra barata constituye una estrategia para disminuir los costos operativos de la empresa y en donde la inspección laboral es sumamente escasa.

Ahora bien, el mismo Informe Regional³ apunta a Costa Rica como principal receptor de migraciones intrarregionales, en especial provenientes de Nicaragua. De acuerdo a los datos presentados, el número estimado de migrantes nicaragüenses es de alrededor de 300,000 personas, representando casi el 7% del total de la población del país. Los estudios indican que, en Costa Rica, sectorialmente un 32% de los varones, trabajadores migrantes, laboran en agricultura, mientras que en la construcción lo hace el 18%, en el comercio y los restaurantes el 15% y en la industria manufacturera el 15%. En el caso de las mujeres trabajadoras migrantes en Costa Rica, se aprecia una alta participación en trabajos de servicio doméstico, donde laboran prácticamente la mitad, seguido por labores de comercio y restaurantes (24%), y la industria (11%).⁴

Adicionalmente, los datos del Informe Regional⁵ revelan que en Costa Rica se encuentran grupos importantes de colombianos⁶ y panameños.⁷

Panamá, por su parte, según el mismo Informe Regional de cita, se ha constituido históricamente como un puente de paso de migrantes. No obstante, la investigación destaca que también ha sido escenario de destino para algunos flujos migratorios, por ejemplo de colombianos, asociado a su cercanía geográfica y a las facilidades con que pueden atravesar las fronteras. Actualmente, los inmigrantes centroamericanos con mayor presencia en Panamá son los nacionales de Nicaragua y Colombia ubicados en actividades como trabajos domésticos, agricultura, construcción, servicios turísticos y otros, como seguridad.⁸

El Informe particular de Panamá⁹ revela que para el año 2000, un 2.9% del total de la población en Panamá estaba compuesta por inmigrantes, de la cual el 62% eran nacidos en América Latina y el

3 Ibídem, página 28

4 OIM, OIT, MTSS, CECC SICA, Red de Observatorio del Mercado Laboral. "Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe de Costa Rica". AECID, San José, C.R., 2011.

5 OIM et al.. Informe Regional, Op. Cit. Página 28.

6 Según los registros de la embajada de Colombia en Costa Rica, se reportan 12,000 colombianos residentes, 6,500 refugiados y 3,000 en gestiones de residencia y nacionalización. Además, hay un número no determinado de inmigrantes colombianos irregulares. En total, se estima que hay entre 27,000 y 30,000 colombianos en el país.

7 De acuerdo al Informe Regional mencionado en la cita dos, del total de emigrantes panameños, Centroamérica es destino para el 6.3% (11,594 personas), del cual Costa Rica recibe al 5.6% (10,270 personas).

8 C.R.: OIM, OIT, CECC SICA, Red de Observatorios del Mercado Laboral. "Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana " Informe de Panamá, AECID, San José, 2013.

9 C.R.: OIM, OIT, CECC SICA, Red de Observatorios del Mercado Laboral. "Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana " Informe de Panamá, AECID, San José, 2013.

Caribe, en la misma proporción para hombres y mujeres, existiendo, del total de inmigrantes nacidos fuera de América Latina y el Caribe (32.692), una leve inclinación hacia la inmigración masculina.

Por último, cabe resaltar el caso de República Dominicana, ya que de acuerdo al Informe Regional¹⁰ presenta la doble condición de territorio de origen y de destino de población. En el primer caso, es conocida la emigración de dominicanos hacia Estados Unidos y Europa. En el segundo caso figura la migración laboral haitiana que, tanto por su magnitud como por su antigüedad, constituye el sistema migratorio laboral más importante en el Caribe insular. El documento “La República Dominicana en 2030: hacia una nación cohesionada”, elaborado por la CEPAL, revela que no es fácil para autoridades dominicanas establecer una cifra precisa de la población haitiana, pero se estima que puede llegar al menos a un millón de personas.¹¹ No obstante, investigaciones más recientes muestran una cifra menor de inmigrantes haitianos. De acuerdo a los resultados de la ENI-2012, el total de inmigrantes alcanza el volumen de 524.632 personas, es decir el 5.4% del total de la población del país, estimada en 9.716.940 personas, para la fecha de la encuesta. De ese total, 458.233 personas nacieron en Haití, representando el 87.3% de la población de inmigrantes, mientras que 66.399 personas son originarias de otros países- el 12.7 del total-, lo cual revela el elevado predominio de los inmigrantes haitianos en el total de los inmigrantes radicados en el país.

En este mismo sentido, el Informe Regional que se viene reseñando¹², señala que estamos frente a una inmigración que opera predominantemente sin documentos que puedan garantizar a las personas su permanencia legal en el país, de modo que la vinculación con el mercado laboral dominicano se realiza en los puestos de menor calificación y en actividades donde se requiere de mayor esfuerzo físico.

Siguiendo esta línea de ideas no es posible dejar de resaltar que en general, los resultados del Informe Regional¹³ reflejan que las *“(...) personas trabajadoras migrantes se concentran en actividades productivas donde, en muchos casos, sus principales derechos laborales se ven amenazados, como consecuencia de prácticas comunes que se dan en el sector y que afectan tanto a nacionales como a inmigrantes y que son producto de una preocupante tendencia de algunos empleadores por aprovecharse de los miedos que las personas migrantes tienen a denunciar dichos abusos, sobre todo cuando se trata de inmigrantes irregulares.”*

Según la investigación que se recoge en el mismo Informe Regional, son notables los bajos porcentajes de cumplimiento de derechos laborales en los países de destino. Así, en Centro América, únicamente un 37% de los trabajadores y trabajadoras migrantes de la muestra indicó que disfrutaba de vacaciones pagadas, solamente el 32% dijo que recibía el pago de un decimotercer mes de salario por año (aguinaldo), y solo un cuarto de muestra señaló que si debía incapacitarse, el período de incapacidad era remunerado por el empleador, o que al contar con seguro de enfermedad o un seguro de riesgos del trabajo estos gastos eran cubiertos por el seguro. Apenas la mitad de la población dijo que recibía al menos el salario mínimo y que tenía un día libre de descanso por semana.¹⁴

10 OIM et al. ...Informe Regional, Op. Cit. Páginas 29 y 30.

11 CEPAL. “La República Dominicana en 2030: hacia una nación cohesionada”. México, D. F., Naciones Unidas. 2009.

12 OIM et al. ...Informe Regional, Op. Cit. Página 30.

13 *Ibíd*em, página 57.

14 *Ibíd*em, página 58.

El Informe Regional concluyó que al no existir “(...) documentación, sin contrato formal y en ocasiones sin autorización migratoria para estar en el país, muchas personas migrantes asumen no ser sujetos de derechos laborales o sociales, por lo que no creen tener posibilidades de acceder a los sistemas de justicia.”¹⁵

Por último, en relación a la baja cantidad de denuncias o reclamos de estas prácticas ante los Ministerios de Trabajo, citando al Instituto Interamericano de Derechos Humanos¹⁶, el Informe Regional¹⁷ expresa:

“El cumplimiento de los derechos laborales de trabajadoras y de personas migrantes, o sus posibilidades de acceso a justicia reparadora a las violaciones, no es un tema exclusivamente legal o jurídico. Es una expresión clara de las tremendas falencias de desarrollo que privan en los países bajo análisis. Igualmente, las soluciones no corresponden en forma única al ámbito jurídico. Importantes mejoras de acceso a la justicia laboral y disminución de la migración laboral pueden lograrse con esfuerzos integrales de desarrollo, si la región comienza a verse y reconocerse como tal, de modo que sus esfuerzos tengan efectos positivos en cada país (IIDH, 2010:77).”

B. Migración y Discriminación por Género.

En términos generales, el documento “Derechos Laborales en Centroamérica y Panamá del Informe”, preparado para el Informe del Estado de la Región, correspondiente al año 2008¹⁸, reveló cómo en dicha región, la participación laboral en edad activa por sexo presenta desigualdades muy claras entre hombres y mujeres, siendo la participación de las mujeres evidentemente menor que la de los hombres, ya que mientras tres de cada cuatro varones en edad activa participan (75%), en el caso de ellas solamente cerca de dos de cada cinco forman parte de la fuerza laboral (40%).

Igualmente, destacó el estudio en cuestión, que en las zonas rurales la participación de las mujeres en la fuerza laboral disminuye, ya que la media regional para los hombres se ubicó en 78.5%, mientras para las mujeres es un 35,9%.

El mismo documento reveló que en cuanto a la tasa de desempleo de trabajadores y trabajadoras en general, la media regional en hombres es de 6,2% versus una tasa del 11,1% para mujeres, subiendo estos porcentajes en la zona rural, con el desempleo de los hombres en un 3,7%, mientras que en la población femenina alcanza un 9,4%.¹⁹

Ahora bien, de acuerdo a la investigación de la población en general del Informe Estado de la Región²⁰, distintas variables influyen en la participación laboral, entre ellas:

15 *Ibidem*, página 61.

16 MORALES Gamboa Abelardo. “Dinámica actual y contexto de las migraciones en América Central”. En “Migraciones y Derechos Humanos”. Reunión de expertos. San José, Costa Rica: IIDH. 2004.

17 OIM et al... *Op. Cit.*, página 61.

18 FUNPADEM. “Derechos Laborales en Centroamérica y Panamá”. Ponencia preparada para el Informe Estado de la Región”. San José, Costa Rica, 2008. página 30.

19 *Ibidem*, página 30.

20 *Ibidem*, páginas 31 y 32.

- El sexo y la zona de residencia: Las tasas de participación por zona de residencia mostraron la dificultad de la participación femenina en el mercado laboral. Si bien este porcentaje fue mayor en el ámbito rural, el panorama no es muy diferente en el espacio urbano en relación con los hombres (a nivel regional, la tasa de participación de ellos fue 71,3% mientras para ellas fue 45,5%).
- Jefatura de hogar: Entre los hombres jefes de hogar, la participación regional fue de 89,2%, sin grandes diferencias entre los países, con la excepción de Guatemala y Honduras que se salieron de la media. Los no jefes muestran una menor participación (61,7% como media) esto es cerca de un 30% por debajo. Una mujer a cargo de un hogar tiene una tasa de participación del 54,9% como media regional, a diferencia de una mujer no jefa de hogar (37,8%). No obstante, las mujeres a cargo del hogar mostraron una inserción laboral que resulta inferior a la de los hombres con esa obligación.
- Edad: en el caso de los hombres a nivel regional, el intervalo de edad con mayor participación en el mercado de trabajo, fue desde los 25 a 49 años ya que aproximadamente el 95% de los varones entre esas edades son parte de la población económicamente activa, En el caso de las mujeres se encontró un patrón en “U” invertida, lo que significa una participación baja en edades bajas y altas y una incorporación alta en edades medias, pero con tasas inferiores a las de los hombres. Las edades de mayor actividad laboral para las mujeres se registraron entre los 25 a 49 años y corresponde a alrededor de 55% de la totalidad de las mujeres en edad activa. Se destacó que la mayor participación femenina se da en Panamá con un 59% aproximadamente, obteniendo Honduras los niveles más bajos con un 45%. Por otro lado, se encontró que la poca participación de las mujeres en edades plenamente activas puede estar asociada con salidas temporales o permanentes por razones de maternidad y crianza de los hijos.
- Nivel educativo: Se encontraron mayores tasas de participación de los varones en contraste con las de las mujeres, para todos los niveles de educación. Por otro lado, es claro el incremento del nivel de participación de las mujeres conforme aumenta su nivel educativo. En este sentido, se destacó que una mujer con educación superior tiene una participación de 69,9% regional, duplicando la participación de una mujer sin educación (29,6% a nivel regional). Panamá por su parte presentó la mayor incorporación laboral en un 72%.

La investigación desarrollada para el Informe Estado de la Región arrojó que:

“La participación de las mujeres en el mercado de trabajo depende del grado de desarrollo del país y ésta tiende a mostrar una forma de “U”. En otras palabras, la participación es mayor en las sociedades más pobres y agrarias, desciende conforme mejora el nivel de ingreso del país y el desarrollo de actividades no agrícolas, y luego empieza a crecer nuevamente con la expansión de las actividades terciarias y los mayores niveles educativos. Por ello no parece extraño que Costa Rica y Panamá tengan menores proporciones de mujeres ocupadas en el mercado laboral (35%) pues estarían en la parte baja de la “U”, mientras que Guatemala y Nicaragua, se ubicarían en una situación anterior (38%). La existencia de

*conflictos bélicos y la migración explica la mayor participación de las mujeres en el mercado de trabajo, lo cual parece ser el caso de El Salvador, donde las mujeres representan un 40% de la fuerza de trabajo total y en menor medida Nicaragua, Guatemala y República Dominicana (solo migración), en el caso de Honduras (35%), la limitada presencia de la mujer en el mercado de trabajo es difícil de explicar y sugiere mayores dificultades en la medición del trabajo femenino.”*²¹

También dejó claro el Informe preparado para el Estado de la Región²², que los hombres ganan más que las mujeres; una constante en la región que refleja la situación global de desventaja de las mujeres en el mercado laboral, siendo los países de la región con menores brechas entre los sexos con respecto a los ingresos, Panamá y Costa Rica, (16% y 24% respectivamente).

Para la investigación del Informe Regional²³, esta segmentación del mercado de trabajo, que coloca a las mujeres en los empleos más precarios, e incluso en aquellos donde se perpetúan los estereotipos de género, se traslada sin duda alguna a las dinámicas migratorias. Por este motivo, las mujeres trabajadoras migrantes siguen ubicándose en actividades asociadas históricamente a lo “femenino”. Así por ejemplo, encuentran en el servicio doméstico una forma rápida de incorporarse a los mercados de trabajo en las sociedades de destino, aún cuando no necesariamente eso represente un ascenso en la escala laboral y si bien ellas, de acuerdo al Informe Regional, muestran mejores niveles educativos que los hombres. Tal pareciera entonces que esto último, no les asegura la inserción en otras actividades laborales de mejor calificación, estabilidad y condiciones de trabajo.

Por otro lado, el Informe de Costa Rica²⁴ encontró que en “(...) el caso del sector construcción, todas las personas entrevistadas de este sector fueron varones. En contraste, en servicio doméstico, todas las personas entrevistadas fueron mujeres.”. Asimismo, el Informe Panameño, según datos de la Encuesta de Hogares, reveló que en el 2010 los hombres económicamente activos realizaron trabajos mayormente en los sectores de agricultura y la construcción; del mismo modo, otros sectores con casi ninguna participación de mujeres fueron la industria manufacturera, los transportes y comunicación, y el comercio. Al igual que sucede en Costa Rica, las mujeres trabajadoras migrantes registran mayores cifras en ocupaciones que tienen que ver con la educación, la hostelería, la limpieza y la administración de bienes.²⁵

En este sentido, citados por el Informe de Costa Rica, tanto el Instituto Nacional de la Mujeres en el 2006, como el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer en el 2010, refiriéndose a las mujeres trabajadoras en general, señalaron respectivamente que la “(...) incorporación de las mujeres al mercado laboral como “empleadas domésticas”, puede ser comprendida como una de las expresiones de la discriminación que éstas experimentan, fundamentalmente por falta de oportunidades”, aunque, si bien es cierto ellas realizan un trabajo remunerado, éste “(...) se diferencia de otros, porque no es completamente reconocido como tal, ya que se considera una extensión de tareas “naturalmente” femeninas, carentes de calificación, y por lo tanto, desvalorizadas”.

²⁶

21 Ibidem, página 32.

22 Ibidem, página 32.

24 OIM et al...Informe de Costa Rica. Op cit., página 47.

25 OIM et al...Informe de Panamá. Op. Cit. página 37.

26 OIM et al... Informe de Costa Rica. Op. Cit. página 47.

Asociado con el tema de la segmentación por género, se discute la diferencia que hay entre el número de hombres y el de mujeres en los procesos migratorios. Para el Informe Regional²⁷, aun cuando diversas investigaciones muestran que hay un proceso de feminización progresivo de las migraciones centroamericanas, la migración masculina sigue predominando. Sin embargo, el mismo Informe aclara que este resultado puede verse influido con las actividades económicas que fueron estudiadas en esta investigación, tales como la agricultura y la construcción, ya que tales sectores tienen una alta representación de migrantes masculinos, lo cual explica el sesgo en los datos obtenidos.

Finalmente, para el estudio del Informe Regional es relevante hacer especial énfasis en la inserción femenina en actividades de baja productividad y poca remuneración, así como la tendencia vigente a que ellas se inserten en las cadenas de cuidado de niños, ancianos y enfermos. De acuerdo al mismo, para las mujeres la migración representa un proceso de ingreso al mercado laboral, pero en la mayoría de los casos, éste se da en condiciones precarias que dificultan su acceso a otras actividades de mayor calificación y valoración social y económica.²⁸

C. Migración e Inspección de Trabajo.

Tal y como recuerdan Casale y Sivananthiran, la inspección del trabajo es un elemento fundamental del sistema de administración del trabajo y constituye un medio para lograr los objetivos de mayor envergadura, como lo son la buena gobernanza y el desarrollo social y económico del país. Es por medio de la misma que se puede contribuir al progreso nacional, previniendo la explotación laboral y los accidentes de trabajo, protegiendo a los trabajadores contra la discriminación, el trato injusto y el trabajo riesgoso e inseguro, y mejorando sus condiciones de trabajo y su entorno laboral. La inspección no sólo tiene que ver con el hecho de inspeccionar a los dueños de empresas, gerentes o trabajadores en forma individual. También concierne a la inspección de las empresas asegurarse de que éstas funcionan de manera justa, productiva y en cumplimiento con las leyes y reglamentos del país. Los sistemas de inspección del trabajo efectivos tienen el potencial de mejorar la productividad del trabajo garantizando un ambiente de trabajo decente.²⁹

En este mismo sentido, se han reconocido diversas razones por las cuales resultaba necesaria una institución y procedimientos específicos para aplicar el ordenamiento laboral y que, de alguna forma, coinciden con el propio nacimiento del derecho del trabajo, a saber³⁰:

- La vinculación del derecho laboral con el interés público y más aún, con el orden público, ya que la normativa laboral trasciende, así, a la empresa o a la industria, y es del interés de toda la sociedad, requiriendo, por tanto, mecanismos de control expeditos y adaptados.
- El interés de la Administración Pública en el seguimiento directo de los temas laborales.

27 OIM et al. ... Informe regional. Óp. Cit. página 35.

28 *Ibidem*, página 35.

29 CASALE Giuseppe. y SIVANANTHIRAN Alagandram. "Los Fundamentos De La Administración Del Trabajo". Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo 2011. página 51.

30 VEGA Ruíz María. "Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el mundo. Tendencias y retos" Un enfoque comparado. San José: OIT, 2013. P- 15-16.

- La rapidez y el menor costo total del proceso administrativo en relación con el judicial, e incluso la vinculación más inmediata en la denuncia por parte de los representantes sindicales.
- La capacidad de la inspección de prevenir, informar, educar y actuar, sin usar siempre la represión o la sanción, evitando conflictos en su origen y solucionando problemas laborales de facto, sin esperar la existencia de una sentencia judicial.
- Por último, la importancia de evitar competencia desleal y dumping social entre empresarios, para lo cual el cumplimiento de la ley es fundamental.

En el Informe del Director General de la O.I.T. durante la XVI Reunión Regional Americana, celebrada en Brasilia, en mayo de 2006, denominado “Trabajo Decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015”, se dejó claramente establecido que *“una de las instituciones importantes de la administración de trabajo es la autoridad del trabajo que permite y materializa la aplicación efectiva de los derechos y leyes y demás normas pertinentes. Lamentablemente, en muchos países de América Latina ésta no ha sido una prioridad para los gobiernos. De hecho una estadística preocupante es que solo hay un inspector por cada 200.000 trabajadores en la región”*.³¹

Diversas investigaciones han puesto al descubierto la importancia de los retos de la inspección del trabajo, en relación con el fenómeno del trabajo migrante. En este sentido, se han expresado preocupaciones tales como la vulnerabilidad y la falta de familiaridad percibidas por el migrante, principalmente de aquellos trabajadores y trabajadoras en situación *irregular*, que frecuentemente se asocia con su empleo en condiciones por debajo del estándar y en actividades donde las normas y/o su cumplimiento son escasos o no existentes; el poco o nulo conocimiento que los migrantes suelen tener de las normas legales (o la falta de comprensión adecuada del idioma o idiomas) del país receptor; y el estar mal o en lo absoluto no organizados sindicalmente. A todo lo anterior se le suma la existencia de “arreglos” de trabajo informales, irregulares y/o indocumentados, que dejan a muchos trabajadores migrantes con poca o ninguna base para sostener una reclamación por el pago salarial.³²

En este contexto, los inspectores necesitan tener pautas claras para evaluar hasta qué grado existe abuso dentro de la relación de trabajo, con miras a iniciar la acción. De acuerdo a lo anterior, se debe recordar como:

“(...) se requiere que el servicio de inspección del trabajo brinde su apoyo en el manejo de los trabajadores extranjeros. El hecho de que los inspectores del trabajo tengan poder para ingresar a las empresas, sin previa autorización, permite que tengan un mayor campo de acción, en comparación con otras instituciones, para terminar con las condiciones de trabajo abusivas, de las cuales siempre son víctimas los trabajadores extranjeros que están en situación irregular. Los inspectores del trabajo deben garantizar que el derecho a tener un ambiente de trabajo saludable y seguro, así como otros derechos laborales y humanos, se apliquen a los trabajadores migrantes sin distinción ni discriminación. La inspección de los lugares de trabajo donde se encuentran o predominan los migrantes puede promover la igualdad de trato,

31 OIT. “Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015”. Informe del Director General a la XVI Reunión Regional Americana, mayo de 2006, Publicado por la Oficina Internacional del Trabajo, primera edición, 2006, página 84.

32 VEGA Ruiz María. Op. Cit., página 159.

frenar la explotación de trabajadores extranjeros y desalentar la contratación de trabajadores irregulares, que aceptan condiciones por debajo del nivel normal debido a su situación vulnerable.”³³

Ciertamente, la relación entre la obligación principal de los inspectores de hacer cumplir la legislación laboral en todo el país y los esfuerzos de los servicios de inmigración del gobierno, está en debate en muchos países. Para Vega Ruiz, las medidas que obligan a los inspectores a llevar a cabo actividades de fiscalización de la inmigración no propiamente laborales, como parte de sus deberes rutinarios, es un reto creciente de la inspección del trabajo y erosiona las diferencias necesarias entre el acatamiento universal de las normas de trabajo y las funciones especiales de vigilancia en temas estrictamente migratorios o policiales. Para la autora, esta sería una ocupación “excesiva” no consistente con los principios generales del Convenio número 81 de la OIT sobre la inspección del trabajo y que además empuja a una gran parte de los trabajadores inmigrantes más hacia situaciones de trabajo no regulado y clandestino.³⁴

Particularmente, consideramos que si bien las inspecciones de trabajo tienen en nuestros países la obligación de colaborar con las autoridades migratorias, esa colaboración no puede hacerse convirtiendo a los inspectores de trabajo en policías de migración ni asignándoles a los inspectores las mismas competencias de las autoridades migratorias. Todo lo contrario, las funciones deben estar claramente diferenciadas, de acuerdo con las competencias legales de cada autoridad, para lo cual es fundamental tomar en cuenta que la principal función de la inspección de trabajo es de protección sobre la población de trabajadores migrantes, regulares o irregulares, a fin de que se cumpla con ellos la legislación laboral del país.

Conforme con la doctrina aquí mencionada, los convenios internacionales de la O.I.T., al referirse a las funciones de las autoridades inspectivas de trabajo, y la legislación laboral interna que pasaremos a examinar en el próximo capítulo, son diáfanos al señalar las funciones de las autoridades de los Ministerios de Trabajo, incluyendo a la Inspección de Trabajo, sin que allí se mencionen ni asignen funciones de autoridad migratoria. Siguiendo esta tesitura, bien puede afirmarse que las tareas propias de la Autoridad de Trabajo tienen su propia especificidad cuando se trata de trabajadores migrantes. A ello se refiere por ejemplo la directriz No. 9.5 de los principios y directrices no vinculantes que contiene el “Marco Multilateral de la O.I.T. para las migraciones laborales”, cuando recomienda *“adoptar medidas para garantizar que todos los trabajadores migrantes, que dejan el país de empleo, tengan el derecho a percibir cualquier remuneración o prestación pendientes que se les pudiera deber en relación con el empleo y, según proceda, que se le conceda un plazo razonable de permanencia en el país para reclamar los salarios impagos...”*³⁵

Dada la evidente transversalidad de los temas de migración, derechos laborales y discriminación por género en relación con el papel de la inspección del trabajo, es clara la necesidad de formulación de pautas a seguir, que orienten o iluminen el camino del inspector o inspectora en estos temas. Muchas

33 Casale, G. y Sivananthiran A. Op. Cit.

34 Vega Ruiz, M. Op. Cit. P. 160

35 OIT. “Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos”. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, página 20.

de esas pautas ya se encuentran en la legislación interna de cada país, según lo veremos acá. Otras habrá que desentrañarlas a partir de la normativa internacional y de los ordenamientos jurídicos de cada Estado, incluyendo el valioso aporte de la jurisprudencia de los Tribunales, tanto nacionales como internacionales.

En la Agenda Estratégica Regional para Asuntos Laborales y de Trabajo del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), la cual se comprometieron a impulsar los Ministros de Trabajo de Centroamérica y República Dominicana, reunidos en San José, Costa Rica, el 5 de abril de 2013, se menciona precisamente el resultado esperado según el cual *“Los Estados fortalecen la capacidad de las instituciones responsables de la gestión migratoria de los flujos laborales y del cumplimiento de los derechos humanos de los trabajadores migrantes”*³⁶ A ello se agrega el resultado esperado conforme con el cual, *“Los Estados modernizan y fortalecen los sistemas de administración e inspección del trabajo, así como los sistemas de relaciones laborales”*.³⁷ Llegado este punto, no podemos dejar de mencionar aquí las recomendaciones concretas que hizo el Director General de la O.I.T. en su Informe a la XVI Reunión Regional Americana, cuando propuso tres tipos de medidas para fortalecer las inspecciones de trabajo del continente: realizar acciones orientadas a consolidar los distintos sistemas de inspección del Estado en un solo sistema de inspección única; articular los sistemas de inspección con los esfuerzos de los propios actores sociales; y mejorar los procedimientos de inspección (*“bases de datos, definiciones muy claras, etc.”*).³⁸

II. MARCO JURÍDICO PARA LA INSPECCION LABORAL Y LOS TRABAJADORES

De acuerdo con la doctrina jurídica de mayor aceptación en el mundo, el llamado bloque de constitucionalidad está constituido por las Constituciones Políticas, los instrumentos internacionales de valor igual o inferior a los textos constitucionales, que se aplican e interpretan armoniosamente con dichas Constituciones, así como por los principios del derecho internacional y nacional que se desprenden de toda la normativa anterior. En el caso del trabajo migrante, el bloque es muy amplio, a partir de un conjunto muy importante de convenios y convenciones internacionales, todos sustentados a su vez en el Tratado de Viena sobre los Convenios Internacionales, los cuales hacen parte de un conjunto de normas que como regla general se refieren al principio de no discriminación, con respecto a la población migrante en general y a los trabajadores migrantes en particular.

A. Marco de Derecho Internacional

Aún cuando Costa Rica, Panamá y República Dominicana no han aprobado la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, de la ONU, ni los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio Relativo a los Trabajadores Migrantes, 1949 (núm. 97), ni el Convenio sobre trabajadores migrantes (Disposiciones

36 Resultado esperado número 2.3 de la Agenda Estratégica Regional. Declaración del Consejo de Ministros de Trabajo de Centroamérica y República Dominicana, San José, Costa Rica, 5 de abril de 2013.

37 *Ibidem*, resultado esperado número 3.2.

38 OIT, Op. Cit., páginas 84 y 85.

Complementarias), 1975 (núm. 143) es lo cierto que los tres países han aprobado otra serie de Tratados y Convenios de los cuales dimanaban una serie de obligaciones de carácter internacional, en protección de los trabajadores migrantes. No solo eso, sino que además, los tres países son Estados parte de la Organización Internacional del Trabajo, y signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, vinculados por tanto por los instrumentos de declaración de principios fundamentales de la O.I.T. y por los criterios que en la materia ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De seguido hacemos un resumen de las normas y jurisprudencia más importantes, que se refieren a la materia y que vinculan a nuestros países.

1. Derecho de ingreso y salida de un país.

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.³⁹

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”*.⁴⁰

2. La ley como única fuente normativa de restricciones a los principios universales sobre derechos fundamentales.

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

39 Según Jagerskiold, citado por Quesnel Meléndez, fue hacia mitad del siglo XIX en que el derecho de salir del propio país y el derecho de regresar empezó a ser crecientemente reconocido. Ver QUESNEL Meléndez Carlos, “The right to return and repatriation in International Law, with special reference to refugees and displaced persons in México and Central America”. Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Ginebra, 1990, página 5.

40 Los derechos contenidos en los artículos 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, guardan perfecta armonía con lo dispuesto por el artículo 5 inciso d) (ii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.

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 del Tratado.⁴¹

Ha interpretado también la Comisión, en lo que aquí interesa, que las restricciones a que se refiere el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 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”*.⁴²

3. La importancia del concepto de jurisdicción sobre los extranjeros en la responsabilidad de cada Estado frente al Derecho Internacional.

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 la Sala Constitucional de Costa Rica ya ha incorporado en algunos de sus votos.⁴³ 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 lo que se refiere 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”.

41 Citado por BOLAÑOS Céspedes Fernando. “Apuntes sobre el régimen de los trabajadores migrantes en Costa Rica”, Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, No. 1, diciembre 2005, página 35.

42 Idem.

43 Ver por ejemplo Voto No. 8857-98 de la Sala Constitucional de Costa Rica, de las 16:30 del 15 de noviembre de 1998, en que se hace mención, para efectos de aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño, de todos los niños que se hallan bajo la jurisdicción del Estado.

4. El principio de igualdad y no discriminación y su aplicación a los trabajadores migrantes.

Proyecta el 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, 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”*.⁴⁴

4.1. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre igualdad y no discriminación.

Precisamente, en punto al principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores y las trabajadoras migrantes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido haciendo una trascendental interpretación sobre la aplicación de las normas de derecho internacional antes mencionadas, y de manera especial, tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, instrumentos de los cuales son signatarios Costa Rica, Panamá y República Dominicana.

En el caso de las Niñas Yean y Cosico contra República Dominicana, cuya sentencia se dictó el 8 de setiembre de 2005, indicó la Corte:

“155. La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

156. De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho de la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

⁴⁴ Esta norma, se complementa necesariamente con el artículo 3 del Protocolo de San Salvador a la misma Convención Americana, el cual contempla la “obligación de no discriminación”, obligando a los Estados Parte a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce ni ejercicio de sus derechos;

b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y

c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrán derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado donde nacieron”.

Es muy clara entonces la separación que hace la Corte Interamericana entre el derecho a ser tratado como igual ante la ley, lo mismo a que a recibir igual protección de la ley, según el artículo 24 de la Convención Interamericana, y la condición migratoria de la persona, lo cual implica a su vez, que la condición de migrante regular o irregular en un país ajeno al de la nacionalidad del trabajador o la trabajadora migrante, en nada se opone al goce de los citados derechos. Si bien es cierto, la aplicación de esta doctrina puede tener una interpretación distinta cuando se trata de derechos políticos como el acceso mismo a la ciudadanía, tal como lo ha puesto de manifiesto una reciente sentencia de la Corte Constitucional de República Dominicana, ello no resta aplicabilidad al fallo de las “Niñas Yean y Cosico”, no solo porque forma parte de una sentencia de un Tribunal Internacional, sino también porque en materia de derechos laborales, dicho fallo no ha tenido una valoración diferente por parte de tribunales nacionales.

De mayor relevancia para los efectos de este trabajo, fueron los criterios vertidos por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, rendida a solicitud de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, donde nuevamente se aplica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos de carácter internacional.

Para aquilatar la opinión jurídica de la Corte Interamericana, que si bien no refiere a un caso ni país particular, sí establece doctrina obligatoria para la interpretación de los instrumentos internacionales que ella contempla, recordemos que una de las preguntas concretas que se sometió a criterio de la Corte fue la siguiente: “¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide por se el goce de tales derechos?”.

La decisión de la Corte Interamericana, en cuanto a las preguntas que se le formulan, arranca con una declaración general de suyo importante, al manifestar que la opinión que rendirá se aplica a todos

los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) que han firmado la Carta de dicha Organización, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos, hayan o no ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos o sus Protocolos facultativos, como sería en este último caso el llamado Protocolo de San Salvador.⁴⁵

Dicho lo anterior declara la Corte que: *“Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional”*.⁴⁶

Al analizar si el principio de igualdad y el principio de no discriminación forman parte del denominado “jus cogens”, entendido como norma imperativa de derecho internacional general, aplicable a todo Estado, independientemente de que haya suscrito o no un determinado tratado internacional, arriba la Corte a la siguiente conclusión trascendental: ***“...este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico de orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, 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. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad ha ingresado en el dominio del jus cogens”***.⁴⁷

Como consecuencia de lo dicho, indica la sentencia que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Lo anterior implica, en palabras de la misma Corte, un deber y una responsabilidad, con respecto a actuaciones prácticas de terceros, esto es de personas que no son agentes públicos, quienes bajo su tolerancia o visto bueno, creen, mantengan o favorezcan medidas discriminatorias. En tal sentido, cada Estado nacional responde no solo por sus actos propios, sino también por los de los empleadores que se encuentran bajo su jurisdicción.⁴⁸

Entrando ahora en el tema específico de los migrantes, señala el fallo aquí analizado que como regla de principio, los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes, aunque *“sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando ese trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo,*

45 Ver párrafo 60 de la Opinión Consultiva de 17 de setiembre de 2003.

46 *Ibidem*, ver párrafo 85.

47 *Ibidem*, ver párrafo 101.

48 *Ibidem*, ver párrafos 104 y 105.

*pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y el respeto de la dignidad humana”.*⁴⁹

Particular relevancia otorga la Corte, en el caso de los migrantes al cumplimiento de las reglas del debido proceso, indicando que se trata de un derecho el cual debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio.⁵⁰ Muy importante para el caso de los trabajadores migrantes es el recordatorio que sobre este tema hace la Corte Interamericana al indicar que se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial, por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de un trabajador, señalando de manera clara y contundente, que los derechos derivados de la relación laboral subsistente, pese a las medidas que se adopten.⁵¹

4.2. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados.

En punto a los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, que seguramente es el tema más sensible de la opinión jurídica solicitada a la Corte Interamericana, encontramos en la sentencia que se examina criterios claros y muy precisos. Así cuando se indica lo siguiente:

“Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna (...) El migrante al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Esos derechos son consecuencia de la relación laboral”.⁵²

Conforme con lo anterior, si en la sentencia de 8 de setiembre de 2005, la Corte Interamericana ratificó que la condición migratoria no hace mella en la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación, en la Opinión Consultiva a que ahora hacemos referencia de 17 de setiembre de 2003, ya había indicado que la condición migratoria de un trabajador no le separa de la protección que le brinda el ordenamiento laboral internacional y nacional.

Ahora bien, hace la sentencia una aclaración importante en el caso del acceso al empleo, sin que la

49 *Ibidem*, Ver párrafo 119.

50 *Ibidem*, párrafo 121.

51 *Ibidem*, ver párrafo 127.

52 *Ibidem*, ver párrafos 133 y 134.

política de los Estados sobre este punto deba afectar a los indocumentados que ya han obtenido un empleo. Sobre este importante tema, indica el fallo lo siguiente: *“Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores”*.⁵³

Muy importante es la mención que hace la Corte Interamericana, de los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes que considera más frecuentemente violados. Al respecto encontramos la siguiente declaración: *“En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presente el principio de inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la Declaración Universal, según el cual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.⁵⁴

En punto a una eventual oposición entre el derecho interno o las políticas migratorias de cada Estado y los compromisos internacionales, la Corte Interamericana fija una posición clara, al recordar que de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una parte, es decir un Estado, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.⁵⁵

5. Normas y principios de la Organización Internacional del Trabajo.

Es bueno empezar esta sección señalando, que en el documento titulado “Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, en el cual se contienen una serie de principios y directrices de esta organización en materia de migraciones laborales, encontramos un enfoque prácticamente coincidente con el marco jurídico que nos dan los fallos reseñados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en la Directriz número 9ª) podemos leer lo siguiente: *“Todas las normas internacionales del trabajo son aplicables*

53 *Ibíd.*, ver párrafos 135 y 136.

54 *Ibíd.*, Ver párrafo 157.

55 *Ibíd.*, párrafo 165.

a los trabajadores migrantes, salvo indicación en contrario. La legislación nacional sobre migraciones laborales y protección de los trabajadores migrantes debería guiarse por las normas internacionales del trabajo que corresponda y otros instrumentos internacionales y regionales pertinentes”. De manera más concreta en cuanto a la aplicación de la legislación internacional proteccionista para los trabajadores y las trabajadoras migrantes, la directriz No. 9b) contiene la siguiente dicción: “La protección de los trabajadores migrantes exige una base jurídica sólida asentada en el derecho internacional. Al elaborar la legislación y las políticas nacionales sobre protección de los trabajadores migrantes, los gobiernos deberían guiarse por los principios básicos del Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y sus respectivas Recomendaciones, núms. 86 y 151, en especial los relacionados con la igualdad de trato entre las nacionales y los trabajadores migrantes en situación regular y las normas mínimas de protección para todos los trabajadores migrantes. También deberían tenerse en cuenta los principios enunciados en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990. Si esos Convenios han sido ratificados, deberán aplicarse plenamente”.⁵⁶

Conforme ya lo refieren las directrices antes citadas, a nivel de convenios y convenciones internacionales específicas sobre trabajo migrante, se nos ofrecen tres grandes instrumentos, ninguno de los cuales ha sido ratificado por Costa Rica, Panamá ni República Dominicana, siendo el último de ellos, la Convención de la ONU del año 90 (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares). Los Convenios núm. 97 y núm. 143 de la Organización Internacional del Trabajo, junto con las Recomendaciones núm. 86 y núm. 151, trataron en solitario y durante mucho tiempo, de atender un problema evidente de desprotección potencial y actual de derechos laborales.

5.1. Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97)

El Convenio relativo a los trabajadores migrantes, revisado en 1949 (núm 97), contiene la obligación de todo miembro para el cual se halle en vigor dicho convenio, de mantener un servicio gratuito, apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, de proporcionarles información exacta, o a cerciorarse de que funciona un servicio de esa índole (artículo 2). También señala el Convenio la obligación de los Estados de tomar las medidas pertinentes contra la propaganda en materia de emigración y inmigración que pueda conducir a error (artículo 3). Dado que la finalidad de este Convenio es evidentemente facilitar los movimientos migratorios entre Estados, se contempla la necesidad de que todo Miembro, cuando ello resulte oportuno, dicte disposiciones con el objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes (artículo 4).

En materia de igualdad de trato, el Convenio núm. 97, introduce desde temprana época, el principio de igualdad y no discriminación respecto de los trabajadores migrantes, al establecer la obligación de un trato no menos favorable, para los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin

56 OIT. Op. cit., páginas 18 y 19.

discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, en materias tales como: remuneración en general, afiliación a organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos, vivienda, seguridad social (disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como cualquier otro riesgo que de acuerdo con la legislación nacional esté comprendido en un régimen de seguridad social), impuestos, derechos y contribuciones del trabajo, y acciones judiciales (artículo 6).

Muy importante finalmente, es la definición misma de trabajador migrante que establece el artículo 11 del Convenio, en cuanto se trata de una definición conceptual absolutamente vigente y de carácter universal. Señala al respecto el numeral II que la expresión “trabajador migrante”, *“significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”*. Conforme la parte segunda de este artículo, el Convenio no resulta aplicable a: a) los trabajadores fronterizos; b) a la entrada de un corto período, de artistas, y de personas que ejerzan una profesión liberal; c) la gente de mar.

5.2. Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1949 (núm. 143)

En relación con el Convenio sobre trabajadores migrantes (Disposiciones Complementarias), 1975 (núm. 143), éste resulta ser 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. Sobre el particular, establece la obligación para todos los Miembros firmantes de tomar las medidas pertinentes, en el ámbito de su propia jurisdicción, como en colaboración con otros Miembros, para: suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo ilegal de migrantes; contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo; y contra los que empleen a trabajadores que hayan emigrado en condiciones ilegales (ver artículo 3).

En cuanto a los trabajadores en condición irregular, establece el Convenio núm. 143 que en tales casos y cuando la situación no pueda regularizarse, éstos tendrán derecho a disfrutar – tanto ellos como su familia-, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores, en materia de remuneración, seguridad en el empleo y otros beneficios.

La parte segunda del Convenio núm. 143, 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, en condiciones regulares. Así, de acuerdo con el artículo 10, todo Miembro para quien se halle en vigor el Convenio, se compromete a

formular y a aplicar una política, de acuerdo a las circunstancias y usos nacionales, para la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas a favor de las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de sus familias, se encuentren en su territorio. Según el artículo 11, la Convención no resulta aplicable a: a) los trabajadores fronterizos; b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; c) la gente de mar; d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; y e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que estén obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.

Pese a la relativa antigüedad de ambos convenios citados de la OIT, ambos mantienen importancia como marco conceptual de la protección de los trabajadores migrantes, especialmente tratándose del tema de las migraciones clandestinas y abusivas. En este sentido, resulta 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, forma parte el “jus cogens” a que se refería la Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, antes reseñada, por lo que resulta de acatamiento obligatorio para todos los Estados que forman parte de la O.I.T, aún cuando no hubiesen aprobado el Convenio. La norma 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. 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.

Aunque las normas contenidas en los Convenios 97 y 143, no podrían ser invocados como legislación interna de cada país a que se refiere esta investigación, al no haber sido ratificados aún por los Estados, ello no obsta para que no puedan ser incorporados a los pronunciamientos de las autoridades administrativas y judiciales, no solo por vía de la aplicación de los principios generales del derecho internacional, sino también por vía de las interpretaciones que han hecho los órganos de control de la propia O.I.T. Pero además, como respaldo de varias de las normas y principios que conforman los Convenios 97 y 143, debemos recordar que ya la Corte Internacional de Justicia de la Haya, se ha pronunciado en varios fallos sobre la prohibición de la esclavitud así como de la prohibición de no discriminación racial, así como que

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha vertido criterio sobre los derechos de los trabajadores migrantes, lo cual, en conjunto con los Convenios de la OIT sobre la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio (núms. 29 y 105), permiten contar con un instrumental completo de derecho internacional, para incorporar, parcialmente al menos, los mandatos de los convenios núm. 97 y núm. 143 a nuestros sistemas de derecho.

5.3. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958, (núm. 111).

Mención aparte debe hacerse del Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 (núm. 111), de la O.I.T, que sí ha sido aprobado por Costa Rica, Panamá y República Dominicana, del cual se derivan importantes repercusiones en materia de tratamiento igualitario para todo tipo de trabajadores, nacionales o extranjeros.

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 111 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”.*⁵⁷

También ha señalado la misma Comisión que aún cuando el Convenio No. 111 no se refiere de manera expresa a la discriminación por razón de la nacionalidad, *“sí extienden 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”.*⁵⁸

No podemos olvidar, por demás, que si bien el artículo 1 del Convenio 111 no incluye expresamente la nacionalidad como uno de los motivos de discriminación a que se refiere dicho numeral, la parte b) de este mismo artículo hace referencia a *“cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de trato en el empleo u ocupación”*, lo cual permite a las autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales, incorporar este otro criterio a sus resoluciones y reglamentaciones.

Cabe recordar, en complemento con lo anterior, que tanto Costa Rica, como Panamá y República Dominicana, aprobaron también el Convenio 100 de la OIT sobre Igualdad de Remuneración, por su importancia en el tema de igualdad de género y en el fenómeno de la feminización del empleo migrante.

⁵⁷ Ver “Igualdad en el Empleo y la Ocupación”. Informe III (Parte 4 B) 83ª Reunión, 1996 Conferencia Internacional del Trabajo. Publicado por Oficina de la O.I.T., Ginebra, Primera Edición 1996, página 12.

⁵⁸ Ver documento titulado “Trabajadores Migrantes”, que corresponde al Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT a la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional de la OIT del año 1999. Publicación de la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, página 177.

6. Convenios Relativos a la Inspección de Trabajo.

6.1. Convenio relativo a la inspección de trabajo en la industria y el comercio, 1947 (número 81)

Este Convenio se encuentra ratificado por Costa Rica, Panamá y República Dominicana. De seguido nos referimos a las normas de mayor interés de este Convenio en relación con el presente trabajo.

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor el convenio deberá mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales (artículo 1)

El sistema de inspección estará encargado de:

- a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;
- b) Facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
- c) Poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes (Apartado primero, del artículo 3)

La autoridad competente deberá adoptar las medidas pertinentes para fomentar:

- a) La cooperación efectiva de los servicios de inspección con otros servicios gubernamentales y con instituciones, públicas o privadas, que ejerzan actividades similares;
- b) La colaboración de los funcionarios de la inspección con los empleadores y trabajadores o sus organizaciones. (artículo 5).

A reserva de las excepciones que establezca la legislación nacional:

- c) Los inspectores de trabajo deberán considerar absolutamente confidencial el origen de cualquier queja que les dé a conocer un defecto o una infracción de las disposiciones legales, y no manifestarán al empleador o a su representante que la visita de inspección se ha efectuado por haber recibido dicha queja (artículo 15 apartado c).

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor este Convenio deberá mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos comerciales. (Artículo 22)

El sistema de inspección del trabajo en los establecimientos comerciales se aplicará a todos los establecimientos a cuyo respecto los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión (artículo 23).

En el Convenio la expresión “disposiciones legales” incluye, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley y por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo. (artículo 27).

Del Convenio que se reseña, resaltan las tres grandes funciones que se le confieren a las inspecciones de trabajo: la vigilancia en el cumplimiento del ordenamiento jurídico, incluyendo las disposiciones contenidas en laudos arbitrales y convenios colectivos; la prevención del incumplimiento, mediante la asesoría a empleadores y trabajadores; y la función coercitiva, como detonadores de los mecanismos que contenga la legislación de cada país para sancionar las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Como se puede ver de la legislación interna de cada país y de los reglamentos sobre inspección de trabajo, citados más adelante en este trabajo, el bloque de legalidad que deben aplicar las inspecciones de trabajo incluye naturalmente también, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aprobados por el país.

Recomendación núm. 81

Las funciones de los inspectores del trabajo no deberían incluir las de conciliador o árbitro en conflictos de trabajo (Capítulo III, artículo 8).

6.2. Convenio relativo a la inspección de trabajo en la agricultura, 1969 (núm. 129)

Este Convenio fue ratificado por Costa Rica, solamente. En lo que aquí interesa, señala este Convenio, lo siguiente:

En el presente Convenio, la expresión “disposiciones legales” comprende, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de ley y de cuyo cumplimiento se encargan los inspectores de trabajo. (artículo 2)

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que esté en vigor este Convenio deberá mantener un sistema de inspección del trabajo en la agricultura (artículo 3).

El sistema de inspección del trabajo en la agricultura se aplicará a las empresas agrícolas que ocupen trabajadores asalariados y aprendices, cualesquiera que sean la forma de su remuneración y la índole, forma y duración de su contrato de trabajo (artículo 4).

El sistema de inspección de trabajo en la agricultura estará encargado de:

- a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, descanso semanal y vacaciones; seguridad, higiene y bienestar; empleo de mujeres y menores, y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores de trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;
- b) Proporcionar información técnica y asesorar a los empleados y a los trabajadores sobre la forma más efectiva de cumplir las disposiciones legales;
- c) Poner en conocimiento de la autoridad competente los defectos o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes, y someter a ella proposiciones para mejorar la legislación.

La legislación nacional puede confiar a los inspectores de trabajo en la agricultura funciones de asesoramiento o de control del cumplimiento de las disposiciones legales sobre condiciones de vida de los trabajadores y de sus familias. (artículo 6)

La autoridad competente deberá adoptar las medidas apropiadas para promover la colaboración entre los funcionarios de la inspección del trabajo en la agricultura y los empleados y trabajadores o sus organizaciones, cuando existan (artículo 13).

Los servicios de inspección de trabajo en la agricultura deberán participar, en los casos y en la forma que la autoridad competente determine, en el control preventivo de nuevas instalaciones, materias o substancias y de nuevos procedimientos de manipulación o transformación de productos que puedan constituir un peligro para la salud o la seguridad (artículo 17)

Los inspectores del trabajo en la agricultura estarán facultados para tomar medidas a fin de que se eliminen los efectos observados en la instalación, montaje o métodos de trabajo en las empresas agrícolas, incluido el uso de materias o substancias peligrosas, cuando tengan motivo razonable para creer que constituyen un peligro para la salud o la seguridad. (artículo 18)

Tal como se desprende de la lectura de este Convenio, su finalidad principal es universalizar las funciones de las Inspecciones de Trabajo a todas las actividades económicas de los Estados, aún cuando esto se ha logrado, en la práctica, en los países de América Latina, mediante leyes laborales.

Recomendación No. 133

Normalmente las funciones de los inspectores de trabajo en la agricultura no deberían comprender la de actuar como conciliadores o árbitros en los conflictos de trabajo (artículo 3.1).

B. Marco de Derecho Nacional.

Nos referimos a continuación a los datos normativos más importantes que constituyen el marco jurídico interno de las inspecciones de trabajo de los tres países a que se refiere este estudio.

1. Inspección del trabajo en Costa Rica

Constitución Política:

“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”.

La Constitución de Costa Rica no establece, 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 costarricense 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”*.⁵⁹

La misma sentencia del mencionado 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*

59 Voto de la Sala Constitucional No. 1059-95 de las 17:15 horas del 22 de febrero de 1995. Puede consultarse la misma doctrina sobre diferencias entre excepciones y limitaciones, de manera especial, en los votos posteriores No. 2570-97 y 0616-99.

*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).*⁶⁰

En otras sentencias donde se ha discutido el tema del acceso a determinados cargos, ha aclarado la Sala Constitucional de Costa Rica 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 distingo 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”.*⁶¹

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.

Aunado a lo señalado en la Carta Magna, la legislación costarricense tiene otra serie de normas, infraconstitucionales que refieren al tema. Entre ellas podemos encontrar la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Ley No. 1860 de 20 de abril de 1955), el Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo (Decreto Ejecutivo No. 28578, del año 2008) y el Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo (Año 2008).

La Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social dedica varios artículos a la Dirección Nacional de la Inspección de Trabajo y a su cuerpo de Inspectores, señalando sus competencias y obligaciones.

⁶⁰ Voto No. 1059-95. En la sentencia 5965-94 se pone también el ejemplo del artículo 32 de la Constitución, interpretado a contrario sensu, cuando señala que ningún costarricense puede ser exigido a abandonar el territorio nacional.

⁶¹ Voto No. 2570-97 de las quince horas treinta y nueve minutos del 13 de mayo de 1997.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

(Ley No. 1860 de 20 de abril de 1955).

Artículo 88.-

La Inspección General de Trabajo, por medio de su cuerpo de Inspectores, velará porque se cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos concernientes a las condiciones de trabajo y a previsión social.

Actuará en coordinación con las demás dependencias del Ministerio, y deberá efectuar los estudios, rendir los informes, hacer ejecutar las disposiciones y las demás actividades relacionadas con su función, que le soliciten aquéllas.

En lo referente a la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social y a sus Reglamentos, prestará la colaboración y el auxilio que le soliciten los Inspectores de la Caja. De igual manera procederá tratándose de otras instituciones del Estado, dentro del ejercicio de sus funciones.

Artículo 91.-

Además de lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 88, la Inspección actuará por acción propia o por denuncia de los trabajadores o de cualquiera otra persona, debiendo prestar también su colaboración a las autoridades judiciales de trabajo.

Artículo 93.-

Realizará también la Inspección, una labor preventiva, instruyendo a patronos y trabajadores en cuanto a sus derechos y obligaciones e interviniendo en las dificultades y conflictos de trabajo que se susciten entre aquellos o interiormente entre los mismos grupos, siempre que el caso no sea de conocimiento de la Oficina de Asuntos Gremiales.

De interés para esta investigación, el Código de Trabajo de Costa Rica contempla en su artículo 14 el principio de territorialidad en materia laboral, estableciendo la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Aparte de lo anterior, contempla varios artículos sobre no discriminación en el empleo, las cuales resultan igualmente aplicables a trabajadores nacionales y extranjeros.

Código de Trabajo

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, sin distinción de sexos ni nacionalidades.

Artículo 167.

Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo se tendrán en cuenta la cantidad y calidad del mismo. A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, corresponde salario igual, comprendiendo en este tanto los pagos por cuota diaria, cuando las percepciones, servicios como el de habitación y cualquier otro bien que se diere a un trabajador a cambio de su jornada ordinaria.

No podrán establecerse diferencias por consideración a edad, sexo o nacionalidad.

Artículo 564.

Se confiere acción para hacer efectivas las responsabilidades que correspondan por la comisión de faltas contra las leyes de trabajo o de previsión social, a las personas perjudicadas o a sus representantes legales, o apoderados, a las autoridades administrativas de trabajo, a las entidades de protección a los trabajadores, y, cuando se trate de infracciones a disposiciones prohibitivas de este Código, también a los particulares.

Artículo 608.

Constituyen faltas punibles, las acciones u omisiones en que incurran los empleadores, los trabajadores, o sus respectivas organizaciones, que transgredan las normas previstas en los convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por la Asamblea Legislativa y las normas previstas en este Código y en las leyes de seguridad social.

Artículo 618.

Prohíbese toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión.

Artículo 619.

Todos los trabajadores que desempeñen un trabajo igual gozarán de los mismos derechos, igual jornada laboral y remuneración igual, sin discriminación alguna por edad, etnia, género o religión.

Artículo 620.

Prohíbese el despido de los trabajadores por razones de edad, etnia, género o religión.

Artículo 622.

Todas las personas, sin discriminación alguna, gozarán de las mismas oportunidades para obtener empleo y deberán ser considerados elegibles en el ramo de su especialidad. Siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por el patrono o la parte contratante.

Artículo 623.

Toda discriminación que perjudique a un trabajador por motivos de edad, etnia, género o religión podrá ser denunciada ante los Tribunales de Trabajo.

El Reglamento de Organización y Servicios de la Inspección de Trabajo, actualmente vigente, es del año 2008. Destaca por su importancia el artículo 24 inciso b), en el cual se citan todas las normas jurídicas cuya vigilancia corre a cargo de la Inspección de Trabajo. Se mencionan las siguientes: Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados, las leyes, las convenciones colectivas, los laudos, los acuerdos conciliatorios, los arreglos directos y los reglamentos relativos a condiciones salariales, de trabajo, de salud ocupacional y de seguridad social.

Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo.

(Decreto Ejecutivo No. 28578, del año 2008)

Artículo 9º—

Para el logro de los propósitos, objetivos y fines que le asigna el ordenamiento jurídico, la Inspección de Trabajo actuará de oficio, por orden superior, por denuncia de parte o de cualquier otra persona. A tales efectos, tiene a su cargo las siguientes tareas, actividades, competencias, funciones y atribuciones:

- a) Velar porque se cumplan y respeten las disposiciones contenidas en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados, las leyes, las convenciones colectivas, los laudos, los acuerdos conciliatorios, los arreglos directos y los reglamentos relativos a condiciones salariales, de trabajo, de salud ocupacional y de seguridad social.
- b) Prevenir conflictos obrero patronales, mediante la instrucción, asesoramiento y capacitación a patronos y trabajadores, así como a sus respectivas organizaciones en cuanto a sus derechos y obligaciones.

- c) Intervenir en las dificultades y conflictos de trabajo que se presenten, siempre que el caso no sea de conocimiento de la Dirección de Asuntos Laborales.
- d) Actuar en forma inmediata, para lo cual podrá requerir el auxilio de las autoridades de policía, únicamente para que no se le impida el cumplimiento de sus deberes legales.
- e) Coordinar sus actividades con las instituciones públicas de seguridad social y con las demás Direcciones, Oficinas y dependencias del Ministerio.
- f) Prestar la colaboración y el auxilio que le soliciten los Inspectores de la Caja Costarricense de Seguro Social y demás autoridades de las instituciones de seguridad social, en la materia de sus competencias y atribuciones.
- g) Las demás establecidas en los convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo, Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y demás normativa aplicable.

Artículo 24.—

Para el logro de los propósitos, objetivos y fines de la Inspección de Trabajo, los Inspectores de Trabajo tienen las siguientes tareas, actividades, competencias, funciones y atribuciones:

- a) Actuar de oficio, por orden superior, a petición de parte o de cualquier persona. Es entendido que en todas sus actuaciones deberán observar tacto, cortesía y respeto especiales para las personas con quienes se relacionen.
- b) Velar porque se cumplan y respeten las disposiciones contenidas en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados, las leyes, las convenciones colectivas, los laudos, los acuerdos conciliatorios, los arreglos directos y los reglamentos relativos a condiciones salariales, de trabajo, de salud ocupacional y de seguridad social.
- c) Prevenir conflictos obrero patronales, mediante la instrucción, asesoramiento y capacitación a patronos, trabajadores y a sus respectivas organizaciones representativas, en cuanto a sus derechos y obligaciones.
- d) Intervenir en las dificultades y conflictos de trabajo que se presenten, siempre que el caso no sea de conocimiento de la Dirección de Asuntos Laborales.
- e) Actuar en forma inmediata; para lo cual podrán requerir el auxilio de las autoridades de policía, únicamente para que no se les impida el cumplimiento de sus deberes legales.
- f) Coordinar sus actuaciones con las instituciones públicas de seguridad social y con las demás Direcciones, Oficinas y dependencias del Ministerio, cuando sea necesario, oportuno y conveniente.

- g) Efectuar los estudios, rendir los informes y ejecutar las circulares, órdenes, instrucciones y resoluciones dictadas por los superiores jerárquicos, según sus competencias.
- h) Actuar en coordinación con los Inspectores de la Caja Costarricense de Seguro Social y demás autoridades de las instituciones de seguridad social, en la materia de sus competencias y atribuciones.
- i) Visitar los centros de trabajo, cualquiera que sea su naturaleza, en horas diurnas o nocturnas, según se requiera, para verificar el cumplimiento de las normas relativas a condiciones salariales, de trabajo y de seguridad social. En particular, velarán porque se acaten las disposiciones legales y reglamentarias sobre salud ocupacional y prevención de riesgos del trabajo.
- j) Levantar las actas y rendir los informes relacionados con su actuación; así como diligenciar los mandamientos que les dirijan las autoridades judiciales, según corresponda, todo dentro de la mayor celeridad.
- k) Rendir los informes que sirvan de base para entablar las acciones judiciales correspondientes, cuando se constate el incumplimiento de la normativa bajo su fiscalización, después de seguir los procedimientos legales aplicables según el asunto de que se trate.
- l) Colaborar con su jefe o coordinador respectivo en la elaboración, ejecución y evaluación de los Planes Anuales de su Oficina.
- m) Las demás establecidas en los convenios 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo, Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y demás normativa aplicable.

Artículo 31.—

Los Inspectores de Trabajo no deben ejercer actividades contrarias a sus funciones de inspección. Excepcionalmente desempeñarán tareas, actividades, competencias y funciones que les asigne el respectivo Jefe Regional o bien las autoridades ministeriales, a condición de que:

- a) No interfieran en modo alguno el cumplimiento de sus tareas, actividades, competencias, funciones y atribuciones específicas.
- b) Por su naturaleza se relacionen con el esfuerzo principal de protección a la salud y la seguridad de los trabajadores.
- c) No comprometan, de modo alguno, la imparcialidad que deben observar ante empleadores y trabajadores o sus respectivas organizaciones representativas.

El Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo, emitido por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, ha tenido varias reformas. Actualmente se encuentra en vigencia el del año 2008, pero ya se prepara uno nuevo para entrar a regir en el corto plazo. Es importante constatar, con vista de este Manual, los distintos tipos de inspecciones existentes, así como la mención que se hace, en materia de revisión interna de la documentación de las empresas, de los convenios núms. 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.

Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo (Año 2008)

1.3) Los tipos de inspección según su cobertura

1.3.1) Exhaustiva

Se trata de inspecciones en que se procura detectar todas las infracciones laborales y de condiciones de salud ocupacional, que eventualmente se podrían presentar en un centro de trabajo, realizando para ello un procedimiento que, por su cobertura, tiende a ser exhaustivo e indiscriminado.

1.3.2) Focalizada

Se trata de inspecciones que se orientan a detectar las infracciones laborales, previamente determinadas a través de estudios de vulnerabilidad e infraccionalidad laborales, en los distintos sectores o en las infracciones señaladas en las denuncias interpuestas y que por tanto, emplean un procedimiento que por su cobertura, tiende a discriminar o focalizarse en un tipo o tipos de infracciones laborales, según los criterios o prioridades previamente establecidos con base en los mencionados estudios. Sin perjuicio de observar otras infracciones en el quehacer normal del procedimiento.

1.3.3) Revisión de documentación

Se procede a revisar in situ o mediante copia de las mismas, en la oficina del inspector de trabajo respectivo, la certificación de personería jurídica, las planillas internas, las de la CCSS y las del INS, los comprobantes de pago de salarios y cualquier otro documento que se requiera para determinar si existe o no alguna infracción, en los términos indicados por los artículos 12 inciso c.ii y 16 inciso b.ii de los Convenios 81 y 129, de la OIT, respectivamente.

El Modelo de acta de inspección que viene como anexo del Manual no contiene ningún registro sobre presencia de trabajadores extranjeros.

Nuevo Manual de Inspección de Trabajo que entrará en vigencia a partir del año 2013.

El nuevo Manual que se preparara para el año 2013, tiene la novedad de que entre las normativa asociada a la actividad que desarrolla la Inspección de Trabajo menciona de manera específica varias Leyes sobre no discriminación en el empleo, como lo son la Ley No. 2694 de 22 de noviembre de 1960 que prohíbe toda clase de discriminación en materia laboral, la Ley No 2848 de 26 de octubre de 1961, por la cual se ratificó el Convenio No. 111 de la O.I.T.; la Ley No. 7771, de 20 de junio de 1998, denominada Ley General sobre VIH Sida; la Ley No. 8107 de 18 de junio de 2001, la cual agregó un título al Código de Trabajo, bajo el nombre de Prohibición de Discriminar, y el Decreto No. 27894-s de 3 de junio de 1999, que corresponde al Reglamento de la Ley General del Sida. También se mencionan las siguientes normas en relación con la protección de Género: Ley No. 2561 de 29 de junio de 1951, que ratificó el Convenio No. 100 de O.I.T.; Ley No. 7142 de 2 de marzo de 1990, que es la Ley de Promoción de la Igualdad Real de la Mujer; Ley No. 7430 de 14 de setiembre de 1994, que es la Ley de Fomento de la Lactancia Materna; Ley No. 7476 de 30 de enero de 1995, titulada Ley Contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia; Ley No. 8089, de 1 de agosto de 2011, que corresponde a la aprobación y ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Ley No. 8315 de 26 de setiembre de 2002, que corresponde a la Aprobación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres, niñas y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo); Ley No. 8726 de 2 de julio de 2009, que es reforma al Capítulo Octavo, Título II del Código de Trabajo, sobre trabajo doméstico remunerado; Decreto No. 29756 de 6 de agosto de 2001 que ratifica el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Directriz No. 102003 de 15 de setiembre de 2003 que instruye a la Dirección e Inspección General de Trabajo para que atienda las denuncias que se presentan contra el irrespeto a la igualdad entre personas, de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales; Directriz No. 02-2009 de 26 de enero de 2009, sobre adendum al procedimiento de acoso sexual; y Directriz No. 01-2010 de 22 de junio de 2010, sobre el procedimiento de hostigamiento sexual.

Como comentario general podemos señalar que toda la normativa nacional aplicable a la Inspección de Trabajo de Costa Rica es congruente con las disposiciones de los Convenios Nos. 81 y 129 de la OIT, siendo sin lugar a dudas el Reglamento de Organización y Servicio del año 2008, el de mayor especificidad a la hora de determinar cuáles son las fuentes jurídicas del derecho laboral que dan origen a compromisos y obligaciones patronales que deben ser revisadas por los inspectores de trabajo.

Se incluyen allí las disposiciones contenidas en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados, las leyes, las convenciones colectivas, los laudos, los acuerdos conciliatorios, los arreglos directos y los reglamentos relativos a condiciones salariales, de trabajo, de salud ocupacional y de seguridad social.

En ninguna de las disposiciones que conforman el marco normativo que hemos reseñado aparece ninguna diferenciación entre trabajadores nacionales ni extranjeros, en materia de condiciones de trabajo, salvo la mención que hace la Constitución Política en su artículo 68 a la preferencia por los costarricenses, que podría tener algún impacto en materia de empleo, pero que ya la Sala Constitucional ha matizado, al punto de considerar que en ningún caso la sola distinción de nacionalidad podría ser motivo suficiente para una diferenciación en el trato.

Un detalle interesante en el trabajo de la Inspección de Trabajo de Costa Rica es el que pasamos a exponer.

Desde hace unos años, y dadas las limitaciones de recursos existentes, la Dirección de la Inspección ha procurado focalizar su trabajo en ciertas áreas y grupos donde aparece mayor infraccionalidad laboral. Así por ejemplo, en la última administración, se ha dado prioridad al tema del cumplimiento de los salarios mínimos.⁶²

Otras áreas en las que ha habido un trabajo focalizado son las de pago de aguinaldo, y pagos de seguridad social, fundamentalmente a la entidad aseguradora Caja Costarricense del Seguro Social.⁶³ No obstante lo anterior, y pese al conocimiento que se tiene de graves problemas de infracciones a la ley laboral con trabajadores migrantes, no existe ninguna política de focalización en este sector.⁶⁴

Se podrá argumentar que la Inspección Laboral de ningún país puede hacer diferenciaciones entre nacionales y extranjeros a la hora de cumplir con su labor, pero aquí de lo que se trataría no es de hacer inspecciones solamente para ver condiciones de trabajadores migrantes, sino de realizarlas en los lugares y en los sectores económicos donde se conoce que existe mayor explotación de la mano de obra extranjera, tanto por propietarios como por contratistas, como es el caso en este momento de la agricultura de los cítricos y de la piña en Costa Rica.⁶⁵ Siguiendo esta línea de pensamiento, si un 70%

62 La problemática del trabajador migrante en estos sectores de la economía nacional nos fue revelado en entrevista con el funcionario Lic. Franklin Benavides, funcionario de la Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del MTSS, el día 27 de agosto de 2010.

63 Entrevista al Dr. Eric Briones, Jefe de la Unidad de Asesoría Legal de la Inspección de Trabajo de Costa Rica, realizada el 16 de agosto de 2013.

64 Entrevista al Dr. Eric Briones. Ver nota anterior.

65 Entrevista realizada al señor Johnny Ruiz, Jefe del Dpto. de Migraciones Laborales del MTSS, el día 16 de agosto de 2013.

aproximadamente de las inspecciones se realizan actualmente en el comercio y los servicios⁶⁶, parecería inconveniente para la población de trabajadores migrantes que los porcentajes de inspección sean tan bajos en la agricultura, donde sabemos que labora una gran cantidad de trabajadores migrantes, siendo éstos generalmente los más perjudicados en cuanto a condiciones laborales y sociales en general.

En relación con el tema que tratamos, en el documento de la Organización Internacional del Trabajo titulado *“Migración Laboral Internacional un enfoque basado en los derechos”*, ya antes citado aquí, se indica que *“es fundamental instaurar la inspección de trabajo en sectores y lugares de trabajo con gran concentración de trabajadores migrantes, incluyendo la economía informal, para garantizar que estos gozan de condiciones de trabajo decentes y que sus empleadores les otorgan al menos las prestaciones mínimas”*.⁶⁷

Se conoce que Costa Rica ha firmado varios convenios para la contratación de trabajadores migrantes con Nicaragua y otros tantos con Panamá, en este último caso sobre todo para la protección de población indígena que se desplaza en ciertas épocas del año a Costa Rica. El principal problema de estos convenios es su aplicabilidad, pues desde el punto de vista de su contenido, llenan las expectativas de los principales organismos internacionales que asesoran a nuestros países en esos campos.

¿Conviene que la Inspección de Trabajo de Costa Rica, Nicaragua y Panamá dediquen esfuerzos focalizados al cumplimiento de los citados convenios? Desde nuestro punto de vista la respuesta tendría que ser afirmativa. No solo porque esos convenios forman parte del derecho laboral y migratorio interno que debe ser resguardado por la Inspección de Trabajo, sino también porque de por medio está el cumplimiento de los compromisos internacionales que nuestros países han firmado en acato del principio de igualdad y no discriminación.

Considerar que la vigilancia de dichos convenios corresponde únicamente a las autoridades migratorias sería un craso error, al no comprender que los mismos fueron suscritos no solo con la intención de regular los flujos migratorios, sino también con el propósito de proteger a un sector social muy sensible, como es el de los trabajadores y el de las trabajadoras migrantes. El tema se complica si como se nos informó no existe tampoco en este momento un Protocolo de actuaciones entre las autoridades migratorias y el Ministerio de Trabajo.⁶⁸

66 Entrevista con el señor Franklin Benavides. Ver nota 62 anterior.

67 OIT. Op. Cit., página 222.

68 Entrevista con el Dr. Eric Briones. Ver nota 63 anterior.

2. Inspección del trabajo en Panamá

De manera particular resultan de interés las siguientes normas del ordenamiento jurídico de Panamá:

Constitución Política.

Artículo 20.

“Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general”.

Artículo 73.

“Se prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros que puedan rebajar las condiciones de trabajo o las normas de vida del trabajador nacional. La Ley regulará la contratación de Gerentes, Directores Administrativos y Ejecutivos, Técnicos y profesionales extranjeros para servicios públicos y privados asegurando siempre los derechos de los panameños y de acuerdo con el interés nacional”.

De acuerdo con Vasco Torres, la combinación de ambos textos constitucionales ha dado como resultado que la legislación de trabajo establezca un sistema porcentual para permitir el trabajo de extranjeros en el territorio nacional – artículo 17 del Código de Trabajo-. Además- afirma este autor-, originalmente se permitió también, la discriminación de trato hacia trabajadores migrantes, respecto de ciertos derechos, como por ejemplo el acceso de los trabajadores migrantes a las juntas directivas de los sindicatos, o que las directivas de los sindicatos estuvieran integradas exclusivamente por panameños. Estas normas sin embargo fueron luego derogadas.⁶⁹

No podemos olvidar como parte del marco jurídico que se reseña, el artículo 67 de la Constitución de Panamá, el cual reza como sigue: *“A trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario o igual sueldo, cualquiera que sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clase social, ideas políticas o religiosas”.*

El artículo 2 del Código de Trabajo de Panamá, contempla igualmente el principio de territorialidad laboral, el cual permite introducir desde su comienzo la igualdad de trato de la legislación laboral respecto de todo tipo de trabajadores.

Algunos artículos de este Código establecen determinadas cuotas de empleo para trabajadores nacionales y extranjeros. No obstante, esas cuotas se refieren al acceso al empleo y no a condiciones de trabajo.

69 TORRES de León Vasco. “Trabajo de Migrantes de Panamá”. Proyecto Políticas de Migración Laboral sensibles al género en los corredores Nicaragua-Costa Rica-Panamá y Haití-República Dominicana”, Ciudad de Panamá, 2012. Documento sin publicación aún.

CÓDIGO DE TRABAJO

Artículo 2.

Las disposiciones de este Código son de orden público, y obligan a todas las personas, naturales o jurídicas, empresas, explotaciones y establecimientos que se encuentren en el territorio nacional.

Artículo 17.

Todo empleador mantendrá trabajadores panameños, o extranjeros de cónyuge panameño o con diez años de residencia en el país, en proporción no inferior al noventa por ciento del personal de trabajadores ordinarios, y podrá mantener personal extranjero especializado o técnico que no exceda el quince por ciento del total de trabajadores.

En ningún caso los porcentajes de salarios o asignaciones en conjunto y por categoría podrán menores que los fijados en el párrafo anterior.

No obstante lo anterior, se podrá permitir una proporción mayor de especialistas o técnicos extranjeros por tiempo definido, previa recomendación del Ministerio respectivo y aprobación del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

Los empleadores que necesiten ocupar trabajadores extranjeros obtendrán una autorización que expedirá el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa comprobación de que no se alteren los porcentajes de nacionales exigidos en este artículo, que el personal calificado reúne la respectiva calidad y que desempeñará las funciones inherentes a su especialidad.

Esta autorización se expedirá hasta por el término de un año, prorrogable por un máximo de cinco años.

También se exceptúa del porcentaje anterior los trabajadores de confianza de empresas que en la República se dediquen exclusivamente a mantener oficinas con el fin de dirigir transacciones que se perfeccionen, consuman o surtan sus efectos en el exterior, previa autorización de las autoridades de trabajo.

No obstante lo anterior, y en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por la República de Panamá, se entenderá que a las empresas que tengan menos de diez trabajadores, se les permitirá la contratación y entrada temporal de, al menos, una persona extranjera, en las condiciones establecidas en las disposiciones legales vigentes”.

Artículo 18.

Los empleadores que fueron autorizados por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social para contratar los servicios de trabajadores extranjeros especializados o técnicos, conforme al artículo anterior, tendrán la obligación de sustituir al trabajador especializado extranjero por uno panameño en un término máximo de cinco años, a partir de la fecha en que sea extendida la autorización a que se refiere esta norma”.

Artículo 128.

Son obligaciones de los empleadores, además de las que surjan especialmente del contrato de trabajo, las siguientes:

.....

5. Permitir y facilitar la inspección y vigilancia de las autoridades administrativas y judiciales de trabajo, que se deban practicar en la empresa, establecimiento o negocio;

.....

13. Preferir, en igualdad de circunstancias, de eficiencia e idoneidad, a los trabajadores de mayor antigüedad, a los panameños respecto de quienes no lo sean, y a los sindicalizados respecto de quienes no lo estén. Esta norma se aplicará en todo caso de vacantes permanentes o transitorias o de ascensos en la empresa y se entenderá sin perjuicio de lo pactado en una convención colectiva”.

Aunque el Decreto del año 1970, por el cual se otorga una Ley Orgánica al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no contempla aún a la Dirección de la Inspección de Trabajo, como una Dirección autónoma, dentro de ese Ministerio, sí establece competencias a la Dirección Nacional de Trabajo, en cuanto a la Inspección de Trabajo.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social

(Decreto de Gabinete No. 249 de 16 de julio de 1970).

De conformidad con el artículo 38 de este Decreto, la Dirección General de Trabajo tiene entre sus funciones principales:

- a. -Cumplir y hacer cumplir las disposiciones constitucionales y legales en materia de trabajo.

.....

- i. -Desarrollar los servicios de inspección del trabajo de la manera más técnica, para que se cubran los aspectos de inspección rural, inspección urbana y, por la naturaleza especial del país, los de inspección de trabajo marítimo.

.....

- m. -Ejercer las funciones que determina la ley 14 de 30 de enero de 1967 relativas a la inspección de trabajo en la industria y el comercio.
- n. -Imponer las sanciones, correspondientes a quienes desobedezcan o traten de desconocer las resoluciones que dicten las autoridades de trabajo.

La ley No. 14 de 30 de enero de 1967 es la que aprueba el Convenio No. 81 de la Organización Internacional del Trabajo.

El sistema jurídico de Panamá atribuye al Ministerio de Trabajo de ese país competencias para actuar como juez administrativo, confiriéndole la potestad legal de imponer sanciones en el caso de determinadas infracciones laborales. Este tipo de competencias otorga sin lugar a dudas una mayor importancia a la Inspección de Trabajo, al acortar la distancia orgánica, por así decirlo, entre quien juzga y quien acusa. Implica además, una mayor responsabilidad para la inspección de trabajo, a la hora de preparar y documentar las causas que deben ser conocidas en sede del propio Ministerio.

Ley No. 53 de 28 de agosto de 1975, por la cual se atribuye competencia al Ministerio de Trabajo para conocer de reclamaciones laborales.

El artículo 1 de esta ley, atribuye competencia al Ministerio de Trabajo y Bienestar Social para conocer y decidir, es decir para ejercer justicia administrativa, en los siguientes casos:

- 1°. Demandas por incumplimiento del artículo 215 del Código de Trabajo, el cual se refiere al despido sin causa cuando se trata de despidos por razones económicas, imputables a la empresa y no al trabajador, norma que también reenvía al artículo 213 del mismo cuerpo legal, en el cual se da tratamiento especial en casos de despido a mujeres en estado de gravidez y a trabajadores aforados por motivos sindicales.
- 2°. Demandas para determinar el salario mínimo legal o convencional aplicable, con o sin el reclamo de la diferencia adeudado, si lo hubiera, independientemente de la cuantía;
- 3°. Demandas relativas a la interpretación en derecho o a la validez de las cláusulas pactadas en una convención colectiva u otro pacto o acuerdo de naturaleza colectiva.

La normativa anterior le concede entonces al Ministerio de Trabajo de Panamá una potestad jurisdiccional para actuar como Juez Administrativo en el juzgamiento de determinadas faltas e infracciones a las leyes de trabajo. Esta potestad, que no se da en

todos los países, pone en manos del Ministerio de Trabajo facultades adicionales para el cumplimiento de las funciones que la normativa internacional confiere a las inspecciones de trabajo, pues aparte de las típicas funciones de vigilancia, prevención y denuncia, otorga también, parcialmente, funciones jurisdiccionales en materia sancionatoria.

En el año 1994, se introduce al ordenamiento una importante normativa con el Reglamento Orgánico del llamado Ministerio de Trabajo y Desarrollo.

REGLAMENTO ORGANICO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO (Decreto Ejecutivo de 18 de abril de 1994).

Dentro de las funciones que le atribuye a la Inspección de Trabajo el artículo 86 del Reglamento Orgánico de MITRADEL, se encuentra, la de vigilar y controlar el cumplimiento y aplicación de las leyes laborales, sus reglamentos, los contratos y relaciones de trabajo, así como demás instrucciones técnicas expedidas por las otras dependencias del Ministerio, especialmente las relativas a condiciones de trabajo, aprendizaje, higiene y seguridad ocupacional en el trabajo.

En el año 1996, se reestructura internamente el Ministerio de Trabajo, confiriéndole nuevas responsabilidades a la Dirección Nacional de la Inspección de Trabajo.

Decreto Ejecutivo No. 84 de 31 de diciembre de 1996 (Reorganiza la estructura del Ministerio de Trabajo)

En su artículo 2 establece que la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo realizará las funciones señaladas en el Convenio No. 81 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Panamá mediante Ley No. 14 de 30 de enero de 1967. Conforme a la misma normativa, deberá vigilar el cumplimiento de los convenios internacionales de la OIT, ratificados por el Gobierno de Panamá, leyes, normas laborales y otras disposiciones con sus actividades y responsabilidades.

El Manual de Procedimientos del Dpto. de Seguridad y Salud en el Trabajo, del Ministerio de Trabajo, menciona precisamente dentro de sus antecedentes, el Decreto Ejecutivo No. 84 de 31 de diciembre

de 1996, por el cual se creó la Dirección de la Inspección de Trabajo dentro de la estructura de dicho Ministerio.

La creación de esta Dirección modifica entonces la estructura del Ministerio de Trabajo que aparece en el Decreto de Gabinete del año 1970 (Ley Orgánica del Ministerio) centralizando las inspecciones de seguridad ocupacional y medio ambiente de trabajo, trabajo marítimo, inspección de trabajo y migraciones laborales.

Así también a esta Dirección se le incorporan las unidades domiciliarias, las inspecciones de artistas, incorporándosele como nuevos recursos humanos, los funcionarios de la Dirección de Empleo que venían realizando funciones inspectivas. Es de esta manera que se centralizan todo los tipos de Supervisión de la Dirección de Inspección de Trabajo.

Manual de Procedimientos del Departamento de Seguridad y Salud en el Trabajo.

(Resolución No. 31-2012 de 7 de febrero de 2012
de la Ministra de Trabajo y Desarrollo Laboral).

Según el Manual, la Dirección de Inspección de Trabajo cuenta actualmente con los siguientes Departamentos: Análisis y Evaluación Técnica, Inspección General de Trabajo, Seguridad y Salud en el Trabajo, Inspección de Migración Laboral, y Centro Nacional sobre Seguridad y Salud en el Trabajo.

De acuerdo con las instrucciones que el manual denomina “responsabilidades”, a la hora de realizar una instrucción, los inspectores deben realizar la verificación documental de la existencia del “permiso de extranjero”

Dentro del registro de datos que debe recoger el inspector, según el Manual de Procedimientos del Dpto. de Seguridad y Salud en el trabajo, se incluye el permiso de trabajo con que debe contar el trabajador extranjero, lo cual nos lleva a interrogarnos sobre el papel de la Inspección de Trabajo en el momento en que determina la presencia de extranjeros en una de las inspecciones que se realizan.

Vasco Torres, al analizar la diferencia entre la labor que realiza el Servicio Nacional de Migración, respecto de la que hace la Dirección de la Inspección de Trabajo en Panamá, indica lo siguiente: *“El control de migración laboral que ejerce el Servicio Nacional de Migración debe ser en realidad sobre el empleador, que tiene trabajadores migrantes, y se refiere a la documentación requerida a extranjeros para trabajar en el país, es decir, sobre su estatus migratorio laboral. Distinto es el control sobre normas laborales aplicables a los trabajadores migrantes, que es competencia de la inspección de trabajo”*. Y luego agrega: *“...en el*

caso de que las autoridades de migración, al ejercer sus facultades de inspección detecten extranjeros trabajando sin la adecuada documentación laboral, es apropiado que la autoridad de migración ponga en conocimiento de la autoridad de trabajo el asunto; esta última es la competente para investigar la situación laboral del extranjero y dictaminar si existe, efectivamente, una irregularidad en la documentación laboral del extranjero. La decisión que tome la autoridad de trabajo es un elemento que puede utilizar la autoridad de migración para tomar sus propias decisiones sobre el estatuto migratorio del extranjero”.⁷⁰ Suscribimos enteramente las apreciaciones anteriores, las cuales nos parecen ajustadas en su totalidad a la Opinión Jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reseñada páginas atrás, en cuanto que no puede subordinarse la vigilancia y la vigencia de los derechos laborales de los trabajadores migrantes, regulares o irregulares, a una determinada condición migratoria.

A pesar de que en términos generales, el ordenamiento jurídico panameño establece la igualdad de derechos laborales entre trabajadores panameños y trabajadores extranjeros, por razón de su nacionalidad, con excepción del acceso al empleo, donde sí se dan limitaciones importantes para los trabajadores migrantes, la jurisprudencia ha modulado algunos de estos temas, a veces con notable acierto, y en otros casos sembrando la duda sobre el efectivo cumplimiento de los derechos consagrados internacionalmente a favor de estos trabajadores. Siguiendo la lectura del trabajo realizado por Vasco Torres, sobre estos temas, podríamos obtener las siguientes reglas fijadas por la jurisprudencia panameña:

- El trabajador migrante sin permiso de trabajo tiene derecho a que se le reconozcan derechos laborales.
- Es nulo el permiso de migrantes sin permiso de trabajo. La ausencia de permiso de trabajo anula el contrato laboral, aunque el trabajador en este caso puede solicitar el pago de las prestaciones laborales que se le adeudan a ese momento.
- El contrato de trabajo de un migrante es, por imperativo legal, de duración definida. Su plazo máximo es de un año. Ello por cuanto los permisos de trabajo se extienden por un año.
- No es posible que se reconozca fuero de maternidad a una trabajadora migrante con o sin permiso de trabajo. Lo anterior, por la condición de temporalidad del contrato de los migrantes.⁷¹
- Es obligación del empleador procurar el permiso de trabajo del trabajador migrante.
- El trabajador migrante debe pagar la cuota de la seguridad social.
- El trabajador migrante, a diferencia del resto de trabajadores, no tiene derecho a prima de antigüedad.⁷²

El criterio jurisprudencial, según el cual la obligación de conseguir el permiso de trabajo de sus empleados es del patrono, así como el derecho de éstos del pago de sus prestaciones laborales acumuladas, cuando la relación termina por la ausencia del permiso de trabajo, pareciera la correcta, tomando en cuenta que por un principio del derecho laboral, los riesgos de empresa corren por cuenta del empleador. Pareciera en cambio una desviación “civilista”, es decir marcada por la influencia del derecho civil en el campo del derecho de trabajo, pretender que un requisito externo a la relación laboral, como es la ausencia de permiso del trabajador migrante, puede derivar en una nulidad absoluta y total del contrato. En conjunto con lo anterior, nos luce contrario al principio de igualdad y no discriminación laboral, entendido como

70 Vasco Torres de León. Op. cit., página 10.

71 Vasco Torres de León. Op. cit., página 27.

72 *Ibidem*, páginas 28 y 29.

un derecho fundamental de todo trabajador, nacional o extranjero, aprovechar su condición de migrante para negarle derechos que se conceden al resto de la población trabajadora, como sería el derecho de las mujeres al fuero de maternidad, lo mismo el derecho a recibir primas de antigüedad. Al respecto de los temas que se discuten, es preciso señalar que por sobre un mero formalismo, como es la obtención de un permiso laboral, se encuentran los derechos de la madre y del niño, conforme con el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, y el derecho de igualdad establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para citar solamente dos casos de normativa internacional violentada. Por demás está decir que las decisiones discriminatorias de la jurisprudencia panameña, antes reseñadas, contravienen la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aquí analizada.

Tenemos entendido, no obstante lo dicho, que una reciente sentencia del Tribunal Supremo de Panamá, ha modificado en fecha reciente la jurisprudencia (seguramente después de que el autor Vasco Torres escribiera su trabajo aquí citado), en el sentido de que los contratos de trabajo de los migrantes pueden ser no solo de plazo fijo, sino también de tiempo indeterminado, aunque los permisos laborales sean anuales, lo cual abre la posibilidad de revisar el tema de las primas de antigüedad y de los derechos de las mujeres trabajadoras migrantes embarazadas, cambio que satisface mucho por la mejor adaptación de esa jurisprudencia con el bloque de constitucionalidad de Panamá.

3. Inspección de trabajo en República Dominicana

Constitución Política

La Constitución Dominicana, siendo una de las más nuevas del continente, promulgada en el año 2010, contiene importantes disposiciones sobre el Estado Social de Derecho y la función del Estado acorde con esa declaración.

Veamos los siguientes artículos de interés:

Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho.

La República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 8.- Función esencial del Estado.

Es función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

En tema de extranjería, indica la Carta Política Dominicana:

Artículo 25.- Régimen de Extranjería.

Extranjeros y extranjeras tienen en la República Dominicana los mismos derechos y deberes que los nacionales, con las excepciones y limitaciones que establecen esta Constitución y las leyes; en consecuencia:

- 1) No pueden participar en actividades políticas en el territorio nacional, salvo para el ejercicio del derecho al sufragio de su país de origen;
- 2) Tienen la obligación de registrarse en el Libro de Extranjería, de acuerdo con la ley;
- 3) Podrán recurrir a la protección diplomática después de haber agotado los recursos y procedimientos ante la jurisdicción nacional, salvo lo que dispongan los convenios internacionales.

Artículo 39.-Derecho a la igualdad.

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal. En consecuencia:

.....

- 4) La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Se prohíbe cualquier acto que tenga como objetivo o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos fundamentales de mujeres y hombres. Se promoverán las medidas necesarias para garantizar la erradicación de las desigualdades y la discriminación de género”.

Contiene también la Constitución de República Dominicana una descripción, casi reglamentaria, de los principales derechos laborales comprendidos en el ordenamiento jurídico, los cuales eleva a la condición de derechos fundamentales, dada su constitucionalización. En tal sentido, corresponde citar el artículo 62 de la Carta Política dominicana, que indica:

Artículo 62.-Derecho al trabajo.

El trabajo es un derecho, un deber y una función social que se ejerce con la protección y asistencia del Estado. Es finalidad esencial del Estado fomentar el empleo digno y remunerado. Los poderes públicos promoverán el diálogo y concertación entre trabajadores, empleadores y el Estado. En consecuencia:

- 1) El Estado garantiza la igualdad y equidad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho al trabajo;
- 2) Nadie puede impedir el trabajo de los demás ni obligarles a trabajar contra su voluntad;
- 3) Son derechos básicos de trabajadores y trabajadoras, entre otros: la libertad sindical, la seguridad social, la negociación colectiva, la capacitación profesional, el respeto a su capacidad física e intelectual, a su intimidad y a su dignidad personal;

- 4) La organización sindical es libre y democrática, debe ajustarse a sus estatutos y ser compatible con los principios consagrados en esta Constitución y las leyes;
- 5) Se prohíbe toda clase de discriminación para acceder al empleo o durante la prestación del servicio, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de proteger al trabajador o trabajadora;
- 6) Para resolver conflictos laborales y pacíficos se reconoce el derecho de trabajadores a la huelga y de empleadores al paro de las empresas privadas, siempre que se ejerzan con arreglo a la ley, la cual dispondrá las medidas para garantizar el mantenimiento de los servicios públicos o los de utilidad pública;
- 7) La ley dispondrá, según lo requiera el interés general, las jornadas de trabajo, los días de descanso y vacaciones, los salarios mínimos y sus formas de pago, la participación de los nacionales en todo trabajo, la participación de las y los trabajadores en los beneficios de la empresa y, en general, todas las medidas mínimas que se consideren necesarias a favor de los trabajadores, incluyendo regulaciones especiales para el trabajo informal, a domicilio y cualquier otra modalidad del trabajo humano. El Estado facilitará los medios a su alcance para que las y los trabajadores puedan adquirir los útiles e instrumentos indispensables a su labor;
- 8) Es obligación de todo empleador garantizar a sus trabajadores condiciones de seguridad, salubridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El Estado adoptará medidas para promover la creación de instancias integradas por empleadores y trabajadores para la consecución de estos fines;
- 9) Todo trabajador tiene derecho a un salario justo y suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantiza el pago de igual salario por trabajo de igual valor, sin discriminación de género o de otra índole y en idénticas condiciones de capacidad, eficiencia y antigüedad;
- 10) Es de alto interés la aplicación de las normas laborales relativas a la nacionalización del trabajo. La ley determinará el porcentaje de extranjeros que pueden prestar sus servicios a una empresa como trabajadores asalariados”.

Llama la atención del artículo anterior, la mención que de manera amplia se hace a los derechos de la persona del trabajador y la trabajadora, sin hacer distinciones entre nacionales y extranjeros, prohibiendo en el inciso quinto toda forma de discriminación y admitiendo solamente aquellas limitaciones que provengan de la ley y se realicen con fines de protección del trabajador o la trabajadora. No obstante lo anterior, en cuanto al acceso propiamente al empleo, se establece una reserva de ley, para que sea esta última la que establezca el porcentaje de trabajadores que pueden brindar servicios a las empresas como asalariados.

También merece ser destacada la norma, inserta en el artículo 62 inciso 9, en punto al tema de igualdad salarial, pues en lugar de usarse las fórmulas tradicionales de igualdad formal (que mantienen las Constituciones de Costa Rica y Panamá), se introduce el concepto de igual salario ante trabajo de igual valor, fórmula que internacionalmente ha favorecido sobre todo a las mujeres trabajadoras, al evitar comparaciones injustas con el género masculino. En tal sentido, congenia además la Constitución de

República Dominicana con lo dispuesto en el Convenio “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y mano de obra femenina por trabajo de igual valor”, 1951 (núm.100).

El Código de Trabajo de República Dominicana contiene en su principio IV el principio de territorialidad en materia laboral, indicando de manera expresa, que sus disposiciones rigen sin distinción para dominicanos y extranjeros, norma que garantiza el principio de igualdad en materia de condiciones laborales, para cualquier extranjero que se encuentra laborando en el país, independientemente de su condición migratoria. En virtud de este principio, tanto las disposiciones que se refieren a los derechos de carácter individual y colectivo, como a las obligaciones que se generan de los empleadores para con los trabajadores, la parte procedimental y las instituciones encargadas de la vigencia y aplicación de la ley, quedan cubiertas por dicho principio.

Es importante tomar en cuenta, que los principios establecen en el Código de República Dominicana, la base sobre la cual se cimenta la estructura conceptual de toda la legislación. En este sentido, se trata de pautas que orientan sobre los fines y objetivos de la ley, en este caso del Código de Trabajo.

Aparte del Principio IV antes mencionado, resulta muy importante el Principio I, en cuanto sujeta las normas del derecho del trabajo a los fines esenciales del bienestar humano y la justicia social. Igualmente importante es el Principio II, al recoger la libertad de trabajo, lo mismo que la prohibición del trabajo forzoso.

Al igual que sucede con la legislación panameña, el Código de Trabajo de este país, obliga a la contratación de un porcentaje máximo de extranjeros en las empresas, con excepciones importantes, excepciones que seguramente vienen siendo el fruto de la apertura de este país al mercado internacional. Se trata de porcentajes que restringen el acceso de los extranjeros al empleo pero que en todo caso no se refieren a las condiciones laborales para nacionales y extranjeros, las cuales deben ser iguales.

CÓDIGO DE TRABAJO

Principio IV.

Las leyes concernientes al trabajo son de carácter territorial. Rigen sin distinción a dominicanos y extranjeros, salvo las derogaciones admitidas en convenios internacionales.

Principio VII.

Se prohíbe cualquier discriminación, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo, edad, raza, color, ascendencia nacional, origen social, opinión política, militancia sindical o creencia religiosa, salvo las excepciones previstas por la ley con fines de protección a la persona del trabajador. Las distinciones, exclusiones o preferencias

basadas en calificaciones exigidas para un empleo determinado no están comprendidas en esta prohibición.

Restricciones establecidas a los trabajadores extranjeros según Título I del Código de Trabajo:

Exigencia de una mayoría legal mínima de dominicanos dentro de la empresa.-

Según los términos del artículo 135 del Código de Trabajo, “el ochenta por ciento (80%), por lo menos, del número total de trabajadores de una empresa debe estar integrado por dominicanos”. En caso de que el personal de la empresa sea menor de diez trabajadores, deberán aplicarse las siguientes reglas:

- Si son nueve los trabajadores, seis deberán ser dominicanos;
- Si son ocho o siete los trabajadores, cinco deberán ser dominicanos;
- Si son seis los trabajadores, cuatro deberán ser dominicanos;
- Si son cinco o cuatro los trabajadores, tres deberán ser dominicanos;
- Si son tres los trabajadores, dos deberán ser dominicanos;
- Si son dos los trabajadores, uno deberá ser dominicano;
- Si se trata de un sólo trabajador, éste deberá ser dominicano.

Igualmente, la ley laboral extiende la aplicación de estas reglas de la mayoría legal a aquellos miembros de una sociedad que además de tener esta calidad realicen labores propias de trabajadores.

Excepciones a la restricción limitativa del número de extranjeros en una empresa.-

La aplicación de esta regla limitativa no tiene un carácter absoluto. Según el artículo 138 del Código de Trabajo, quedan exceptuados de la aplicación de las disposiciones de los artículos 135 y 137 los extranjeros siguientes:

- Los que ejercen exclusivamente las funciones de dirección o administración de una empresa;
- Los trabajadores técnicos, siempre que, a juicio del Departamento de Trabajo, no haya dominicanos desocupados con aptitudes para sustituirlos;
- Los trabajadores de talleres de familia;
- Los extranjeros casados con personas dominicanas, que tengan en el país más de tres años de residencia ininterrumpida y más de dos años de casados;
- Los extranjeros que hayan procreado hijos dominicanos o que tengan en el país más de cinco años de residencia ininterrumpida.

Otra excepción aparece en los casos de permisos hasta un año concedidos por el Poder Ejecutivo para personas que sean empleadas en empresas agrícolas-industriales, braceros extranjeros o trabajadores a jornal utilizados exclusivamente en trabajo del campo.

La regla del porcentaje mínimo obligatorio del salario en favor de los trabajadores nacionales.-

El Código de Trabajo ha establecido además que las empresas radicadas en el país deberán consagrar a los trabajadores dominicanos un porcentaje mínimo del monto total de su nómina salarial.

El artículo 136 del Código Laboral fija las condiciones de esta regla de discriminación positiva a favor del trabajador dominicano, al disponer que, “los salarios percibidos por los trabajadores dominicanos deberán ascender, en conjunto, al ochenta por ciento (80%), por lo menos del valor correspondiente al pago de todo el personal.

Quedan dispensados de las disposiciones de este artículo los salarios percibidos por los trabajadores que desempeñen labores técnicas, de dirección o gerencia.

Reglas para el recorte de personal.-

En caso de que una empresa requiriera reducir su personal, por causas autorizadas por la ley, deberá remitirse a las disposiciones del artículo 141 Código de Trabajo, según el cual las reducciones deberán ser hechas en el siguiente orden:

- Trabajadores extranjeros solteros;
- Trabajadores extranjeros casados;
- Trabajadores extranjeros casados con personas dominicanas;
- Trabajadores extranjeros que hayan procreado hijos dominicanos;
- Trabajadores dominicanos solteros;
- Trabajadores dominicanos casados.

Esta regla no tiene un carácter absoluto. El Secretario de Estado de Trabajo puede autorizar excepcionalmente la no aplicación de las disposiciones arriba mencionadas si se demuestra que su ejecución puede producir un perjuicio grave a la empresa.

Cargos reservados por la Ley laboral a trabajadores dominicanos.-

El artículo 144 del Código de Trabajo restringe el desempeño de ciertos cargos dentro de la empresa a los trabajadores de nacionalidad dominicana. El carácter de esta restricción varía según el tipo de función de que se trate.

Por un lado, los administradores, gerentes, directores, y demás personas que ejerzan funciones de administración dentro de la empresa deben ser preferentemente ocupados por trabajadores de nacionalidad dominicana. En este caso, la ley dispone que debe darse preferencia a los trabajadores dominicanos para ocupar estas funciones, pero no excluye que estas puedan ser desempeñadas por extranjeros. En caso de que un dominicano viniera a sustituir un extranjero en uno de los cargos citados anteriormente, deberá disfrutar del mismo salario, derecho y condiciones de trabajo del sustituido.

Por otro lado, los cargos de superintendentes, mayordomos, supervisores y cualesquiera otros trabajadores que laboren en faenas agrícolas deben ser de nacionalidad dominicana. Aquí, las disposiciones del Código Laboral tienen un carácter absoluto: los cargos antes mencionados deberán obligatoriamente ser ocupados por trabajadores dominicanos.

Sanciones a la inobservancia de las reglas de la nacionalización del trabajo.-

Según lo establecido en los artículos 720 y siguientes del Código Laboral, el irrespeto a las normas sobre el empleo de extranjeros constituye una violación sujeta a sanciones penales, en la categoría de aquellas consideradas como “muy graves”. Este tipo de violación se sanciona con una multa de siete a doce salarios mínimos, pudiendo ser aumentado el importe en un cincuenta por ciento (50%) de su valor encaso de reincidencia.

Según lo indican los artículos 423 y 433 del Código de Trabajo, corresponde a la Inspección de Trabajo la vigilancia de una importante lista de condiciones propias de toda relación laboral, la cual se enumera de forma abierta, al agregar en el último inciso del artículo 423, cualquier otra que tenga relación con el trabajo como factor de producción.

Otras normas del Código de Trabajo relacionadas con el tema.

Art. 418.-

La aplicación de las disposiciones de las leyes y reglamentos de trabajo está encomendada:

- 1º. A la Secretaría de Estado de Trabajo y sus dependencias.
- 2º. A los tribunales.

Art. 421.-

El Secretario de Estado de Trabajo usará las prerrogativas de su autoridad, dictando las providencias que considere procedentes para la mejor aplicación de las leyes y reglamentos, y manteniendo la vigilancia necesaria para que los empleados de su dependencia cumplan con las obligaciones que corresponden.

Art. 422.-

Además del Director del Departamento de Trabajo y de los empleados que exijan las atenciones del servicio, forman parte de éste y están por tanto, bajo la vigilancia del primer

1º. Los representantes locales de trabajo.

2º. Los inspectores auxiliares.

.....

Art. 423.-

Corresponde al Departamento de Trabajo despachar de acuerdo con las leyes y reglamentos, bajo la vigilancia de la Secretaría de Estado de Trabajo todo lo relativo:

1º. A la jornada de trabajo;

2º. A los descansos legales;

3º. A las vacaciones de los trabajadores;

4º. Al cierre de las empresas;

5º. A la protección de la maternidad de las trabajadoras;

6º. A la protección de los menores en materia de trabajo;

7º. A los salarios de los trabajadores;

8º. A la nacionalización del trabajo;

9º. A las asociaciones de empleadores y de trabajadores;

10º. A los contratos de trabajo;

11º. A los demás asuntos relacionados con el trabajo como factor de la producción.

Art. 424.-

El Departamento de Trabajo investigará las denuncias de irregularidades en la ejecución de los contratos, convenios, leyes y reglamentos de trabajo que le sean sometidas por los empleadores y por los trabajadores perjudicados.

.....

Art. 433.-

Compete al servicio de inspección de trabajo velar por el fiel cumplimiento de las

disposiciones legales o reglamentarias relativas al trabajo, especialmente las que se refieren a las materias enunciadas en los ordinales del artículo 423.

El artículo 439 CT se refiere al contenido de las actas que deben levantar los inspectores, sin que se señale alguna diferencia de tratamiento, en el levantamiento de los datos, entre trabajadores nacionales ni extranjeros.

Guía de Procedimientos Laborales (Procedimientos Administrativos, Judiciales e Internacionales de Protección de los Derechos Laborales). Ministerio de Trabajo. 2010.

Existe también una importante Guía de Procedimientos Laborales, emitida por el Ministerio de Trabajo de República Dominicana en el año 2010, de la cual destacamos la referencia a un procedimiento administrativo para la Dirección General de Trabajo. De conformidad con la misma, a la mencionada Dirección le corresponde investigar la denuncia de las irregularidades en la ejecución de los contratos, convenios, leyes y reglamentos de trabajo que le sean sometidas por los empleadores y los trabajadores perjudicados. La investigación se debe hacer dentro de los tres días de la presentación de la denuncia, conforme con el artículo 424 del Código de Trabajo.

III. PAUTAS EN TORNO A LAS FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO A SER TOMADAS EN CUENTA A LA HORA DE CUMPLIR EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL Y NACIONAL

De acuerdo con el bloque de constitucionalidad, la normativa infraconstitucional que se cita en este trabajo, así como el conjunto de principios y directrices no vinculantes contenido en el “Marco Multilateral de la OIT las Migraciones Laborales”, en el marco de la problemática que resume el apartado primero de este trabajo, resulta necesario recordar y en algunos casos replantear las principales competencias y funciones de las Inspecciones de Trabajo a que alude la presente investigación. Cabe mencionar que en este apartado y a lo largo del trabajo, utilizamos el concepto de “competencia”, en el sentido que lo hace el Derecho Público cuando se refiere a una autoridad, como *“el conjunto de poderes y deberes atribuidos e impuesto a un agente para permitirle llevar a cabo su misión”*.⁷³ Esta definición de “competencia”, nos permite recordar que los funcionarios públicos, como es el caso de los inspectores de trabajo, tienen lo que la doctrina del derecho administrativo denomina poderes-deberes, en el sentido de que sus facultades también los obligan al uso y cumplimiento de las mismas.

73 Coordinador CORNU Gerard, “Vocabulario Jurídico”, Editorial Temis, Bogotá, 1995,

Las pautas que de seguido exponemos se planean de manera general, sin entrar a hacer distinciones de país a país, pretendiendo con ello lograr una medida común para lo que consideremos son poderes y deberes de las inspecciones de trabajo en cualquier país donde rijan el marco normativo internacional al que se hizo referencia páginas atrás. Algunas de estas pautas derivan directamente de normas legales del derecho internacional y nacional, de los principios y directrices de la OIT, o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En otros casos, se trata de procedimientos de conveniencia institucional, cuyo origen lo encontramos al final de cuentas en los principios de igualdad y no discriminación que provienen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las Constituciones Políticas de los países.

- 1- Corresponde a las Inspecciones de Trabajo, aplicar el derecho sobre trabajadores migrantes que se encuentra contenido en el bloque de constitucionalidad, el cual comprende tanto los textos y principios constitucionales, como las normas de Derecho Internacional, ya se trata de Convenciones, Convenios o Tratados, y las interpretaciones que han hecho los tribunales internacionales.
- 2.- Los instrumentos de Derecho Internacional más importantes, que consecuentemente corresponde aplicar a las Inspecciones de Trabajo para regular la condición de los trabajadores migrantes en los países de inmigración a que refiere este trabajo son los siguientes: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la Carta Constitutiva de la Organización Internacional de Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana de Derechos Humanos, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo(OIT), los Convenios No. 100 y 111 de la O.I.T, y en el caso de Costa Rica y Panamá, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Protocolo de San Salvador).
- 3.- A la hora de aplicar los instrumentos internacionales antes referidos a la condición de los trabajadores migrantes en el país de inmigración, los tres países a que se refiere este trabajo, como Estados sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben tomar en cuenta los siguientes lineamientos de dicho Tribunal:
 - A.- El deber de respetar y garantizar el principio de igualdad es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado.
 - B.- Los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

- C.-** Los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deben velar porque se garanticen los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción. Esto implica una responsabilidad de todo Estado respecto a dichos sujetos. En general, los derechos reconocidos en el Pacto son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas (Doctrina del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, recogido en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003).
- D.-** El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al jus cogens, por lo que la comunidad internacional no admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental. No se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, 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.
- E.-** Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinados grupos de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros, que bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.
- F.-** El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de su estatus migratorio. Esto implica, entre otras cosas, que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.
- G.-** Las garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal y de cualquier otro carácter. No solo en el ámbito penal. Los derechos laborales del trabajador subsisten, pese a las medidas que tomen en su contra las autoridades migratorias.

Aunque la Corte Interamericana no lo indique expresamente en sus fallos, pero así se desprende de su doctrina, lo anterior exige que en los procesos de expulsión, deportación repatriación o privación de libertad de trabajadores migrantes fuera de un Estado, debe garantizársele la posibilidad de accionar administrativa o judicialmente para exigir y lograr del empleador el cumplimiento de las obligaciones legales con dicho trabajador.⁷⁴

74 Al respecto indica el parágrafo 126 de la Opinión Consultiva de 17 de setiembre de 2003 lo siguiente: "Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real. Los derechos laborales derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten".

- H.- El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
- I.- Los Estados y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes en situación migratoria irregular. Sin embargo, si tales personas son contratadas para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular.
- J.- Los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Ello implica que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados a nivel nacional en las constituciones políticas, en la legislación laboral, en los convenios colectivos, en los convenios-ley, o a nivel internacional, en cualquier tratado internacional de que sea parte.

En relación con este último mandato, debe tomarse en cuenta que Costa Rica, Panamá y República Dominicana suscribieron un Tratado de Libre Comercio que los liga con el resto de Centro América y con los Estados Unidos de América, en cuyo capítulo XVI, asumieron compromisos como el de reafirmar sus obligaciones y compromisos en virtud de la Declaración de la O.I.T, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo y su Seguimiento (1998), comprometiéndose además a que los derechos laborales mencionados en el Artículo 16.8 del Tratado sean igualmente reconocidos por su legislación. Estos derechos son: el derecho de asociación, el derecho de organizarse y negociar colectivamente, la prohibición de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, la edad mínima para el empleo de niños y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, y condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacionales.

- 4.- El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, denominado Convenio Relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, 1951 (núm.100), supera el concepto tradicional de nuestras legislaciones laborales en cuanto a que para aplicar el principio de igualdad salarial, debe tratarse de trabajos de idénticas condiciones de eficiencia. El Convenio núm. 100 introduce un concepto más amplio, que permite comparar el valor contenido en el trabajo de los dos géneros. Este concepto de “igual valor, igual salario” ya ha sido asumido por la Constitución de República Dominicana.
- 5.- El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, (núm. 111) de la Organización Internacional del Trabajo, al definir el concepto de discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en 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, resulta aplicable a la condición de los trabajadores migrantes, regulares o irregulares, no solo porque como trabajadores pueden también ser objeto de alguna de las formas de discriminación indicadas, sino también porque el inciso b) del artículo 1 del Convenio se refiere a “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo...”. Esta interpretación amplia del Convenio No. 111 de la O.I.T ya ha sido practicada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, fundamentalmente en casos de discriminación por motivos de enfermedad.⁷⁵

6.- De acuerdo con los principios y directrices contenidos en el documento titulado “Marco multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales”, esta organización ha señalado las siguientes directrices en materia de trabajo migrante:

A.- Los gobiernos deben garantizar que los programas de trabajo temporal se correspondan con las necesidades establecidas en el mercado de trabajo, que estos programas respeten el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales, y que los trabajadores incluidos en los programas temporales gocen de todos los derechos concedidos por la normativa internacional de derechos humanos (directriz 5.5).

B.- Los gobiernos deberían garantizar que la legislación y la práctica nacionales de promoción y protección de los derechos humanos se apliquen a todos los trabajadores migrantes y que sean respetadas por todas las partes interesadas (directriz 8.1).

C.- Se deberá proporcionar información a los trabajadores migrantes sobre sus derechos humanos así como sus obligaciones, y ayudarles a defender sus derechos (directriz 8.2).

D.- Los gobiernos deberían establecer mecanismos de aplicación eficaces para la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y proporcionar formación sobre derechos humanos a todos los funcionarios gubernamentales que se ocupan de las migraciones (directriz 8.3).

E.- Se deberán adoptar, aplicar y hacer cumplir leyes y políticas destinadas a:

-Garantizar a los trabajadores y a las trabajadoras migrantes, el derecho de libertad sindical, y en caso de afiliarse a sindicatos, el derecho de ocupar cargos en esas organizaciones, protegerles contra la discriminación basada en sus actividades sindicales y garantizar la observancia de esos derechos por parte de las organizaciones de empleadores y de trabajadores (directriz 8.4.1).

75 Al respecto, ha señalado la Sala Constitucional de Costa Rica: “En sentencia número 2005- 13205 de las 15:13 horas del 27 de septiembre del 2005, este Tribunal resolvió -en lo que interesa- que: VI. (...) Como se indicó, el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera causas y el respeto a la dignidad humana son elementos esenciales de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya salvaguardia le corresponde no solo al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad. En tal sentido, toda clase de discriminación, sin importar que provenga de la Administración o de un particular, resulta violatoria del orden constitucional. En el caso concreto de la discriminación laboral por enfermedad, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa cualquier tipo de trato discriminatorio, tesis que, de igual forma, profesa nuestro régimen constitucional al amparo de lo regulado en el numeral 33 de la Ley Fundamental.

-Proteger a los trabajadores migrantes de las condiciones de trabajo forzoso, incluidas la servidumbre por deudas y la trata, en especial a los trabajadores migrantes en situación irregular o a otros grupos de trabajadores migrantes, particularmente vulnerables a esas condiciones (directriz 8.4.2).

-Garantizar el respeto a la edad mínima de admisión al empleo, de conformidad con el convenio núm. 138, y prohibir de manera efectiva las peores formas de trabajo infantil, incluida la trata y el trabajo forzoso de los niños migrantes y de los hijos de los trabajadores migrantes, con arreglo al Convenio núm. 182 (ver directriz 8.4.3).

-eliminar todas las formas de discriminación contra los trabajadores migrantes en materia de empleo y ocupación.

- F.-** Adoptar medidas para garantizar que los trabajadores migrantes en situación regular en el país reciban el mismo trato que los nacionales en materia de oportunidades de empleo y de formación tras un período razonable de empleo, y que, en caso de pérdida de sus puestos de trabajo, se les conceda un plazo suficiente para encontrar otro, de conformidad con el Convenio núm. 143 y su Recomendación núm. 151 (ver directriz 9.4).
- G.-** Adoptar medidas para garantizar que los trabajadores migrantes, que dejan el país de empleo tengan derecho a percibir cualquier remuneración p prestación pendientes que se les pudiera deber en relación con el empleo y, según proceda, que se les conceda un plazo razonable de permanencia en el país para reclamar los salarios impagos (directriz 9.5).
- H.-** Garantizar que las restricciones de los derechos de los trabajadores migrantes temporales no son contrarias a las normas internacionales pertinentes (directriz 9.7).
- I.-** Adoptar medidas para garantizar que la legislación laboral y social nacional se aplique a todos los trabajadores y las trabajadoras migrantes, incluidos los ocupados en el servicio doméstico y otros grupos vulnerables, en especial en lo que respecta al empleo, la protección de la maternidad, los salarios, la seguridad y salud en el trabajo y otras condiciones de trabajo, de conformidad con los instrumentos pertinentes de la OIT (ver directriz 9.8).
- J.-** Adoptar medidas para garantizar que todos los trabajadores migrantes perciban su salario de forma directa y con regularidad, que puedan disponer libremente de él y que se les pague en su totalidad al término del empleo de conformidad con los instrumentos pertinentes de la OIT, la legislación y prácticas nacionales (directriz 9.11).
- K.-** Adoptar medidas para garantizar en la legislación y en la práctica que todos los trabajadores migrantes reciban el mismo trato que los trabajadores nacionales en materia de seguridad y

salud en el trabajo, con inclusión de medidas para abordar los riesgos específicos que existen en determinados sectores y ocupaciones, en especial la agricultura, la construcción, la minería, la hotelería y restauración y el servicio doméstico y tratar los riesgos específicos a los que se enfrentan las mujeres y cuando proceda promover oportunidades en el lugar de trabajo (directriz 9.12).

- L.-** Extender la inspección de trabajo a todos los lugares de trabajo donde se emplee a trabajadores migrantes, a fin de controlar eficazmente sus condiciones laborales y supervisar el cumplimiento de los contratos de empleo (directriz 10.1).
- M.-** Asegurar que las inspecciones de trabajo o las autoridades competentes que corresponda dispongan de los recursos necesarios y que los inspectores de trabajo reciban formación adecuada para tutelar los derechos de los trabajadores migrantes y las diferentes necesidades de los trabajadores y la trabajadoras migrantes (directriz 10.2).
- N.-** Proporcionar a todos los trabajadores migrantes recursos efectivos contra la violación de sus derechos y establecer canales eficaces y accesibles para todos los trabajadores migrantes para presentar denuncias y exigir reparación sin sufrir discriminación, intimidación ni represalias (directriz 10.5).
- O.-** Proporcionar servicios de interpretación y traducción para los trabajadores migrantes y en los procedimientos administrativos y judiciales, si fuera necesario (directriz 10.10).
- P.-** Intensificar las medidas encaminadas a detectar e identificar prácticas abusivas contra los trabajadores migrantes, incluidos el acoso o la violencia física o sexual, la restricción de la libertad de movimiento, la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso, las retenciones indebidas y el pago insuficiente o con retraso de los salarios y otras prestaciones, la retención del pasaporte o los documentos de identidad o de viaje y la amenaza de denuncia a las autoridades, en especial en los sectores que se encuentran fuera de los canales habituales de reglamentación y protección, como el servicio doméstico (directriz 11.2).
- Q.-** Adoptar medidas para garantizar que los servicios de reclutamiento y colocación no recluten, contraten o empleen a trabajadores en puestos de trabajo que entrañen peligros o riesgos inaceptables o un trabajo abusivo o discriminatorio de cualquier tipo, e informar a los trabajadores migrantes, en un idioma que entiendan, acerca de la naturaleza del puesto de trabajo ofrecido y de los términos y condiciones de empleo (directriz 13.4).

7.- De acuerdo con los Códigos de Trabajo de Costa Rica, Panamá y República Dominicana, la legislación laboral es de carácter territorial, lo cual implica que sus normas se aplican por igual a todas las personas que presten sus servicios en el territorio de dichos Estados. Así se desprende del artículo

14 del Código de Trabajo de Costa Rica, el cual posee la siguiente dicción: “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 todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni nacionalidades”.

Por su parte, el artículo 2 del Código de Trabajo de Panamá indica: “Las disposiciones de este Código son de orden público, y obligan a todas las personas, naturales o jurídicas, empresas, explotaciones y establecimientos que se encuentren en el territorio nacional”.

Finalmente, el Principio IV del Código de Trabajo de República Dominicana señala: “Las leyes concernientes al trabajo son de carácter territorial. Rigen sin distinción a Dominicanos y a extranjeros, salvo las derogaciones admitidas por convenios internacionales. En las relaciones entre particulares, la falta de disposiciones especiales es suplida por el derecho común”.

- 8.- De conformidad con los textos constitucionales y legales que se han transcrito en este trabajo, en los tres países estudiados no existen a nivel de legislación laboral diferencias entre nacionales y extranjeros, siendo la única excepción el acceso al empleo, en las que tanto Panamá como República Dominicana establecen limitaciones mediante un sistema de cuotas. Tal tipo de limitaciones no afecta (o al menos no debería afectar) la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la configuración y aplicación de la normativa laboral, una vez que un trabajador migrante, en situación regular o irregular entra a laborar para un empleador. La eventual nulidad de un contrato laboral, en ningún caso debería afectar los derechos laborales que provienen de la relación laboral.
- 9.- Los Convenios núms. 81 y 129 de la OIT los cuales han sido aprobados en ambos casos por Costa Rica, y en el caso del Convenio No. 81 por Panamá y República Dominicana, confieren a las Inspecciones de trabajo tres grandes competencias, a saber:
 - A.- Una labor de vigilancia que se concreta en la obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión; B. Una función preventiva y asesora, que el Convenio describe como obligación de facilitar información técnica, así como de asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales; y C. Una función represiva o sancionadora, que puede normalmente recaer en los Tribunales de Justicia, pero mediante denuncia que presentarán las autoridades administrativas.

En el caso de República Dominicana, aún cuando este país no haya aprobado los Convenios de O.I.T. mencionados, las competencias anteriores se pueden inferir de las disposiciones del Código de Trabajo y de las reglamentaciones existentes.

- 10.-Los funcionarios encargados de realizar las inspecciones deben prestar especial atención a temas tan importantes como son las barreras lingüísticas y las labores de comunicación.⁷⁶
- 11.-Es importante tener presente la diferencia entre la inspección de trabajo y su aplicación en condiciones normales, y la inspección de la migración y su aplicación. La labor esencial de la inspección de trabajo con respecto a los trabajadores migrantes, es hacer llegar a los mismos el manto protector de la legislación laboral. No corresponde a las autoridades de trabajo realizar labores de policía administrativa. Sobre este tema, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T. ha señalado que **“el deber principal de los inspectores de trabajo es proteger a los trabajadores, no aplicar la legislación sobre inmigración”**.⁷⁷ Como bien se indica en el documento titulado “Migración laboral internacional un enfoque basado en los derechos”, *“los trabajadores migrantes en situación irregular suelen evitar las inspecciones de trabajo por miedo a que se les descubra y a una posible deportación. Evidentemente éste es uno de los principales motivos por los que se enfrentan a abusos y explotación por parte de los empleadores”*.⁷⁸
- 12.-En el caso de Costa Rica, Panamá y República Dominicana, donde se han suscrito convenios para la contratación de trabajadores migrantes, en condición de trabajadores temporales, es necesaria una labor de vigilancia y fiscalización profunda y meticulosa por parte de las Inspecciones de Trabajo de cada país, a fin de que tales convenios se cumplan. En este sentido, tanto debe vigilar el cumplimiento de los convenios el país de nacionalidad de los migrantes, como el país de acogida de los mismos.
- 13.-Las autoridades de la Inspección de Trabajo deben garantizar las reglas del debido proceso para los trabajadores migrantes, en cuanto al acceso a la justicia administrativa y judicial. Deben crearse mecanismos administrativos por los cuales se garantice que la expulsión o deportación de un trabajador migrante no implique de manera automática la pérdida de sus derechos laborales.
- 14.-Dadas las limitaciones que normalmente tienen las Direcciones de Inspección de Trabajo y los Ministerios de Trabajo en General, es entendible y recomendable que se opte por una focalización de la labor inspectiva en ciertas áreas de la actividad económica y cierto tipo de trabajadores en particular. Siendo ello así, no solo resulta importante focalizar la labor de inspección en aquellos lugares geográficos y áreas económicas en que existe mayor concentración de trabajadores migrantes, sino también en aquéllas donde se mezcla la condición de trabajador migrante con la de pertenencia al género femenino, dado el proceso que se viene señalando por los estudiosos, de la llamada feminización de las migraciones.

76 OIT. “Migración Internacional un enfoque basado en los derechos. Plaza y Valdés Editores, Ginebra, 2013, pág. 222.

77 *Ibidem*, página 223.

78 *Idem*.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDES Flores, Franklin. *La problemática del trabajador migrante en estos sectores de la economía nacional*. Inspección de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica. Entrevista, 27 de agosto de 2010.

BOLAÑOS Céspedes, Fernando. *Apuntes sobre el régimen de los trabajadores migrantes en Costa Rica*. Revista de la Sala Segunda No.1, San José, Costa Rica, Diciembre 2005.

BRIONES Briones, Eric. Jefe de la Unidad de Asesoría Legal de la Inspección de Trabajo de Costa Rica. Entrevista, 16 de agosto de 2013.

CASALE, Giuseppe; SIVANANTHIRAN, Alagandram. *“Los Fundamentos de la Administración del Trabajo”*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo 2011.

CEPAL. “La República Dominicana en 2030: hacia una nación cohesionada”. México, D. F., Naciones Unidas. 2009.

CÓDIGO de Trabajo de Costa Rica. Ley No. 2 de 23 de agosto de 1943.

CÓDIGO de Trabajo Panamá. Ley de 30 de diciembre de 1971.

CÓDIGO de Trabajo de República Dominicana. Ley No. 1692 de 29 de mayo de 1992.

CONSTITUCIÓN Política de Panamá. Promulgada el 11 de octubre de 1972.

CONSTITUCIÓN Política República Dominicana. Promulgada el 26 de enero del año 2010.

CONSTITUCIÓN Política de Costa Rica. Promulgada el 7 de noviembre de 1949.

CORNÚ, Gerard. *Vocabulario Jurídico*. Coordinador. Editorial Temis, Bogotá, 1995,

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18/03*. 17 de setiembre de 2003.

DECRETO Ejecutivo. Reglamento de Organización y de Servicios de la Inspección de Trabajo, MTSS. No. 28578, Costa Rica, 2008.

DECRETO Ejecutivo. Reorganiza la estructura del Ministerio de Trabajo, No. 84. Panamá, 31 de diciembre de 1996.

FUNPADEM. *Derechos Laborales en Centroamérica y Panamá del Informe Estado de la Región*. Ponencia Informe Estado de la Región. San José, Costa Rica. 2008.

Guía de Procedimientos Laborales (Procedimientos Administrativos, Judiciales e Internacionales de Protección de los Derechos Laborales). Ministerio de Trabajo. República Dominicana, 2010.

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(szmbol\)CCPR.C.21.Rev.1.Add.9](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(szmbol)CCPR.C.21.Rev.1.Add.9). *Comentario General Adoptado por La Comisión de Derechos Humanos. ADENDUM a la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, Comentario General No. 27 (67) Libertad de Movimiento.

LEY No. 53. Atribuye Competencias al Ministerio de Trabajo para conocer de reclamaciones laborales. Panamá, 28 de agosto de 1975,

LEY Orgánica del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, Decreto de Gabinete No. 249, Panamá, 16 de julio de 1970).

LEY Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad

Manual de Inspección de Trabajo, MTSS, Costa Rica (entrará en vigencia a partir del año 2013).

MANUAL de Procedimientos del Dpto. de Seguridad y Salud en el Trabajo. Resolución No. 31-2012 , Panamá, 7 de febrero de 2012.

Manual de Procedimientos Legales de la Inspección de Trabajo, MTSS, Costa Rica, Año 2008.

MORALES Gamboa, Abelardo. *Dinámica actual y contexto de las migraciones en América Central*. En Migraciones y Derechos Humanos. Reunión de expertos. San José, Costa Rica, IIDH. 2004.

OIM, OIT, CECC SICA, Red de Observatorios del Mercado Laboral. *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe de Panamá*. San José, C.R., 2013.

OIM, OIT, CECC SICA, Red de Observatorios del Mercado Laboral. *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe de Costa Rica*. San José, C.R., 2013.

OIM, OIT, MTSS, CECC, SICA, OCLAD, Red de Observatorios del Mercado Laboral. *Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana. Informe regional*. AECID, San José, C.R., 2011.

OIT. *“Igualdad en el Empleo y la Ocupación”*. Informe III (Parte 4 B) 83ª Reunión, Conferencia Internacional del Trabajo., Ginebra, Primera Edición 1996.

OIT. *“Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos”*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.

OIT. *“Trabajadores Migrantes”*, Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT a la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional de la OIT del año 1999. Oficina de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999.

OIT. *“Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015”*. Informe del Director General a la XVI Reunión Regional Americana, mayo de 2006, primera edición, 2006.

OIT. *Convenio relativo a la Inspección de Trabajo en la Agricultura*. Convenio No. 129. Ginebra, 25 de junio de 1969.

OIT. *Convenio relativo a la Inspección de Trabajo en la Industria y el Comercio*. No. 81, Ginebra, 11 de julio de 1947

OIT. *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)* Núm. 111, Ginebra 1958.

OIT. Recomendación No. 133.

OIT. Recomendación No. 81

OIT. *“Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, página vi del Prefacio.

ONU. Declaración de los Derechos del Hombre.

QUESNEL Meléndez, Carlos. *“The right to return and repatriation in International Law, with special reference to refugees and displaced personas in México and Central America”*. Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Ginebra, 1990.

REGLAMENTO Orgánico del Ministerio de Trabajo y Desarrollo. Decreto Ejecutivo, Panamá, 18 de abril de 1994.

RUIZ Arce, Johnny. Jefe del Dpto. de Migraciones Laborales del MTSS. Entrevista, 16 de agosto de 2013.

TORRES de León, Vasco. *“Trabajo de Migrantes de Panamá”*. Proyecto Políticas de Migración Laboral sensibles al género en los corredores Nicaragua-Costa Rica-Panamá y Haití-República Dominicana”, Ciudad de Panamá, 2012.

VEGA Ruíz, María. *“Garantizando la gobernanza: Los sistemas de inspección de trabajo en el mundo. Tendencias y retos”* Un enfoque comparado. OIT, San José, 2013.

Jurisprudencia:

SALA Constitucional de Costa Rica. Votos Nos. 5965-94, 1059-95, 2570-97, 5526-98, 8857-98, 0616-99, 13205-2005

TRIBUNAL Constitucional Español. Sentencias Nos. 107/1984 y 115/1987.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos. Resoluciones. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de setiembre de 2003, solicitada por Estados Unidos Mexicanos; y Sentencia de 08 de setiembre de 2005, caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana.

