

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO II – NÚMERO III

**PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES
EN UN CONTEXTO GLOBAL**

Lisboa
Editorial Juruá
2016

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO II, Nº III, 2º SEM. 2016



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00003.00

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Blanca Sillero Crovetto
Camila Castanhato
Cândida Joelma Leopoldino
Carla Liliane Waldow Esquivel
Carlos Fco. Molina del Pozo
Caroline Andreska Targanski
Demetrius dos Santos Ramos
Edna Raquel R. S. Hogemann
Egas Moniz-Bandeira
Elizângela Treméa Fell
Érica Maia Campelo Arruda
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Gabrielle Kölling
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Imaculada García Presas
J. Eduardo López Ahumada

José Carlos Buzanello
José Laurindo de Souza Neto
Luiz Valerio dos Santos
M^a Ángeles Pérez Marín
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Maria de Jesus Rodrigues Araujo Heilmann
Maria Goretti Dal Bosco
Marilene Araujo
Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Pablo Cristobal Molina del Pozo Martin
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Sandra Regina Martini
Thiago Brazolin Abdulmassih
Viviane Coêlho de Sellos Knoerr
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LA RESPUESTA DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DE LA OIT AL TRABAJO MIGRANTE: UN ANÁLISIS TRANSVERSAL

THE RESPONSE OF INTERNATIONAL CONVENTIONS ILO ON MIGRANT LABOR: A TRANSVERSAL ANALYSIS

*J. Eduardo López Ahumada*¹

Resumen: El presente trabajo analiza el tratamiento de la protección de los trabajadores migrantes en los convenios internacionales de la OIT. El estudio relaciona los Convenios específicos relativos a dicho colectivo vulnerable en conexión con los Convenios generales de la OIT. Se realiza, pues, una revisión de la respuesta tradicional planteada por los Convenios OIT, como normas internacionales del trabajo, que establecen unos principios y unos derechos básicos en el trabajo. Dichas normas internacionales se proyectan especialmente sobre las migraciones laborales. El objetivo de dichas normas es promover flujos migratorios laborales que se asienten en condiciones de libertad, dignidad, equidad y seguridad en sintonía con el concepto de trabajo decente. Los Convenios de la OIT se aplican con carácter general a todos los trabajadores y su efecto jurídico expansivo incluye ineludiblemente a los trabajadores migrantes. Se trata, sin duda, de convenios estrechamente relacionados con el trabajo de las personas migrantes y que nos obliga a realizar un análisis transversal y sistemático de una regulación ciertamente dispersa.

Palabras Clave: Derecho laboral internacional, Convenios Internacionales OIT, Trabajadores migrantes, igualdad y no discriminación, condiciones de empleo y ocupación.

Abstract: This paper analyzes the treatment of the protection of migrant workers in international conventions of the ILO. The study relates the specific

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alcalá.

Conventions on this vulnerable group in connection with the general ILO Conventions. The report provides a review of the traditional response raised by ILO Conventions, as international labor standards, which set out basic principles and rights at work. These international standards apply especially on labor migration. The objective of these rules is to promote labor migration flows to settle in conditions of freedom, dignity, equity and security in line with the concept of decent work. ILO Conventions apply generally to all workers and their expansive legal effect unavoidably includes migrant workers. Undoubtedly, the Conventions are closely linked to the work of migrants and that means performing a cross and systematic analysis of a regulation certainly dispersed.

Keywords: International Labor Law, ILO Conventions, migrant workers, equality and non discrimination, conditions of employment and occupation.

1 EL INTERÉS DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS LABORALES

El aumento de los flujos migratorios laborales se ha experimentado debido a la propia globalización económica y a la ausencia de posibilidades de empleo en los países de origen, que con carácter general hacen de la migración casi la única alternativa para las personas migrantes². Ciertamente, se trata de un fenómeno que afecta a distintos colectivos, por ejemplo, trabajadores estacionales o temporales, trabajadores en situación irregular, víctimas de trata y de trabajo forzoso, trabajadores cualificados³ etc. La mayor parte de las migraciones responden a cuestiones laborales y, en este sentido, la OIT se ha preocupado especialmente de la perspectiva laboral de los flujos

² Conviene tener en cuenta que los migrantes internacionales representaban en 2010 el tres por ciento de la población mundial. La OIT cifraba en entorno a doscientos catorce millones la presencia de personas migrantes. Ciertamente, la migración está estrechamente relacionada con el trabajo y el empleo, siendo este el principal motivo de migración. De acuerdo con las estimaciones de la OIT, realizadas en el año 2010, se calcula que en todo el mundo había alrededor de 105,4 millones de migrantes económicamente activos, que movilizaban igualmente a sus familiares. Dentro de este colectivo el cincuenta por ciento eran mujeres. Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, Ginebra, 2010, p. 2. Sin duda, se trata de cifras que actualmente habría que actualizar a la baja debido a los efectos de la crisis económica.

³ Ciertamente, no se trata de un fenómeno exclusivo de trabajadores poco cualificados y sin formación. Igualmente, el trabajo cualificado se proyecta en las migraciones laborales y se estima que generalmente los países en desarrollo pierden entre un diez por ciento y un treinta por ciento de sus trabajadores capacitados y profesionales a causa de la “fuga de cerebros”.

migratorios. La OIT desarrolla programas y acciones dirigidos a la protección de los trabajadores migrantes, que derivan de la aplicación de los derechos fundamentales internacionales en el trabajo contemplados en los convenios internacionales específicos y generales. Ello supone promover condiciones para asegurar que los flujos migratorios laborales se desarrollen garantizando la igualdad de trato y de oportunidades, reconociendo la importante contribución que dichas migraciones suponen especialmente en los países de destino, ya que contribuyen al crecimiento económico y a la creación del bienestar.

Los trabajadores migrantes se configuran como un colectivo especialmente vulnerable, circunstancia que se presenta especialmente en el momento de acceso al empleo⁴. En este sentido, las personas migrantes se ven obligadas a asumir trabajos que evitan los nacionales en sectores económicos menos atractivos, trabajos con baja cualificación del sector servicios, servicios domésticos, trabajos estacionales, labores peligrosas o insalubres, o incluso trabajos en la economía informal. Dichas situaciones de trato diferencial se encuentran condicionadas en la práctica por el obstáculo insalvable de la baja cualificación de los trabajadores migrantes, aunque en muchas circunstancias dichos trabajadores acreditan una formación adquirida en sus países de origen, cuyas competencias profesionales no son reconocidas en el Estado de acogida.

La mayor vulnerabilidad de los trabajadores migrantes se aprecia en el desarrollo de las relaciones laborales, mostrándose situaciones de trato desigual en comparación con los trabajadores nativos; por ejemplo, en relación a los incumplimientos contractuales, impagos salariales o despidos injustificados. Ello supone la existencia de relaciones laborales con una elevada dosis de inseguridad en el empleo y con condiciones de trabajo menos ventajosas. Efectivamente, dicha vulnerabilidad en el empleo sitúa a los trabajadores migrantes ante la explotación y la precariedad laboral, lo que implica situaciones de desigualdad y discriminación en el trabajo. De igual modo, estos trabajadores migrantes encuentran dificultades prácticas para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, ya que sus relaciones laborales generalmente

⁴ En este sentido, la Recomendación OIT núm. 198 de 2006, relativa a la relación de trabajo, alude a los trabajadores migrantes como una categoría de trabajadores vulnerables [arts. 5 y 6 c)]. Del mismo modo, y en relación a la referencia a los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable. Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., pp. 94-95.

temporales implican de facto un bajo grado de protección social y en muchos casos los reducidos períodos de cotización condicionan la protección social contra los riesgos profesionales o impiden la transferencia de los derechos de Seguridad Social. De igual modo, el desempleo afecta especialmente a los trabajadores migrantes. Sin duda, el índice más elevado de desempleo lo sufren más los trabajadores migrantes en los países desarrollados de la Unión Europea y la OCDE, en comparación con los trabajadores nacionales. Asimismo, conviene indicar que estas altas tasas de desempleo en los países desarrollados repercuten con más intensidad en las mujeres y jóvenes migrantes, que son particularmente vulnerables al desempleo.

Las migraciones laborales es una cuestión de naturaleza transversal, que se encuadra en el ámbito del programa del trabajo decente⁵. Ello presupone promover que las migraciones se asienten en condiciones de libertad, dignidad, equidad y seguridad en sintonía con el concepto de trabajo decente. Los movimientos migratorios internacionales tienen actualmente naturaleza compleja y son diversos en sus manifestaciones y razones que los motivan. La respuesta tradicional de la OIT a dicho fenómeno se ha producido en virtud de los Convenios de la OIT. Estas disposiciones normativas se aplican con carácter general a todos los trabajadores y su efecto jurídico expansivo incluye ineludiblemente a los trabajadores migrantes. Se trata, sin duda, de convenios estrechamente relacionados con el trabajo de las personas migrantes y que nos obliga a realizar un análisis transversal y sistemático de una regulación ciertamente dispersa.

Dichos convenios especialmente relevantes, que analizaremos posteriormente en sus efectos esenciales, son los siguientes: convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 (núm. 157), Convenio sobre la población indígena y tribal de 1957 (núm. 107), Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989 (núm. 169), Convenio sobre la política del empleo de 1964 (núm. 122), Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949 (núm. 98), Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100) de 1951, Convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958 (núm. 111), Convenio sobre la protección del salario de 1949 (núm. 95), Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm.

⁵ Vid. OIT, *Rights, Labour Migration and Development: The ILO Approach*, Ginebra, 2007, p. 4.

118), Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1982 (núm. 157)⁶.

Desde el punto de vista de la protección del trabajo migrante, nuestra atención se dirige a los trabajadores que encuentran en el acceso al empleo y en la ocupación prácticas discriminatorias ligadas a su condición migrante y cuyas relaciones se ven sometidas a elevadas dosis de precariedad laboral. El fenómeno de las migraciones laborales está en conexión con los desafíos que han impuesto los cambios económicos, demográficos y tecnológicos, que demandan la presencia de los trabajadores extranjeros en los países industrializados. Ciertamente, los trabajadores migrantes ocupan generalmente empleos que no se logran cubrir con los trabajadores nacionales, y en su incorporación y actuación en el mercado de trabajo pueden encontrar diversas barreas formales o informales que iremos analizando. Dichos obstáculos impiden el acceso a un trabajo digno y justo. Con todo, conviene apuntar que la actual crisis económica y del empleo ha afectado especialmente a las condiciones de empleabilidad de los trabajadores migrantes. La actual recesión económica ha supuesto, como veremos, una pérdida de protagonismo del tema de los trabajadores migrantes en comparación con las acciones internacionales previas a la crisis económica.

2 LA TUTELA DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: PRESUPUESTO Y CONTENIDO NECESARIO DEL TRABAJO DECENTE

El objetivo de la protección es necesariamente la lucha por unas condiciones laborales dignas que se apliquen en modelos de relaciones laborales estables, que puedan resistir a los cambios de los ciclos económicos. Sin duda, este es el mejor modo de reducir la exclusión

⁶ Igualmente, además de estos convenios especialmente relevantes para la protección de los trabajadores migrantes existen otros convenios de la OIT que refuerzan los mecanismos de tutela, al referirse a cuestiones esenciales en materia de igualdad en el empleo o por centrarse en la regulación de determinados sectores donde se concentran los trabajadores migrantes. En este sentido, citamos los siguientes convenios sobre: inspección del trabajo, 1947 (núm. 81) inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129), (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19), la protección del salario, 1949 (núm. 95), la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), las plantaciones, 1958 (núm. 110), seguridad y salud, 1981 (núm. 155), servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161), protección de la maternidad, 2000 (núm. 183).

social y la pobreza, que generan nuevas formas de desigualdad⁷. Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona⁸. Ello implica, ciertamente, la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador. No cabe duda, que al tratarse de un objetivo sumamente ambicioso, ello sobrepasa la perspectiva puramente laboral y tiene una proyección social evidente⁹.

La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza¹⁰. No cabe duda que la pobreza y la exclusión social están igualmente presentes en el mercado de trabajo y generan situaciones de discriminación laboral y precisamente la reducción de la pobreza tiene mecanismos directos de aplicación en el mercado de trabajo¹¹. Este objetivo es especialmente importante en un mundo globalizado como el actual, en el que las migraciones laborales se han intensificado y las sociedades nacionales están haciéndose cada vez más diversas. En estos contextos la lucha por la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo y en la sociedad dependen de la garantía de la asimilación y la inclusión social.

Sin duda, un impulso importante a la protección de los trabajadores migrantes se realizó en 2007 con adopción del Marco multilateral de la OIT para la migración laboral. Este nuevo marco de actuación hace especial énfasis en la discriminación que sufren los trabajadores migrantes y se solicita la promoción de sus derechos desde la perspectiva de los derechos

⁷ Vid. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECO SOC), julio de 1997. OIT: *Herramienta para la igualdad de género*, disponible en la página web de la Oficina de la OIT para la Igualdad de Género.

⁸ Vid. HEPPLER, B., *Equality: The New Legal Framework*, Hart Publishing, 2011, p. 27.

⁹ En este sentido, es preciso subrayar que la desigualdad por motivos de género no se limita al trabajo y al empleo, sino que afecta a todos los aspectos de la vida social y a las estructuras socioeconómicas. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. – RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., “The principle of equality in the labour market: reflections on the spanish model”, *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, (Coord. Nikolaos Alvizatos), Ed. BWV Berliner Wissenschafts-Braylant, Atenas, 2004, pp. 527-528.

¹⁰ En relación a la conexión entre pobreza y trabajo decente. Vid. ALKIRE, S. – SANTOS, M.E., *Acute multidisciplinary poverty: A new index for developing countries*, OPHI Working Paper No. 38, Oxford, OPHI, julio de 2010, p. 127. OIT, *Superar la pobreza mediante el trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 91ª reunión, Ginebra, 2003, p. 38.

¹¹ Vid. OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo*, op. cit., p. 100.

humanos. Ciertamente, ello supuso un importante paso adelante, enfocando la migración desde un tratamiento basado en los derechos. Esta nueva perspectiva basada en la protección mediante derechos intenta ofrecer un tratamiento justo al colectivo de trabajadores migrantes en el mundo e intenta promover la adopción de normas jurídicas que puedan impulsar políticas y prácticas en beneficio de la igualdad de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores migrantes.

Este nuevo tratamiento de las migraciones laborales implica necesariamente la necesidad de dar una respuesta adecuada a la denominada migración irregular (no ilegal)¹², que es el término generalmente aceptado por la OIT y que se proyecta sobre el trabajo clandestino que desarrollan personas cuya situación de extranjería en el país de empleo no se encuentra formalmente regularizada. Sin duda, se trata de un gran problema social, ya que se estima que alrededor de un quince por ciento de los trabajadores migrantes se encuentra en situación irregular¹³. En muchos casos, se trata de situaciones evidentes y estructuralmente implantadas, que las autoridades laborales toleran y que se desarrollan en el ámbito de la economía informal. Ciertamente, en la actualidad en la normativa específica de la OIT existe un vacío de protección en relación a los trabajadores migrantes temporales y a los migrantes que prestan servicios en situación irregular. Los Estados tienden generalmente a garantizar formalmente a los trabajadores migrantes regulares o irregulares una igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a la remuneración, límites de tiempo de trabajo y descansos. Efectivamente, la OIT recomienda el desarrollo de estas prácticas nacionales con el fin ayudar al desarrollo de procesos migratorios justos y equitativos desde el punto de vista del trabajo decente¹⁴.

¹² La expresión de migración ilegal es un término negativo y muchas veces injusto, ya que muchos migrantes entran en el país de acogida con documentación válida, pero posteriormente se convierten en irregulares de forma sobrevenida. La Comisión de Expertos ha interpretado que la igualdad de trato afecta igualmente a los migrantes irregulares que son comparados en la medida de lo posible con los migrantes en situación regular. De este modo se permite que los trabajadores migrantes irregulares reciban igualmente protección respecto de los derechos derivado del trabajo efectivamente prestado. Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, loc. cit., apartados 302 y 303.

¹³ Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., pp. 31-36. JANDAL, M., "The estimation of illegal migration in Europe", en *Migration Studies*, vol. 41, núm. 153, Mar. 2004, pp. 141-55.

¹⁴ Asimismo, es preciso destacar las acciones de la OIT dirigidas a la promoción del trabajo decente por países, que han incluido la igualdad como objetivo esencial para el logro de condiciones laborales dignas. Actualmente, los programas de la OIT sobre trabajo decente e igualdad de género han reforzado progresivamente en los últimos

Evidentemente, los programas actuales de migración laboral temporal desarrollados por los Estados no dan respuesta a la demanda permanente de trabajadores migrantes e impiden con carácter general que los trabajadores migrantes se puedan afincar definitivamente en el país de empleo. Sin duda, estos programas de migración temporal y circular deberían respetar el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales. Especialmente, la migración irregular no es solamente una cuestión de orden público, sino que supone la necesidad de implementar vías alternativas de regulación que tengan en cuenta la realidad de las relaciones jurídico privadas existentes. Sin duda, las políticas de regularización pueden ser una vía de fomento del trabajo decente, evitando situaciones de abuso y explotación. Asimismo, pueden reducir el margen de acción de las prácticas discriminatorias, sin olvidar, su importante repercusión en la reducción de la economía informal y la declaración del trabajo asalariado que es una fuente de ingresos para la Seguridad Social por la vía de las cotizaciones sociales¹⁵. Se trataría, en definitiva, de un mecanismo que asegura el aumento de la protección y evita la no discriminación, reconociendo situaciones de igualdad de derechos.

3 LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS CONVENIOS DE LA OIT: EL ESPECIAL TRATAMIENTO DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

El objetivo de la igualdad de los trabajadores migrantes está formalmente reconocido en los principales convenios internacionales que

años la inclusión de la perspectiva de las migraciones. Uno de los objetivos esenciales de los programas es el desarrollo e intercambio de conocimientos y experiencias en relación a la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. Dichos programas se configuran igualmente como planes de acción dirigidos a armonizar las legislaciones nacionales a los convenios de la OIT, salvando los problemas existentes relativos a la aplicación del principio de no discriminación en el trabajo. Sin duda, en este contexto cobra especial importancia la vigilancia de la OIT del nivel de seguimiento de los convenios internacionales, especialmente por medio de los órganos de seguimiento de los tratados internacionales, así como por los propios mecanismos especiales existentes en Naciones Unidas sobre la observancia de las prácticas nacionales derivadas de los tratados internacionales.

¹⁵ En este sentido, conviene recordar la proyección de la regularización de trabajadores migrantes en época de bonanza, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea. Vid. Consejo de Europa, 2007. *Regularisation Programmes for Irregular Migrants*, Doc. 11350, Asamblea Parlamentaria, Bruselas. Véase: <http://assembly.coe.int> [último acceso 5 de diciembre de 2008].

protegen los derechos humanos. Nos estamos refiriendo a importantes normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 2), que contempla la igualdad y no discriminación como derecho básico de los seres humanos. Debemos destacar la proclamación general del derecho a la igualdad, que garantiza que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos” (art. 1). Estamos, pues, ante un derecho humano que gozan todas las personas “sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2).

El Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos de 1996 garantiza asimismo en el ejercicio de los derechos civiles la igualdad ante el Derecho y prohíbe cualquier tipo de práctica discriminatoria en el trabajo. La igualdad efectiva se garantiza respecto de todas las personas, “sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 2.1). Asimismo, el Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos establece que nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre o constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 garantiza los principios de igualdad y no discriminación, cuya aplicación es objeto de un seguimiento periódico por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶. Se asegura el libre ejercicio de los derechos “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 2.2)¹⁷. Concretamente, en el ámbito laboral se garantiza el derecho al trabajo y a la formación profesional, el disfrute de

¹⁶ En relación a los márgenes de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacamos el siguiente informe. Vid. Comité Económico, No-discriminación en derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, párr. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), United Nations, Social and Cultural Rights, Economic and Social Council, E/C.12/GC/20, julio 2009.

¹⁷ Con todo, se ha indicado que el principio de no discriminación opera de forma más debilitada en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales en comparación con los derechos civiles y políticos, y ello a pesar de que dicha diferenciación tenga una difícil justificación. Vid. FITZPATRICK, J., “The Human Rights of Migrants”, en Aleinikoff, T.A. y Chetail, V. (Eds.), en *Migration and International Legal Norms*, Asser Press, The Hague, 2003, pp. 175-176.

favorables condiciones de trabajo, salarios justos y en régimen de igualdad por el trabajo desarrollado, seguridad y salud en el contrato, igualdad de promoción en el trabajo, descanso, ocio y limitación de la jornada y vacaciones, así como poder formar parte de sindicatos y ejercer el derecho a la huelga (art. 6-8).

Con carácter general, conviene indicar que dichos instrumentos internacionales sobre derechos humanos contemplan cláusulas abiertas relativas a la igualdad y no discriminación. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que se prohíbe implícitamente la discriminación por razón de nacionalidad y ello aunque en algunos de estos textos internacionales no se haga referencia explícita a la nacionalidad como motivo de discriminación. El Tribunal ha resuelto que no se pueden denegar las prestaciones de seguridad social a los migrantes únicamente por ostentar una nacionalidad extranjera. Se trata, pues, de un planteamiento protector desde la óptica de los derechos humanos. En efecto, estamos en presencia de un derecho fundamental que se aplica a los trabajadores con independencia de su condición regular o irregular en el país en que se hallen y ello debido a que el disfrute de los derechos humanos fundamentales no está vinculado a la ciudadanía o a la residencia regular en el país de acogida¹⁸. El principio de no discriminación tienen un papel central en la configuración de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y las cláusulas de no discriminación contenidas en los convenios internacionales sobre derechos humanos son de aplicación general¹⁹.

Asimismo, la supresión de la discriminación en el trabajo forma parte de los propios principios constitutivos de la OIT desde su creación en 1919. La acción internacional contra la discriminación tiene su propio origen en los objetivos de la OIT, entre los que figura la justicia social, la libertad y la igualdad. Concretamente, en el Tratado de Versalles de 1919 se recoge el deber de la OIT de tutelar específicamente a los trabajadores migrantes, especialmente en los supuestos de tráfico o trata de personas, así como en el ámbito de la migración irregular. El Tratado de Versalles asegura la igualdad en el empleo y la ocupación, dado que las “las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones del trabajo

¹⁸ Vid. OIT, *Trabajadores migrantes (discusión general en un enfoque integrado)*, Sexto punto del orden del día, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, Nonagésima segunda reunión, núm. 22, miércoles 16 de junio de 2004, conclusión número 28.

¹⁹ Vid. FITZPATRICK, J., “The Human Rights of Migrants”, *loc. cit.*, p. 171.

deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país” (art. 427).

La propia Declaración de Filadelfia de 1944, así como en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (Conferencia Internacional del Trabajo de 18 de junio de 1998) conceden el máximo reconocimiento a la igualdad de trato de los trabajadores migrantes. Concretamente, se contempla el compromiso de eliminar cualquier tipo de discriminación en el empleo y la ocupación [punto 2, letra d)]²⁰. Por su parte, la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, presta una atención especial a los problemas de los trabajadores migrantes. Dicha Declaración vino en su momento a reforzar significativamente los objetivos de la Constitución de la OIT, mediante la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y la promoción de un crecimiento más equitativo, teniendo como objetivo la promoción del pleno empleo con respeto a la dignidad, la seguridad y la igualdad de oportunidades. Concretamente, la Declaración de Filadelfia de 1944, actual Carta de Constitución de la OIT, garantiza que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” [Anexo a la declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, epígrafe II, letra a)]. De este modo, los derechos laborales de los trabajadores migrantes están indisolublemente ligados a los derechos fundamentales en el trabajo reconocidos en la Constitución de la OIT²¹. Estamos, pues, ante un

²⁰ Dicha Declaración fue formulada en el marco de la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 18 de junio de 1998. En este mismo sentido, cobra especial importancia en materia de reconocimiento del principio de no discriminación la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa de 2008 y el Pacto Mundial para el Empleo de 2009.

²¹ La OIT tiene, entre sus funciones, el compromiso de tutelar a los trabajadores migrantes. Así se declara expresamente en el preámbulo de la Constitución, que recoge la obligación de la OIT de mejorar la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero. Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado)*, 1949 (núm. 97) y *la Recomendación (núm. 86)* y *el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, 1975 (núm. 143) y *la Recomendación (núm. 151)*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B), Trabajadores migrantes, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, junio de 1999.

principio rector de la propia OIT, que prácticamente durante un siglo ha trabajado intensamente por implementar dicha máxima en las relaciones laborales desde un punto de vista globalizado.

La igualdad y no discriminación se configura como un derecho ligado a la propia dignidad de la persona²² y ello es una consecuencia derivada de la propia naturaleza de los principios y derechos fundamentales en trabajo. Su carácter universal implica su aplicación a todas las personas con independencia del Estado a que pertenezcan y, por tanto, son derechos que disfrutan los trabajadores migrantes sin perjuicio de su situación regular o irregular en el país donde prestan servicios. Con todo, la OIT ha venido reforzando en sus instrumentos internacionales generales la garantía de la igualdad y no discriminación. La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 contempla el deber de la OIT de prestar especial atención a los problemas de los trabajadores migrantes²³, asegurando empleo y ocupación libre sin posibilidad de discriminación. Concretamente, garantiza la igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes, sin tener en cuenta su nacionalidad o la situación de residencia regular o irregular²⁴ y los Estados miembros de la OIT se comprometen a observar dichos principios incluso con carácter previo a la propia ratificación de los convenios internacionales específicos de la OIT en materia de trabajadores migrantes²⁵.

En el ámbito de los trabajadores migrantes, la Convención internacional de Naciones Unidas sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares de 1990, vigente desde el año 2003, supone una respuesta específica de Naciones Unidas

²² Vid. GIL Y GIL, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2009, p. 225. GIL Y GIL, J.L., – USHAKOVA, T., “La Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo”, en *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pp. 101-102.

²³ La Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo, celebrada en Copenhague en 1995, declaró como principio fundamental la garantía de empleo y ocupación sin discriminación y es el antecedente de la Declaración de la OIT relativa los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

²⁴ Vid. Declaración de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (apdo. 2º).

²⁵ En este sentido, conviene recordar que la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 considera como uno de los cuatro objetivos estratégicos de la organización el respeto, la promoción y la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

en la que ha influido la acción de la OIT. Dicho convenio aborda los problemas de los flujos migratorios laborales y viene a ampliar la protección de los derechos universales para este colectivo especial, permitiendo su recepción por parte de las legislaciones nacionales. Sin duda, se trata de un instrumento internacional que acoge las reglas propias de los convenios OIT núms. 97 y 143 (*vid. infra*), permitiendo la ampliación de la protección al ámbito de los derechos económicos, sociales, culturales y civiles de los trabajadores migrantes. Y, especialmente, contempla un tratamiento específico al fenómeno de la agrupación familiar, extendiendo la garantía de la igualdad a los familiares que acompañan a los trabajadores migrantes en sus estancias. De forma complementaria, debemos destacar igualmente la importancia de distintos instrumentos de Naciones Unidas que vienen a proteger a los trabajadores en las migraciones laborales. En este sentido, destacamos la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)²⁶ o la declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas relativa a los objetivos de Desarrollo del Milenio con el fin de reducir la pobreza (2000).

Asimismo, la igualdad y no discriminación se asegura gracias al enfoque del desarrollo de los derechos de las personas migrantes basado en el respeto de los derechos humanos, que ya fue reconocido en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993 y que ha ido evolucionando hasta la configuración del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales²⁷. El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores con independencia de su situación, aunque se presenta como criterios no vinculante en el ámbito de una economía global²⁸. Sin duda, gravita de forma recurrente el

²⁶ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 complementa los instrumentos de la Naciones Unidas en materia de igualdad entre los hombres y las mujeres. Esta protección es especialmente importante en el caso de los trabajadores migrantes en materia de tráfico de persona y explotación de las mujeres, especialmente en el caso de la prostitución.

²⁷ Vid. 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, Reunión Tripartita de expertos sobre Marco multilateral de la OIT para las migraciones internacionales, Ginebra, 31 de octubre-2 de noviembre de 2005.

²⁸ Sin duda, el Marco Multilateral de la OIT para las migraciones ha representado un impulso a los planes y programas de acción destinados a los trabajadores migrantes. Vid. OIT, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, 2004.

debate sobre la insuficiente eficacia jurídica de los derechos fundamentales internacionales, debido especialmente al bajo nivel de coercibilidad que tienen las normas internacionales. Por tanto, las reglas de protección de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad se presentan como un mecanismo de *soft law* internacional, que pretende generar un contexto normativo de referencia que anime a los Estados miembros a contemplar dichas normas en sus sistemas jurídicos-laborales²⁹.

Del mismo modo, distintos sistemas regionales de integración contemplan en sus instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos cláusulas abiertas relativas a la igualdad y no discriminación, cuya aplicación implica la prohibición de las distinciones injustificadas hacia las personas por razón de su nacionalidad. En este punto, en el ámbito del Consejo de Europa es preciso resaltar la relevancia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas de 1950 (art. 14), cuyas proclamaciones de garantía del principio de la igualdad están igualmente contempladas en las Constituciones de los Estados miembro.

Especial importancia tiene el marco normativo de la Unión Europea. La OIT ha resaltado los importantes avances realizados en el seno de la Unión Europea, que ha desarrollado un ambicioso proyecto de remoción de la desigualdad. El Tratado de la Comunidad Europea, según su versión del Tratado de Ámsterdam de 1997, contempló la garantía de la plena igualdad entre los hombres y las mujeres en el trabajo, sin distinción de nacionalidad, como un mandato para los Estados miembros (art. 2). Asimismo, la libre circulación instaurada en la Unión Europea, implica la supresión de cualquier forma de discriminación por razón de nacionalidad entre ciudadanos de Estados miembros de la UE, que está expresamente prohibida en virtud del artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Esta disposición también debería invocarse, en principio, para prohibir las diferencias de trato injustificables e ilegales por razón de nacionalidad que se aplican entre

²⁹ En este sentido, el art. 22 de la Constitución de la OIT obliga a cada uno de los Estados miembros a “presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido”. De igual modo, los Estados están obligados a “informar sobre el estado de [su] legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del Convenio, e indicando las dificultades que impiden o rechazan la ratificación de dicho Convenio”.

distintos grupos de ciudadanos que no pertenecen a la UE, toda vez que engloba asimismo la parte del Tratado relativa al “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, referente a la formulación y elaboración de las políticas europeas en materia de inmigración y asilo. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Tratado de Niza de 9 diciembre de 2000, contiene una cláusula abierta de igualdad y no discriminación, ya que todas las personas son iguales ante la Ley (art. 20) y se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad (art. 21.1 y 2). Asimismo, se reconoce que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se asegura en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Trabajo de la Unión. Sin duda, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha reforzado la garantía de la igualdad, prohibiendo por completo cualquier manifestación de discriminación en el trabajo (arts. 20 a 23).

4 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN LOS CONVENIOS ESPECÍFICOS DE LA OIT

Los convenios específicos sobre trabajadores migrantes garantizan el principio de igualdad de trato y de oportunidades, así como la ausencia de prácticas de discriminación en el trabajo. Sin duda, la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades de los trabajadores migrantes representa una medida efectiva de protección, ligada al respeto de la dignidad de la persona. Asimismo, se considera que la garantía de la tutela jurídica evita el denominado *dumping* social. De este modo, se asegura que el recurso al trabajo de las personas migrantes tiene el mismo valor para las empresas que el coste soportado por éstas respecto de los trabajadores nacionales³⁰.

Los instrumentos normativos específicos adoptados por la OIT son el convenio núm. 97 (revisado) de 1949 y el Convenio núm. 143 (disposiciones complementarias) de 1975, así como las Recomendaciones núm. 86 de 1949 y la Recomendación núm. 151 de 1975 de la OIT³¹. Las

³⁰ Vid. VITTIN-BALIMA, C., “trabajadores migrantes”, en Javillier, J.-C. (Dir.), *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002, p. 158.

³¹ En cualquier caso, es preciso recordar que los Convenios son instrumentos normativos de directa y obligada aplicación por parte de los Estados. En cambio, las

normas contenidas en los convenios definen el estatuto de los trabajadores migrantes, abordando el proceso de migración desde el tránsito migratorio hasta las situaciones de inmigración tanto temporal como permanente. De igual modo, se contemplan excepciones como las relativas a los trabajadores transfronterizos, artistas o profesionales liberales. Dichas normas configuran el marco normativo básico y mínimo de protección de los trabajadores migrantes, reconociendo como objetivo principal la eliminación de las discriminaciones y el logro de la igualdad de trato y de oportunidades³². Sin duda, estos convenios específicos son una muestra de la preocupación de la OIT por los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable. Dichos convenios se complementan a efectos de tutela con otros convenios de la OIT generales como el convenio sobre discriminación en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951 o los convenios relativos a la Seguridad Social (*vid. infra*). Sin duda, uno de los aspectos esenciales de estos instrumentos normativos se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación, ya que dichas normas se aplican, como sucede con carácter general con los derechos humanos, a todas las personas por igual³³, incluidos los trabajadores migrantes irregulares, a menos que se indique expresamente lo contrario como así hacen los convenios expresamente en determinados aspectos³⁴.

Ciertamente, estos convenios específicos se adoptaron hace ya muchos años y, sin duda, la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones laborales ha evolucionado³⁵. Ello significa que las normas

Recomendaciones carecen efectivamente de efecto jurídicamente vinculante y no se encuentra sometidas al acto de ratificación.

³² Téngase en cuenta el 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.

³³ Vid. OIT, conclusión número 28, y el principio 9, apartado a), del marco multilateral para las migraciones laborales.

³⁴ Vid. GAROFALO, L., “Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario”, en AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci Editore, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale, Bari, 2007, p. 36. POTOBSKY, G., “Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19, julio/septiembre de 1984, p. 333. FITZPATRICK, J., “The Human Rights of Migrants”, *loc. cit.*, p. 172.

³⁵ Efectivamente, dichos convenios fueron adoptados en dos momentos clave, como son la posguerra mundial y la crisis del petróleo de los años setenta con el fin de estimular los flujos migratorios.

contenidas en su articulado deberían interpretarse a favor de la libertad y la observancia de la igualdad, teniendo en cuenta la propia promoción de los derechos fundamentales en el trabajo realizada por la OIT (*vid. supra*). En efecto, el contexto económico y social de las migraciones internacionales ha cambiado sustancialmente desde la aprobación de los Convenios 97 y 143, en 1940 y 1970 respectivamente. Y ello implica la necesidad de adaptación de dicho marco a la actual economía globalizada, asegurando la observancia del principio de igualdad y no discriminación³⁶. En este sentido, podemos citar como ejemplo el aumento del protagonismo de la participación de la mujer en los procesos migratorios, que demanda una respuesta especial desde la perspectiva de la igualdad de trato como persona migrante a la que se suma la condición de mujer. De este modo, la interpretación del estatuto del trabajador migrante basada en derechos es un cambio sustancial, que asegura un espacio de integración e inclusión social de los trabajadores migrantes³⁷.

Las cláusulas normativas de los convenios específicos deben igualmente interpretarse teniendo en cuenta las nuevas líneas de acción del Marco multilateral para las migraciones, así como las declaraciones de la OIT sobre el enfoque de las migraciones internacionales basado en derechos. Sin duda, los impulsos más intensos a favor de la igualdad y la no discriminación afectarían a las ratificaciones de dichos instrumentos internacionales, que se configuran como estatuto de *soft law* con el fin de buscar en estándar mínimo internacional. A pesar de dicha flexibilidad, debemos destacar el bajo número de ratificaciones de dichos convenios, siendo especialmente más bajo el índice de ratificación del convenio núm. 143 (veintitrés ratificaciones), al extender la protección en igualdad más allá de la acción de los poderes públicos³⁸, lo cual hace que la negativa estatal provenga generalmente de los países de acogida³⁹. En

³⁶ Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Informe VI, Sexto punto del orden del día, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004, pp. 86-ss.

³⁷ Vid. OIT, *Marco multilateral de la para las migraciones laborales*, *op. cit.*, (principio núm. 14). OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, *op. cit.*, p. 3.

³⁸ Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, *op. cit.* pp. 146-147. VITTIN-BALIMA, C., “trabajadores migrantes”, *loc. cit.*, p. 134.

³⁹ Y ello se debe al conflicto entre los deberes que imponen los convenios con el contenido de las legislaciones nacionales de extranjería, que supone una falta de conformidad de las normas nacionales con el contenido de los convenios. Igualmente, existen problemas específicos de los mercados laborales nacionales o la imposibilidad

este punto, conviene indicar que el acto de ratificación de dichos convenios es importante, porque los trabajadores migrantes podrán beneficiarse de los beneficios anejos a dichos convenios. Ello es así siempre que el Estado en el que residen y prestan sus servicios lo ha ratificado, con independencia de si su Estado de origen es o no signatario del mismo. Esto significa que la aplicación de estos convenios no se basa en exigencias de reciprocidad, que son propias de los convenios bilaterales entre Estados⁴⁰. A pesar de todo, dichos convenios específicos han jugado un papel importantísimo, ya que han influido en la adopción de convenciones y declaraciones posteriores de la OIT y de Naciones Unidas, e igualmente han permitido impulsar en muchos países la elaboración de leyes específicas de promoción de la igualdad en materia migratoria⁴¹.

5 LA GARANTÍA DE LA ASISTENCIA A LAS PERSONAS MIGRANTES

El convenio núm. 97 de la OIT centra su atención en la migración internacional para el empleo y garantiza la protección contra la discriminación de los trabajadores migrantes (art. 6). Concretamente, los Estados tendrán que garantizar asistencia a las personas migrantes que se encuentren legalmente en el país de acogida, sin que quede espacio para

de asumir un mayor coste financiero que implica el aumento del entramado administrativo que gestiona los flujos migratorios. Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, op. cit., apartados 629 y ss. FITZPATRICK, J. “The Human Rights of Migrants”, loc. cit., p. 177. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La OIT y los trabajadores migrantes”, en Javillier, J.C. – Gernigon, B. (Dirs), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l’avenir. Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos*, OIT, Ginebra, 2004, p. 543.

⁴⁰ Precisamente, la OIT considera muy positivo el desarrollo de convenios internacionales bilaterales como instrumentos que permiten ordenar las migraciones laborales en función de las relaciones concretas de los Estados afectados. Sin duda, los convenios 97 y 143 insisten en la necesidad de avanzar en la cooperación entre los Estados permitiendo una respuesta bilateral al fenómeno de las migraciones. Por ejemplo, la Recomendación núm. 86 contempla en su anexo un acuerdo tipo en relación al tratamiento de las migraciones temporales y permanentes, donde cobra especial relevancia la necesidad de contemplar la máxima de la igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los trabajadores nacionales, especialmente en materia de Seguridad Social.

⁴¹ Vid. GIL Y GIL, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, loc. cit., p. 232.

la discriminación por razones de nacionalidad, raza, religión o sexo, lo que impide la posibilidad de conceder un trato menos favorable del dispensado a los propios nacionales (art. 6.1). No obstante, este mismo precepto condiciona, con gran flexibilidad, el reconocimiento de la cláusula de igualdad y no discriminación al hecho de que el tratamiento en materia condiciones de trabajo y empleo, vivienda, seguridad social, etc., esté reglamentado por la legislación o dependa de las autoridades administrativas del Estado en cuestión [art. 6.1 a)]

Según la interpretación de la Comisión de Expertos, la exigencia de igualdad de trato y de oportunidades contenida en el Convenio núm. 97 (art. 6) no solamente se proyecta sobre el trabajador migrante, sino que igualmente es extensiva a sus familiares que se encuentren legalmente en el Estado de acogida. El convenio obliga a los Estados a mantener un servicio gratuito apropiado (art. 2), que preste ayuda a los trabajadores migrantes en el acceso al empleo, que en muchos casos podrá convivir con servicios privados de contratación y colocación a los que el Convenio no se refiere, lo que implica que los servicios gratuitos serán generalmente los servicios públicos de empleo. Dicho instrumento, junto a la Recomendación núm. 86, intenta suprimir las desigualdades de trabajo derivadas de la acción de los poderes públicos en su actuación administrativa⁴². Por tanto, estamos ante la previsión de una actuación de los Estados dirigidas a facilitar las migraciones laborales mediante servicios de asistencia de naturaleza gratuita, que proporcione información a los trabajadores migrantes.

De este modo, se prohíben formalmente las desigualdades de trato entre los trabajadores migrantes en situación regular y los trabajadores nacionales, sin establecer diferencias entre los casos de las migraciones temporales o permanentes (arts. 6 y 8). Por tanto, se trata el fenómeno de las migraciones laborales en su conjunto y de forma genérica⁴³. Es decir, con carácter general, el convenio núm. 97 garantiza la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, cuando éstos se encuentren de forma regular en el país de prestación de servicios (art. 6.1), abarcando esta garantía al beneficio de los derechos laborales (libertad sindical, limitación de la jornada, descansos, salario suficiente, etc.) y la protección social, así como el derecho de acceder a la formación y a la promoción profesional, y

⁴² Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La OIT y los trabajadores migrantes”, *loc. cit.*, p. 550.

⁴³ Incluso el convenio se aplica a los migrantes refugiados y desplazados siempre que éstos trabajen en el país de acogida. Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, *op. cit.*, apartado 101.

se aseguran las condiciones para poder ejercer el derecho de reunificación familiar. Y, en este sentido, se intenta facilitar las condiciones de salida, el viaje y la propia admisión de las personas migrantes, sin que puedan tener un trabajo menos favorables que sus nacionales. Con todo, las reglas de extranjería relativas a la admisión y las exigencias de residencia legal se definirán por los propios Estados y podrán contemplar reglas especiales que ofrezcan un mejor tratamiento en función de la existencia de Convenios bilaterales o multilaterales.

El problema más importante de los trabajadores migrantes reside en la segregación profesional, que es ciertamente un claro ejemplo de discriminación en la ocupación. Por ello, incluso superado el difícil hándicap del acceso al empleo, los trabajadores migrantes encuentran posteriormente importantes desventajas en el empleo y la ocupación. En este punto, debemos apuntar la relevancia del convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958 (núm. 111). Dicho convenio protege a todos los trabajadores contra la discriminación, es decir, como medio de reacción ante “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” [art. 1, a)]. La protección se dispensa a pesar de que la nacionalidad no se encuentra entre los motivos de discriminación prohibidos expresamente [art. 1.a) Convenio 111 OIT]. Ello se debe a que la persona migrante se encuentra excluida o tratada desfavorablemente en razón a las causas prohibidas por el convenio, es decir, debido a la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, el origen social o la ascendencia nacional⁴⁴.

Precisamente, la OIT insisten por medio de sus órganos de control de que los trabajadores migrantes están igualmente protegidos por este instrumento, máxime cuando se encuentran especialmente afectados por ser víctimas prototípicas de la discriminación en el empleo y la ocupación⁴⁵. Los Estados que han ratificado dicho convenio tienen que

⁴⁴ Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., p. 50. OIT, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR)*, Report III (Part 1A), International Labour Conference, 89ª sesión, Ginebra, en especial, las observaciones individuales sobre los convenios núms. 97 y 111, 2001, pp. 349-395.

⁴⁵ Vid. OIT, Observaciones individuales sobre los Convenios núms. 97 y 111, Ginebra, 2001, pp 369-74. OIT, *Second item on the agenda: Date, place and agenda of the 95th Session (2006) of the International Labour Conference*, Governing Body, 289ª session, Sesión, marzo, GB.289/2, Ginebra, 2004, párrafos 8-15.

aplicar políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades y de trabajo, eliminando todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación. El problema afecta especialmente a los trabajadores migrantes con menos recursos y perfiles profesionales poco cualificados. Generalmente, los trabajadores migrantes altamente cualificados, cuyas competencias son reconocidas en el país de destino encuentran menos problemas en la práctica y suelen tener más garantías para poder realizar una prestación de servicios permanente⁴⁶.

Los trabajadores migrantes son víctimas de discriminación en muchos casos en el acceso al empleo, así como durante la dinámica de las relaciones de trabajo. Especial reflexión merecen las barreras formales e informales existente en el acceso al empleo. Con carácter general, la OIT advierte del alto grado de discriminación existente en el mercado laboral de los países industrializados respecto de los trabajadores migrantes. Estudios de la OIT demuestran que más de uno de cada tres trabajadores migrantes que aspiraban a un puesto fueron injustamente excluidos de la selección⁴⁷. En relación a la ocupación, indudablemente la crisis económica ha producido en la práctica un aumento de las diferencias en el empleo entre trabajadores migrantes y nacionales. El objetivo de la OIT es promover condiciones de trabajo digno ante el problema de la segregación de los trabajadores en determinadas ocupaciones donde no se precisa un alto grado de cualificación⁴⁸. Según los estudios de la OIT, el desarrollo de condiciones de trabajo y empleo injustas se aplican tanto en países industrializados⁴⁹ como en vías de desarrollo, y ello hace

⁴⁶ Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, 2007, Ginebra, p. 27. Por ejemplo, en Estados Unidos generalmente los puestos de alta dirección están ocupados por personas de raza blanca mientras que los grupos étnicos minoritarios están infrarrepresentados. También las mayores cotas de desempleo recaen sobre las poblaciones indígenas en Latinoamérica, lo cual también se aprecia en condiciones salariales (siendo la brecha salarial mayor) derivadas de trabajos precarios e informales. Dichos colectivos no pueden acceder a trabajos formales, siendo ello un claro ejemplo de discriminación social. Vid. OIT, *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación: Guía sobre el Convenio núm. 111*, Ginebra, 2008, p. 3.

⁴⁷ Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, op. cit., p. 27.

⁴⁸ Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., p. 84. OSCE, OIM y OIT, *Handbook on establishing effective labour migration policies in countries of origin and destination*, Viena, 2006, párrafos 150 a 165.

⁴⁹ En la Unión Europea, los casos registrados de explotación de trabajadores migrantes incluyen alegaciones de acoso, largas jornadas laborales en condiciones insalubres, la denegación de bajas por enfermedad y salarios bajos. Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., p. 40. Y ello a pesar de

referencia a los bajos salarios, a las largas jornadas, a las condiciones insalubres, o a la exclusión del trabajador extranjero del comité de empresa por ser nacional del país de la empresa, a los supuestos de denegación de protección social (por ejemplo, denegar las bajas laborales por enfermedad o el problema de acceso a las prestaciones sociales en los casos de trabajo clandestino o por la temporalidad de las prestaciones laborales)⁵⁰.

6 EL RESPETO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN LAS RELACIONES PRIVADAS

El Convenio núm. 143 de la OIT refuerza la necesidad de respetar los derechos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migrantes (art. 1), protección que deberán asegurar los Estados con independencia del carácter regular o irregular de la residencia del trabajador migrante⁵¹. Por tanto, el convenio contempla la obligación general de los Estados de respetar los derechos humanos básicos de los trabajadores migrantes protegiendo a las personas migrantes que residen en el país de destino. Sin duda, el principal problema consiste en interpretar hasta donde alcanza la defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Ciertamente, deberíamos entender que el derecho de igualdad de trato y de oportunidades sería esencial y centro de gravedad en el objeto de la protección. Sin embargo, el propio Convenio núm. 143 contempla un tratamiento diverso al tema de la igualdad.

La primera parte del Convenio se refiere a las migraciones en condiciones abusivas y en este punto el art. 1 garantiza expresamente el

que en el ámbito europeo se ha aprobado la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se configura un marco normativo general destinado a favorecer el trato igualitario en el empleo y la ocupación.

⁵⁰ En este punto, destaca la respuesta de la OIT en su asistencia a los Estados miembros con el fin de eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación. Vid. OIT, *Seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: prioridades y programas de acción para la cooperación técnica relativa a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*. Informe de la Comisión de Cooperación Técnica. Documento GB.300/TC /4, Consejo de Administración, 300ª reunión, Ginebra, noviembre de 2007.

⁵¹ Es importante resaltar, una vez más, que esta referencia a los trabajadores migrantes en el art. 1 del Convenio núm. 143 se refiere a los migrantes cuya situación se encuentra regularizada o no. Vid. POTOBSKY, G., “Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT”, *loc. cit.*, p. 343.

respeto de los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. Sin duda, y desde la óptica de la igualdad de trato y de oportunidades, el Convenio núm. 143 presta especial atención a la protección de los trabajadores migrantes que sufren condiciones de empleo y trabajo abusivas y lucha contra la migración clandestina, así como contra la migración en situación irregular (art. 3). Los Estados están obligados a combatir las situaciones de empleo ilegal, así como erradicar las migraciones promovidas en régimen de clandestinidad⁵². Por tanto, en estas cuestiones se garantiza la igualdad de forma expansiva abarcando a trabajadores regulares o irregulares, ya que el bien protegido es la propia libertad y dignidad de la persona. El Convenio núm. 143 pretendía en su momento actualizar la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones, especialmente al problema de la migración irregular que en los años setenta convivió con un época de crisis económica y de empleo.

El Convenio es ciertamente ambicioso, ya que garantiza la igualdad de trato de los trabajadores migrantes en situación irregular en sus derechos básicos de empleo, especialmente en materia salarial por los trabajos anteriormente prestados (art. 9), y permite un ámbito de protección concreto en los casos de pérdida sobrevenida del empleo, que no puede dar lugar a la pérdida del permiso de residencia o de trabajo y, por tanto, el trabajador no podrá ser considerado en situación irregular (art. 8). En materia de seguridad social, la protección en esta primera parte se reconoce a los trabajadores migrantes regulares, pero aquellos que se encuentre sobrevenidamente de forma irregular, solamente tendrán derecho a la protección por sus derechos de seguridad social derivados de empleos anteriores en régimen regular. Por tanto, en esta primera parte del Convenio vemos como la garantía de protección de los derechos humanos no alcanzaría plenamente a la acción protectora de Seguridad Social.

En la segunda parte del Convenio núm. 143 los Estados signatarios se comprometen a aplicar una política nacional orientada a promover y asegurar la igualdad de oportunidades y de trabajo para los trabajadores migrantes y sus familiares (art. 10). Específicamente, esta parte dedicada monográficamente a la igualdad de oportunidades y de trato (arts. 10-14) contempla restrictivamente la aplicación del principio a

⁵² En este sentido, se ha indicado que dicho efecto deriva directamente del incumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores. Vid. GIL Y GIL, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, *loc. cit.*, p. 252.

los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentren en situación regular conforme a las normas de extranjería del país de acogida (art. 10), sin hacer referencia expresa al tratamiento diferencial en función de la residencia temporal o permanente. La referencia a los vínculos familiares implica que los Estados firmantes se comprometen a facilitar la reagrupación familiar en relación al trabajador migrante que tiene residencia legal.

El tratamiento de la igualdad en esta parte segunda del Convenio supone un avance respecto el Convenio núm. 97, ya que la igualdad no se refiere solamente a la igualdad de trato, sino que tiene un ámbito mayor de acción refiriéndose igualmente a la igualdad de oportunidades en las relaciones privadas. Ciertamente, este instrumento, así como la Recomendación núm. 151, suponen un cambio importante respecto del Convenio núm. 97, ya que el objetivo no gravita tanto en eliminar el posible trato desigual por la acción de la Administración (especialmente por parte de los servicios públicos de empleo), sino garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y suprimir las posibles discriminaciones también en las relaciones jurídico privadas⁵³. En este sentido, destaca la garantía de reglas relativas a la libertad de trabajo como medida a favor de la igualdad, permitiendo que los trabajadores migrantes puedan cambiar de empresario una vez transcurridos como mínimo dos años (art. 14). Ello es un mecanismo importante que evita posibles abusos empresariales. Efectivamente, facilita la movilidad en el mercado de trabajo y permite buscar otra colación asegurando una situación de indemnidad laboral. Con carácter general, la obligación de permanecer con el empleador por períodos muy largos puede dar lugar a que el empleador pueda de una manera injustificada presionar a su empleado, amenazándole con dejar de renovar el contrato en función de su situación administrativa de residencia y de la correspondiente autorización para el trabajo.

El Convenio núm. 143 asegura la ausencia de discriminación en el acceso al empleo, así como en el propio desarrollo de la relación laboral, el derecho de sindicación y se garantiza la igualdad en el acceso a derechos básicos como la educación y la formación profesional a los efectos de conseguir la promoción personal y profesional (arts. 8 y 12). En este sentido, y en comparación con el convenio de 1949, se produce un avance en la garantía de la igualdad, al referirse a la igualdad de

⁵³ Vid. OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (...)*, op. cit., apartado 369.

oportunidad y de trato en el empleo y la ocupación, los derechos sindicales y, en general, a las libertades individuales y colectivas, que son aplicables a los trabajadores migrantes o a los miembros de sus familias con residencia legal. Asimismo, se garantiza el derecho a la protección social asegurando la igualdad de trato, pero condicionado a la situación legal del trabajador migrante (art. 10). Ello conecta el Convenio num. 143 con los convenios generales de la OIT relativos a la Seguridad Social, que se refieren a la adquisición, conservación y, en su caso, exportación de los derechos de Seguridad Social (*vid infra*).

7 EL TRATAMIENTO DEL TRABAJO INFORMAL Y LA INSEGURIDAD LABORAL: LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO FORZOSO Y LAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN LABORAL

Los trabajadores migrantes en muchas ocasiones se ven forzados a desarrollar trabajos precarios y actividades desarrolladas mediante el autoempleo en la economía informal. Ciertamente, en muchos casos el autoempleo informal es una salida casi natural ante las barreras que encuentran los migrantes en el mercado de trabajo⁵⁴. El empleo precario representa múltiples problemas y los trabajadores migrantes se muestran especialmente condicionados a aceptar dichos empleos, que implican contratos devaluados y remuneraciones bajas. Estas circunstancias sitúan a este tipo de trabajo en condiciones de subempleo presidido por el deterioro de las condiciones laborales.

La precariedad laboral ha cobrado un protagonismo especial en el actual contexto de crisis económica y del empleo. Según Naciones Unidas, la pérdida del empleo de las personas migrantes les ha obligado a buscar nuevas vías de ingresos recurriendo al autoempleo⁵⁵ y al empleo

⁵⁴ La OIT viene reiteradamente advirtiendo del crecimiento de la economía informal y del trabajo no declarado y sin protección. Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., pp. 79-80.

⁵⁵ Incluso, cabe alertar del acceso de las personas migrantes al autoempleo declarado. Estamos, ante una nueva manifestación de trabajo precario por medio del autoempleo. El trabajo por cuenta propia ha aumentado, siendo en la práctica una vía disuasoria de la protección laboral y social del trabajo por cuenta ajena, que implica un alto coste económico para las empresas. Ciertamente, se trata de empleo formal desde el punto de vista normativo, pero en la práctica bajo esta figura se pueden ocultar trabajos propios de la economía informal, donde la remuneración es baja y las condiciones laborales se caracterizan por su contenido precario. Asimismo, los peligros de este tipo de trabajo afectan especialmente a la cobertura de los riesgos sociales, ya que en

subordinado precario proveniente de la economía informal. Este nuevo espacio a la economía informal impide promover políticas eficaces para remover las situaciones injustas⁵⁶ y, lo que es más grave, nuevos espacios sustraídos del ámbito de aplicación de las legislaciones laborales y de Seguridad Social. Ello supone ciertamente un obstáculo efectivo a la extensión de las políticas de igualdad y dificulta la interdicción de la discriminación. Especialmente, el trabajo temporal afecta a los trabajadores migrantes debido a que generalmente los trabajadores nacionales ocupan trabajos indefinidos. La OIT ha destacado el considerablemente aumento de los empleos temporales y en muchos casos se producen fenómenos de temporalidad de carácter cíclico o, incluso casos de relaciones temporales cuasi permanentes, que sitúan a las personas migrantes en condiciones concretas de vulnerabilidad. Ello supone ocupar trabajos con contratos de corta duración, de duración temporal e incierta, o contratos temporales sometidos a sucesivas renovaciones que se conjugan con interrupciones contractuales. En definitiva, situaciones en muchos casos injustificadas que suponen un abuso de derecho y que implican la imposibilidad de garantizar un trabajo decente.

Sin duda, en este contexto la política desarrollada por los servicios nacionales de empleo sigue siendo un factor clave para asegurar la igualdad de oportunidades. Precisamente, el convenio OIT núm. 122 de 1964 contempla un sistema que orienta a los Estados sobre la adopción de disposiciones normativas que eliminen la pobreza y fomenten el desarrollo de políticas de empleo orientadas a la no discriminación. El objetivo es estimular políticas de empleo neutras, en las que no exista margen a la discriminación respecto a los trabajadores nativos. Sin duda, pobreza y discriminación se encuentra irremediablemente relacionadas y, en este sentido, la política de empleo puede dar lugar a una respuesta efectiva desde la equidad y la justicia social. Y ello no sólo desde la perspectiva subjetiva del propio colectivo migrante, sino también como medida de beneficio para el propio mercado de trabajo nacional mediante la mejora de las competencias y las aptitudes de sus miembros. Ello supone irremediablemente la necesidad de adecuar los servicios de empleo y el contenido de la formación profesional teniendo en cuenta la situación particular de los trabajadores migrantes. Igualmente, los

muchos países no se articulan mecanismos de tutela suficientes para el trabajo por cuenta propia.

⁵⁶ Vid. HARRISS-WHITE, B., “La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales y ejemplos”, en *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 122, 2003, núm. 4, pp. 507-518.

colectivos de trabajadores migrantes deberían tener más fácil el recurso a los servicios de acceso al empleo, que prestan, por ejemplo, las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal. Se trata de un aspecto sumamente importante, dada la fuerte presencia de los trabajadores migrantes en el trabajo temporal⁵⁷.

Sin duda, la OIT insiste en garantizar a los trabajadores migrantes en igualdad de condiciones un espacio efectivo a la libertad de trabajo. Efectivamente, la libertad de trabajo está igualmente reconocida en los convenios específicos núms. 97 y 143 de la OIT anteriormente analizados, ya que el tema se refiere a la propia libertad de movimientos, residencia, derecho al trabajo y a la elección de empleo en condiciones justas, así como al respeto de la libertad sindical, el derecho de asociación y el acceso a la seguridad social (especialmente a la protección por desempleo). Con carácter general, los trabajadores migrantes encuentran obstáculos al ejercicio libre de la profesión deseada, debido a la existencia de modelos de segregación ocupacional. Los trabajadores migrantes siguen trabajando en líneas generales en sectores específicos y ocupan puestos de baja cualificación profesional.

Aún existen formas de trabajo de las personas migrantes que incumplen la libertad de trabajo y afectan a la propia dignidad de la persona. Sin duda, la libertad de trabajo es un presupuesto básico para el desarrollo de los derechos humanos en el trabajo y supone en la práctica la prohibición de cualquier forma de trabajo forzoso o servidumbre⁵⁸, que sigue siendo un obstáculo a la aplicación de principio de igualdad de trato y protección contra la discriminación. Se trata, pues, de una de las principales preocupaciones de la OIT⁵⁹.

⁵⁷ Ciertamente, las políticas de empleo deberían prestar especial atención a los trabajadores migrantes en relación a los trabajos temporales con alta carga estacional. Máxime si tenemos en cuenta las dificultades de acceso de los migrantes a los servicios de las agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. En este sentido, se resalta la importancia del objetivo, dado “el declive del papel del Estado en el mundo del trabajo y la mayor relevancia de las agencias privadas de contratación”. Vid. GIL Y GIL, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, *loc. cit.*, p. 251.

⁵⁸ En relación al estudio en la práctica de los colectivos de migrantes víctimas del tráfico y trata de personas. Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, *op. cit.*, pp. 102-103. No debemos olvidar que si bien es cierto que la esclavitud y el comercio de esclavos se prohibieron formalmente en el año 1880, no cabe duda que aún hoy existen prácticas de trabajo forzoso.

⁵⁹ Vid. OIT, *Alianza Global contra el Trabajo Forzoso*, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, 2005, p. 14.

Ciertamente, muchas personas son forzadas a migrar, en muchas ocasiones bajo falsas expectativas y son sometidas a condiciones de explotación laboral. Además, es preciso indicar que el trabajo forzoso afecta principalmente a mujeres y niños⁶⁰, aún más vulnerables dentro del colectivo de trabajadores migrantes, lo cual es un claro ejemplo de antitesis a la noción de trabajo decente⁶¹.

El convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 (núm. 157) aborda el tema las relaciones entre el trabajo forzoso y la discriminación racial, social o religiosa. En este mismo sentido, es preciso apuntar la proyección del Convenio sobre la población indígena y tribal de 1957 (núm. 107), que fue posteriormente sustituido y actualizado en 1989. El Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989 (núm. 169) continúa con la tendencia de su predecesor. No cabe duda, que en la actualidad en el trabajo forzoso subyacen claros vínculos con las prácticas de discriminación racial, social o religiosa (*vid. infra*). En este sentido, conviene indicar que en muchos casos los trabajadores migrantes en situación irregular son más propensos a verse afectados por el trabajo forzoso, especialmente el derivado de la trata de personas. Ello supone que en muchas ocasiones el desarrollo del trabajo forzoso no es más que un efecto derivado de su situación irregular en el país de acogida y de su imposibilidad de poder ejercer su libertad de trabajo y de conseguir oportunidades en condiciones de igualdad. Se trata, en definitiva, de trabajos desarrollados sin derechos laborales básicos, trabajos no declarados, que pertenecen al ámbito de la economía sumergida que ampara situaciones de empleo ilegal⁶².

⁶⁰ En muchos casos, se trata de un problema inherente al propio desarrollo de la delincuencia organizada transnacional, especialmente significativa en el caso de la trata de mujeres y niños. En este sentido, debemos apuntar la proyección del Protocolo para prevenir, reparar y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

⁶¹ En relación al tema del trabajo forzoso de los trabajadores migrantes como efecto de la trata transfronteriza de personas. Vid. OIT, *Alto al trabajo forzoso*, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión, Informe I(B), Ginebra, 2001, p. 55-ss. OIT, *Alianza contra el trabajo forzoso*, *op. cit.*, p. 77-ss. OIT, *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación*, Programa Especial de acción para combatir el trabajo forzoso, Ginebra, 2006, pp. 51-ss.

⁶² Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, *op. cit.*, p. 84.

8 LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD EN LA REMUNERACIÓN POR UN TRABAJO DE IGUAL VALOR

La igualdad de remuneración del convenio núm. 100 de 1951 obliga a los Estados a aplicar una política de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor realizado por los trabajadores y trabajadoras. Si bien es cierto que el Convenio tiene un ámbito subjetivo de aplicación general, especialmente tienen como sujetos beneficiarios a los trabajadores migrantes⁶³. Al igual que sucedía en el convenio 111, en el convenio 100 la nacionalidad no se prevé expresamente entre los motivos de discriminación, aunque debido a su eficacia normativa general se aplicaría a nacionales y no nacionales con independencia de su estatus. Asimismo, conviene indicar la fuerte proyección del convenio núm. 100 sobre la igualdad salarial entre hombres y mujeres, ya que su objetivo es promover la igualdad en materia salarial y eliminar las discriminaciones en el trabajo. En este sentido, no debemos olvidar la fuerte presencia de la mujer en las migraciones, que sufren los problemas de la brecha salarial por partida doble.

El Convenio núm. 100 de la OIT ha sido ratificado por un gran número de Estados y en los últimos años se ha producido un aumento significativo de las ratificaciones. Con todo, según la OIT, aún existen muchos países que carecen en sus legislaciones laborales de disposiciones que contemplen la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. Actualmente, los esfuerzos se centran en seguir proyectando el contenido del Convenio núm. 100 de la OIT en las legislaciones nacionales y fundamentalmente en la correcta recepción de la garantía de la igualdad en la remuneración por un trabajo de igual valor. Este principio tuitivo e innovador supone que la comparación en términos salariales no se hace de forma genérica respecto de un trabajo análogo, sino que se pone énfasis en la referencia al contenido similar del propio trabajo. Las legislaciones nacionales aún se refieren en términos comparativos a un trabajo idéntico o similar, sin incluir la noción de trabajo de igual valor, que como estamos observando es un concepto mucho más tuitivo. Por tanto, el problema reside en la falta de

⁶³ Una vez empleados los trabajadores migrantes perciben bajos ingresos derivados de prácticas de discriminación salarial, así como debido a la segregación ocupacional en trabajos peor remunerados que les sitúa en condiciones de pobreza. Vid. OIT, *Global employment trends*, Ginebra, enero de 2010, p. 18. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., p. 8. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., pp. 47-48.

comprensión de la diferencia entre los conceptos de igual remuneración por trabajos iguales o similares y de igual remuneración por trabajos de igual valor. Ello puede dar lugar a supuestos de discriminación salarial que pueden ser directas, si se refieren a trabajos iguales o similares o, en su caso, indirectas, si la comparación se realiza con trabajos diferentes, pero de igual valor⁶⁴. Ciertamente, se trata de un problema de hondo calado, que produce profundas diferencias en relación a la ordenación salarial.

En este sentido, la OIT considera que una de las formas de combatir la diferencia salarial es la introducción de salarios mínimos en las legislaciones⁶⁵, así como fomentar cláusulas salariales en la negociación colectiva que contemplen salarios mínimos en sectores y ocupaciones con mayor presencia femenina. Por ejemplo, en el Reino Unido desde la introducción en 1999 del salario mínimo se ha avanzado significativamente en términos de igualdad salarial. Efectivamente, una política de salarios mínimos (legales y convencionales) podría contribuir a la reducción de las diferencias salariales, sobre todo, en los estratos inferiores de la estructura salarial, que son precisamente los ámbitos donde las mujeres trabajadoras migrantes sufren las prácticas discriminatorias por motivos de género.

9 EL ACCESO A LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO Y A LAS MEJORAS CONTEMPLADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sin duda, la libertad de sindicación y el derecho a la negociación colectiva permiten a los trabajadores migrantes la posible consecución de derechos laborales, así como la mejora de sus condiciones de trabajo⁶⁶. Estamos, pues, ante un derecho reconocido con carácter

⁶⁴ La OIT ha insistido en este sentido en combatir la discriminación directa e indirecta por motivos de género en la remuneración. Vid. OIT, *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, 2009, párrafo 294.

⁶⁵ OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., p. 26. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, op. cit., p. 29. OIT, *La hora de la igualdad en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, 2003, p. 62.

⁶⁶ Ello igualmente se predica respecto del ejercicio del derecho de huelga, que se presenta asimismo como un importantísimo mecanismo de reivindicación y defensa de los intereses laborales, que no debe condicionarse a la acreditación de una determinada nacionalidad.

general a todos los trabajadores, incluidos los migrantes, como ha reconocido el Comité de Libertad Sindical respecto de la proyección del art. 2 del Convenio núm. 87 de la OIT. De este modo, la nacionalidad o la situación irregular del inmigrante no puede condicionar el ejercicio de la libertad sindical y los beneficios derivados de la misma⁶⁷.

En materia de libertad de asociación y negociación colectiva, es preciso tener en cuenta el convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948 (núm. 87), así como el convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949 (núm. 98). Se trata de convenios esenciales en las relaciones colectivas de trabajo. En este sentido, el Comité de expertos sobre la aplicación de los convenios y recomendaciones, así como el Comité de Libertad Sindical consideran como faceta esencial de los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes el derecho a formar sindicatos y a afiliarse a los ya constituidos, como vía para conseguir una protección en la práctica contra cualquier acto de discriminación⁶⁸. Efectivamente, en muchos casos los trabajadores migrantes desconocen los beneficios de la filiación sindical y la participación colectiva.

Lógicamente, los propios trabajadores migrantes estarían interesados en fundar sus propios sindicatos, ajenos a los sindicatos generales más representativos. Ello permitiría poder dialogar y negociar con las empresas en la defensa de sus condiciones de trabajo y empleo, lo cual es un avance significativo en determinados sectores de fuerte presencia de mano de obra extranjera. Se trataría de una posibilidad que

⁶⁷ Los trabajadores migrantes tienen derecho a constituir sindicatos y a afiliarse a ellos. E igualmente gozan de protección contra los actos discriminatorios por razones sindicales. Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., p. 135. Ciertamente, el derecho de libertad sindical se reconoce con efectos generales al conjunto de los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO, M., “La OIT y los trabajadores migrantes”, loc. cit., p. 554.

⁶⁸ Ciertamente, es preciso destacar la importancia de la sindicación de los trabajadores migrantes para el reconocimiento efectivo de sus derechos y para evitar situaciones de discriminación. En este sentido, la finalidad es conseguir una mejor organización en beneficio de la protección efectiva ante el problema de la migración internacional y la globalización de la economía. Vid. OIT, *El Informe global de seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra, 2004, p. 7. OIT, *Organizarse en pos de la justicia social*, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, Ginebra, 2004, p. 45.

permitiría reducir las diferencias de condiciones de trabajo y ocupación, que únicamente sería viable en la medida en que se garantizase plenamente el ejercicio del derecho de asociación y afiliación sindical. Efectivamente, uno de los problemas más importantes que tienen los trabajadores migrantes es que las cláusulas contenidas en los convenios colectivos se negocian sin pensar en ellos. Se negocian teniendo en cuenta exclusivamente a la figura del trabajador nacional estándar, sin considerar, pues, los problemas específicos de las situaciones laborales atípicas que soportan los colectivos migrantes.

10 LA GARANTÍA DE ACCESO A LA PROTECCIÓN SOCIAL Y AL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

En materia de seguridad social, los convenios de la OIT contemplan cláusulas técnicas relativas a la igualdad de trabajo entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes. El convenio núm. 102 de 1952 se garantiza el principio de igualdad de trato entre los nacionales y migrantes en relación a todas las ramas de la seguridad social (art. 68) (parte XI). Ciertamente, este convenio básico de Seguridad Social de la OIT se refiere al principio de igualdad de forma flexible, dado que se permite excluir a los trabajadores migrantes cuando las prestaciones o una parte de las mismas se abonen en su totalidad con cargos a fondos públicos. Estamos, pues, en presencia de una regulación de *soft law* internacional, que permite informar y complementar la normativa nacional de *hard law*, especialmente a los efectos de extender los derechos de protección social⁶⁹. En este sentido, debemos indicar que una respuesta más intensa al reconocimiento del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social se complementa en otros Convenios de la OIT.

Con carácter general, el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) garantiza el principio de igualdad de trato, respetando el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Ciertamente, los trabajadores migrantes necesitan un régimen especial de protección, que garantice sus derechos en los

⁶⁹ Vid. SUPLOT, A., “El lugar de la Seguridad Social en el sistema de normas internacionales de trabajo”, en *Relaciones Laborales*, núms. 15-16, *Especial monográfico Protección social y trabajo decente: Nuevas perspectivas internacionales de trabajo. Propuestas y reflexiones en el marco de la OIT*, 2006, p. 6.

desplazamientos transnacionales. Concretamente, es especialmente importante la necesidad de asegurar el acceso a la cobertura social y la equiparación con los trabajadores nacionales en relación al derecho a las prestaciones sociales. La proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce en relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo y la cobertura social a los trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora. Ello, pues, está en sintonía con la respuesta ofrecida por parte de los Convenios específicos de la OIT, especialmente, el Convenio núm. 143 de la OIT (*vid supra*).

Del mismo modo, el convenio núm. 118 asegura el mantenimiento de los derechos adquiridos y la exportación de las prestaciones sociales. Los trabajadores migrantes deben tener garantizado los derechos adquiridos en el Estado de empleo, pudiéndose exportar las prestaciones al abandonar el país donde se aportó a nivel contributivo. Asimismo, otro elemento esencial es la posibilidad de poder acumular y totalizar los derechos adquiridos en diferentes países donde se ha trabajado y aportado a los sistemas públicos de seguridad social⁷⁰. El convenio núm. 118 obliga a los Estados a asegurar la provisión de prestaciones en el extranjero en una rama específica para sus propios nacionales y para los nacionales de cualquier otro Estado, cuando éste haya aceptado las obligaciones del convenio para una rama concreta de protección social.

Precisamente, los problemas de igualdad de trato residen en muchos casos en la conservación de los derechos o en curso de adquisición, que permite ser beneficiario de derechos con independencia del traslado a otro país. En este punto, es especialmente importante la acción del convenio sobre invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967 núm. 128, que se reconoce la garantía de los derechos adquiridos. Con todo, y a pesar del reconocimiento formal del derecho a la exportación de prestaciones sociales al extranjero desde la óptica de la igualdad de trato, conviene indicar que la exportación efectiva está condicionada al tipo de

⁷⁰ En materia a la conservación y exportación de los derechos de seguridad social generados en el país de empleo. Vid. HOLZMANN, R. – CHERNETSKY, T., *Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: An analysis of issues and good practices*, documento preparado para el Programa de investigación y análisis político de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, septiembre de 2005.

prestación de seguridad social y del país que tiene que reconocer la transferencia de la protección. Con todo, el convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) articula un sistema de reconocimiento entre Estados, respecto de sus nacionales que ejercen en régimen de igualdad el acceso y disfrute de la acción protectora⁷¹. El convenio núm. 157 de la OIT de 1982, relativo a la conservación de los derechos en materia de seguridad social, garantiza el mantenimiento de los derechos adquiridos de seguridad social con independencia de que los trabajadores trasladen su residencia de un país a otro, mantenimiento de derechos que se garantiza a los nacionales de los demás Estados partes del convenio. Tanto el Convenio núm. 157, como la Recomendación núm. 167 de 1983, que le acompaña, impulsan el principio de igualdad en la medida en que se configura un sistema internacional que permite el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, asegurando el acceso a prestaciones generadas en el extranjero cuando regresen a su país de origen. En este sentido, sin duda, la conservación y exportación del desempleo respecto de los trabajadores migrantes temporales es el supuesto de acción protectora que más problemas plantea desde el punto de vista del reconocimiento entre Estados.

Según el Convenio núm. 157, el reconocimiento del Estado que haya ratificado el convenio y la protección efectiva se dispensará a los trabajadores migrantes, siempre que el Estado del ciudadano que pretende acceder de la protección sea igualmente parte del convenio sobre igualdad de trabajo en seguridad social. En esta línea, el Convenio núm. 19 de la OIT, de 1925 sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnizaciones por accidentes de trabajo, prevé igualmente la exportación de las prestaciones para extranjeros trabajadores cubiertos por el convenio, aunque una vez más cuando el Estado que ratifique contemple asimismo dicha exportación de beneficios para sus propios nacionales. Todo ello nos sitúa ante la proyección del principio de reciprocidad que rige en las relaciones internacionales bilaterales. Estamos, pues, ante un objetivo que depende de mecanismos institucionales que permitan la coordinación entre los sistemas nacionales de seguridad social⁷². Estos acuerdos bilaterales o

⁷¹ Concretamente, en materia de prestaciones de seguridad social, la acción protectora se divide en nueve ramas diferentes, es decir, asistencia médica y prestaciones de enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, familiares, maternidad, invalidez y supervivientes.

⁷² El propio Convenio núm. 157 de la OIT prevé la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la seguridad social y, en este sentido, la recomendación 167

multilaterales, especialmente de ámbito regional, permiten en definitiva reforzar la cobertura de los riesgos sociales y asegurar la transferibilidad de las prestaciones de seguridad social. En este sentido, podemos destacar como modelo ejemplo el modelo de la Unión Europea relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, que contempla un marco jurídico específico que garantiza ampliamente la transferibilidad de los derechos en materia de seguridad social para los nacionales tanto de la Unión Europea como de terceros países⁷³.

A pesar del reconocimiento, los trabajadores migrantes siguen encontrando problemas de acceso a la protección social. Sin duda, estos trabajadores sufren un déficit de protección ligado generalmente a la breve duración de las relaciones de trabajo, a la brecha salarial presente en las condiciones salariales y a los períodos de trabajo informal y no declarado que se sitúan al margen de la protección social y a todo ello se une el insoslayable problema de los obstáculos al acceso y mantenimiento de las situaciones regulares de residencia y las autorizaciones administrativas para trabajar. Ciertamente, se trata de una serie de factores que en muchas ocasiones suponen la imposibilidad de acceder a las prestaciones sociales en el país de destino. Ello implica la posibilidad de excluir a los trabajadores migrantes de la protección social, debido a que en muchos casos la respuesta social se limita a situaciones a corto plazo unida a la estancia de temporal, lo que impide en muchos casos la transferencia de prestaciones como el desempleo o prestaciones a largo plazo como la jubilación, incapacidad permanente o la viudedad.

de la OIT contempla el modelo de disposiciones relativas a dichos acuerdos internacionales, que permiten ampliar los mecanismos de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social.

⁷³ En materia de seguridad social de los trabajadores migrantes destacamos el Reglamento CEE núm. 1408/71, que sustituyó al Reglamento CEE núm. 3/1958 del Consejo, de 29 de diciembre de 1958. Asimismo, debemos tener en cuenta el Reglamento CE núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que se configura como Reglamento base, reformado parcialmente por el Reglamento núm. 988/2009, de 16 de septiembre. Igualmente, el Reglamento CE núm. 987/2009, de 16 de septiembre, se configura como nuevo Reglamento de aplicación completando la regulación comunitaria en la materia.