

REVISTA INTERNACIONAL **CONSINTER** DE DIREITO

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

ANO I – NÚMERO I

DIREITO E JUSTIÇA
Aspectos Atuais e Problemáticos

Lisboa
Editorial Juruá
2015

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO I, Nº I, 2º SEM. 2015



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

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:

Adel El Tasse
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto
Aloísio Krohing
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Angela Cassia Costaldello
Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Pele
Camila Clarisse Romero Gomes
Carlos Trujillo Hernandez
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Danielle Portugal de Biazzi
David Vallespín Pérez
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira
Fabiane Grando
Fabiano Dolenc Del Masso
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Rister de Sousa Lima
Francisco Carlos Duarte
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Gregorio Saravia
Greice Patrícia Fuller
Guilherme Augusto Souza Godoy
Idir Canzi
Iraci de Andrade
Irene Portela
Isa Filipa António
J. Eduardo López Ahumada
Jardel de Freitas Soares
Jessica Ramos da Silva

Jordi Garcia Viña
Jorge de Oliveira Vargas
José Adércio Leite Sampaio
Karin Kässmayer
Linara Oeiras Assunção
M^a Ángeles Pérez Marín
Maraluce Maria Custódio
Marcel Magalhães e Guerra
Marco Antonio Lima
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nuria Belloso Martín
Paulo J. B. Faiad
Paulo Junior Trindade dos Santos
Paulo Ricardo Opuszká
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Rita Daniela Leite da Silva
Robert Carlon de Carvalho
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
Rubén Miranda Gonçalves
Rui Miguel Zeferino Ferreira
Saulo Tarso Rodrigues
Sônia M. P. Wiedmann
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Valesca Raizer Borges Moschen
Vinícius Almada Mozetic
Vitor de Medeiros Marçal
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Zulmar Fachin

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 objectivo 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 seleccionados 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 selecção, 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 PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: EL TRABAJO DECENTE COMO RESPUESTA A LA PRECARIEDAD LABORAL

*J. Eduardo López Ahumada*¹

Resumen: Las migraciones laborales responden a los desafíos que han impuesto los cambios económicos, demográficos y tecnológicos, que demandan la presencia de los trabajadores extranjeros en los países industrializados. La mayor parte de las migraciones responden a cuestiones laborales y, en este sentido, la Organización Internacional del Trabajo se ha preocupado especialmente de la perspectiva laboral de los flujos migratorios. El presente trabajo analiza la protección internacional de los flujos migratorios laborales y presta especial atención al tratamiento del principio de la igualdad de trato y de oportunidades. Los movimientos migratorios internacionales tienen actualmente una naturaleza compleja y son diversos en sus manifestaciones y razones que los motivan. El estudio intenta presentar los esfuerzos realizados por la comunidad internacional para fomentar el trabajo decente a escala internacional, asegurando especialmente la garantía de un movimiento migratorio justo.

Palabras clave: migraciones laborales, trabajo decente, estándares laborales internacionales, inseguridad en el trabajo.

Abstract: Labor migration respond to the challenges imposed economic, demographic and technological changes, which require the presence of foreign workers in industrialized countries. The migrations respond to labor issues and, in this regard, the International Labour Organization has been especially concerned about the prospect of labor migration flows. This paper analyzes the international protection of labor migration and gives special attention to the treatment of the principle of equal treatment and opportunities. The international migratory movements currently have a complex nature and are diverse in their manifestations and reasons. The study aims to present the efforts of the international community to promote decent work at international level, especially ensuring the guarantee of a fair immigration movement.

Keywords: Labor migration, decent work, international labor standards, employment insecurity.

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

1 INTRODUCCIÓN

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. La mayor parte de las migraciones responden a cuestiones laborales y, en este sentido, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ha preocupado especialmente de la perspectiva laboral de los flujos migratorios. Actualmente se están desarrollando 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.

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 barreras formales o informales que iremos analizando. Dichos obstáculos impiden el acceso a un trabajo digno y justo. Con todo, conviene apuntar que la crisis económica y del empleo ha afectado especialmente a las condiciones de empleabilidad de los trabajadores migrantes. La última 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.

Una adecuada protección internacional depende ciertamente del desarrollo de flujos migratorios laborales desarrollados bajo la garantía de 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. Las migraciones laborales es una cuestión de naturaleza transversal, que se encuadra en el ámbito del programa del trabajo decente. 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. Los migrantes internacionales son colectivos heterogéneos, pero todos tienen el interés común de poder acceder a un trabajo digno y con condiciones de empleo justas. Sin duda, la garantía de un movimiento migratorio justo puede fundarse en los esfuerzos realizados por la comunidad internacional para fomentar el trabajo decente a escala internacional.

2 LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN COMO PRESUPUESTO NECESARIO DEL TRABAJO DECENTE

La mejor manera de hacer efectivo el trabajo decente es la garantía del principio de igualdad y no discriminación. El objetivo no es otro que luchar 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 social y la pobreza, que generan nuevas formas de desigualdad². Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona³. 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 evidente⁴.

La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza⁵. 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 trabajo⁶. 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 humanos. Ciertamente, ello supuso un importante paso adelante, enfocando la migración desde un tratamiento basado en los derechos. Esta nueva perspectiva basada en la

² 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.

³ Vid. HEPPLE, B. **Equality: The New Legal Framework**. Hart Publishing, 2011. p. 27.

⁴ 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). Atenas: BWV Berliner Wissenschafts-Bruylant, 2004. p. 527-528.

⁵ En relación a la conexión entre pobreza y trabajo decente. Vid. ALKIRE, S.; SANTOS, M. E. **Acute multidiscusional poverty: A new index for developing countries**. OPHI Working Paper n. 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.

⁶ Vid. OIT, **La hora de la igualdad en el trabajo**. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión. Ginebra, 2003. p. 100.

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)⁷, 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 irregular⁸. 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 decente⁹.

⁷ 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 (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, apartados 302 y 303.

⁸ *Vid.* OIT, **International labour migration. A rights-based approach**. Ginebra, 2010. p. 31-36. JANDAL, M. The estimation of illegal migration in Europe. *In: Migration Studies*, v. 41, n. 153, p. 141-55, Mar. 2004.

⁹ 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 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.

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 sociales¹⁰. 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 LAS PRINCIPALES DECLARACIONES INTERNACIONALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS ESTÁNDARES LABORALES INTERNACIONALES

La comunidad internacional ha prestado tradicionalmente especial atención a la regulación de los derechos de los trabajadores que participan en los flujos migratorios de naturaleza laboral. El derecho a la igualdad de los trabajadores migrantes está formalmente reconocido en los principales convenios internacionales que 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*

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.

¹⁰ 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].

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)¹¹. 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 Culturales¹². 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)¹³. Concretamente, en el ámbito laboral se garantiza el derecho al trabajo y a la formación profesional, el disfrute de 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).

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

¹¹ 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.

¹² En relación a los márgenes de aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destacamos el siguiente informe. *Vid.* Commitee on Economic, Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, pár. 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.

¹³ 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. *In:* ALEINIKOFF, T.A. y Chetail, V. (Eds.). **Migration and International Legal Norms**. Asser Press. The Hague, 2003. p. 175-176.

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)]¹⁴. 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 OIT¹⁵. Estamos, pues, ante un 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.

Los 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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

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 acogida¹⁶. 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 general¹⁷.

La igualdad y no discriminación se configura como un derecho ligado a la propia dignidad de la persona¹⁸ 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 disfrutaron 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 migrantes¹⁹, 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 irregular²⁰ 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 migrantes²¹.

¹⁶ 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, n. 22, miércoles 16 de junio de 2004, conclusión número 28.

¹⁷ Vid. FITZPATRICK, J., **The Human Rights of Migrants**, *loc. cit.*, p. 171.

¹⁸ Vid. GIL Y GIL, J. L. Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo. In: **Relaciones Laborales**, n. 15, 2009, p. 225; GIL Y GIL, J.L.; USHAKOVA, T. La Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo. In: **Documentación Laboral**, n. 59, p. 101-102, 1999.

¹⁹ 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.

²⁰ Vid. Declaración de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (apdo. 2º).

²¹ 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 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 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, 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)²² 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 laborales²³. El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores con independencia de su situación, aunque se presenta como referente no vinculante en el ámbito de una economía global²⁴. Sin duda, gravita de forma recurrente el 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

²² 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.

²³ *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.

²⁴ 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.

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-laborales²⁵.

4 LIMITACIONES AL LIBRE DESARROLLO DE LAS MIGRACIONES LABORALES: CONTEXTO ACTUAL Y PROBLEMAS ESTRUCTURALES

La crisis económica ha generado un nuevo contexto de situaciones ligadas a la discriminación en el acceso al empleo y a las oportunidades de la migración. Se trata de una coyuntura que ha fomentado las situaciones de desigualdad y discriminación, que ya padecían los trabajadores migrantes, y que han afectado esencialmente a aquellos trabajadores migrantes cuyos trabajos son de menor nivel de formación. No hay que olvidar que la crisis económica ha afectado a la productividad y la competitividad empresarial, lo que ha generado nuevos desequilibrios en los mercados de trabajo afectando especialmente a los colectivos de trabajadores especialmente vulnerables²⁶. Los trabajadores migrantes se ven, pues, expuestos con mayor intensidad al empleo estable y precario. Ello se debe al aumento del trabajo temporal y al exceso de la rotación laboral por la pérdida de la actividad productiva de las empresas, sin olvidar el preocupante aumento del trabajo informal²⁷.

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 migrantes²⁸. Ciertamente, se trata de un

²⁵ 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*”.

²⁶ La OIT insiste en la necesidad de fomentar un cambio en las políticas basadas en la austeridad por otras que alienten el fomento de empleo como prioridad, especialmente para los colectivos con dificultades de acceso y permanencia en el mercado de trabajo. *Vid.* OIT, **Informe anual de la OIT sobre el trabajo en el mundo. Trabajo en el mundo 2012: mejores empleos para una mejor economía**. OIT, **Tendencias mundiales del empleo 2012: prevenir una crisis mayor del empleo**, enero 2012, p. 6.

²⁷ En relación a los efectos de la crisis económica y financiera en el empleo. *Vid.* MARTÍN JIMÉNEZ, R.; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. Trabajo y crisis económica: ¿hay un trabajo mejor?, Informe de la OIT sobre el trabajo en el mundo (2012) y breve anotación sobre la reforma laboral (2012) como factor de crecimiento económico. **Diario La Ley**, n. 7878, 12 junio 2012 (formato electrónico LA LEY 6622/2012).

²⁸ 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

fenómeno que afecta a distintos colectivos, por ejemplo, trabajadores estacionales o temporales, trabajadores en situación irregular, víctimas de trata y de trabajo forzoso, trabajadores cualificados²⁹ etc. A pesar de la búsqueda del bienestar en otros países, los trabajadores migrantes se configuran como un colectivo especialmente vulnerable, circunstancia que se presenta especialmente en el momento de acceso al empleo³⁰. En este sentido, las personas migrantes se ven obligadas a asumir trabajos que evitan los nacionales en sectores económicos menos atractivos (la construcción, la agricultura, la hostelería o el turismo), 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.

Esta 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 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

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.

²⁹ 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”.

³⁰ 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.*, p. 94-95.

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.

A diferencia de los años previos a la crisis económica, que se caracterizaron por un aumento considerable de los flujos migratorios, la recesión ha supuesto un repliegue del fenómeno migratorio³¹. Evidentemente, la crisis económica ha representado un importante hándicap, al aumentar considerablemente el coste de emigrar y al reducirse las oportunidades efectivas de empleo en los países de destino. Sin duda, se trata de factores que desincentivan claramente las migraciones laborales³². La crisis económica implica nuevos desafíos para los trabajadores migrantes, que ven disminuir sus oportunidades de empleo y padecen el empeoramiento de las condiciones de vida y trabajo. Asimismo, la situación de desventaja de los trabajadores migrantes se ha visto agravada por la crisis económica que, sin duda, impide la promoción del principio de igualdad y no discriminación³³.

La crisis económica y financiera ha influido en el avance de la igualdad como medio de garantía del trabajo decente³⁴. Como se ha apuntado, la crisis económica y financiera internacional se ha convertido inevitablemente en una crisis del empleo³⁵. Sin duda, la crisis mundial genera condiciones

³¹ Sobre el auge de la migración en otros momentos. *Vid.* Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 2005. **Trends in Total Migrant Stock**. Population Division, New York, 2005. p. 7. OIT, **Migrant Workers Estimates**, Programa de Migraciones Internacionales (MIGRANT), Ginebra, 2005. p. 12-13.

³² *Vid.* AWAD, I. **The global economic crisis and migrant workers**: Impact and response, International Migration Programme. Ginebra, 2009. p. 3-4; LUCAS, R. **International migration and economic development**: Lessons from lowincome countries. Londres: Edward Elgar, 2005. p. 9.

³³ En este sentido, durante la crisis económica el espacio efectivo a la igualdad de trato y de oportunidades se reduce sensiblemente y en este contexto los trabajadores migrantes tienen que afrontar los problemas derivados de una nueva situación como un colectivo en riesgo.

³⁴ Esta situación ya fue objeto de análisis en diversos trabajos que abordaban los problemas esenciales derivados del cambio del ciclo económico. Los informes técnicos emitidos por la propia OIT proponían medidas de solución con un menor coste desde el punto de vista de las políticas sociales. *Vid.* OIT: **Para recuperarse de la crisis**: Un Pacto Mundial para el Empleo. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, 2009, parte II, 9, 2) y 7). En este sentido, el Instituto Internacional de Estudios Laborales (IIEL) ha defendido un modelo de reforma del sistema financiero, que tenga en cuenta la necesidad de creación sostenible de empleo. Ello tiene como premisa esencial la promoción de condiciones que conecten el aumento de la productividad con los salarios. En este proceso se apuesta por la necesidad de adoptar medidas de protección de los grupos vulnerables, como sucede en el caso del empleo femenino. *Vid.* OIT-IIEL, **Informe sobre el trabajo en el mundo 2009. Crisis mundial del empleo y perspectivas**. Ginebra, 2009. p. 25-26 y 33-ss.

³⁵ *Vid.* OIT, **La igualdad en el trabajo**: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011. p. IX.

desiguales e introduce grandes dosis de inseguridad en el empleo. Ello aumenta el peligro de la exclusión social debido a la aparición de nuevas manifestaciones de pobreza³⁶ y configura nuevos colectivos de trabajadores vulnerables (trabajadores precarios y temporales). En este sentido, se generan nuevas situaciones de discriminación directa e indirecta en las relaciones laborales. Sin duda, dicho riesgo de discriminación aumenta en los casos en los que los trabajadores migrantes no poseen un perfil profesional cualificado, así como cuando se suman otras causas de discriminación como son el género³⁷, la edad (trabajadores menores o maduros), la condición social, la ideología, la religión, etc.

El empleo de los trabajadores migrantes se está viendo afectado por las consecuencias de la crisis económica y está generando nuevas situaciones de precariedad laboral y nuevos espacios al trabajo informal, donde se diluye inevitablemente la protección social y se desactivan los instrumentos de solidaridad social. Esta situación genera la necesidad de muchos trabajadores migrantes que tienen que aceptar trabajos precarios o informales, afectando a la propia voluntariedad laboral y al propio derecho al trabajo. Y, efectivamente, se trata de una situación que tiene una proyección expansiva, ya que se está generalizando progresivamente, afectando incluso a los sistemas laborales desarrollados en el ámbito de las economías de mercado, que cuentan con sistemas jurídicos laborales consolidados y proteccionistas.

Precisamente, uno de los aspectos esenciales que aseguran la dignidad del trabajo y permiten luchar contra el peligro de la pobreza es la garantía de un salario decente. Precisamente, el derecho a 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 migrantes³⁸. Al igual que sucedía en el convenio 111, en el

³⁶ Según las estadísticas, en 2009 se cifraron entre 1.480 y 1.590 millones de trabajadores en situación de pobreza en el mundo. *Vid.* OIT, **La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse**, *op. cit.*, p. 8.

³⁷ La situación de este colectivo se ve acentuada por el carácter mundial de la crisis, que hace inviable en muchas circunstancias el regreso a su país de origen, debido a que la crisis de empleo está igualmente presente en sus países. *Vid.* AWAD, I. **The global economic crisis and migrant workers: Impact and response**, Ginebra, OIT, 2009, p. 3. OIE, **Trends in the workplace survey 2009**, p. 31. PAPADEMETIOU, D.; SUMPTION, M.; TERRAZAS, A. **Migration and immigrants two years after the financial collapse: Where do we stand?**, BBC World Service, Migration Policy Institute, 2010, p. 92.

³⁸ 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.*, p. 47-48.

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 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 valor³⁹. 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 legislaciones⁴⁰, 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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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.

5 EL OBJETIVO DEL DESARROLLO DE CONDICIONES DE TRABAJO JUSTAS: LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO INFORMAL Y LA INSEGURIDAD 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 trabajo⁴¹. 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 autoempleo⁴² y al empleo subordinado precario proveniente de la economía informal. Este nuevo espacio a la economía informal impide promover políticas eficaces para remover las situaciones injustas⁴³ 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

⁴¹ 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.*, p. 79-80.

⁴² 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 muchos países no se articulan mecanismos de tutela suficientes para el trabajo por cuenta propia.

⁴³ *Vid.* HARRISS-WHITE, B., La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales y ejemplos. **Revista Internacional del Trabajo**, v. 122, 2003, n. 4, p. 507-518.

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 decente⁴⁴.

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 irremediamente 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 irremediamente 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 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 temporal⁴⁵.

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

⁴⁴ Vid. OIT, **Rights, Labour Migration and Development: The ILO Approach**, Ginebra, 2007. p. 4.

⁴⁵ 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.

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 nacional⁴⁶.

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 ocupación⁴⁷. Los Estados que han ratificado dicho convenio tienen que 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 permanente⁴⁸.

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

⁴⁶ Vid. OIT, **En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada**, Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª, 2004. 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. p. 349-395.

⁴⁷ Vid. OIT, **Observaciones individuales sobre los Convenios**, núms. 97 y 111, Ginebra, 2001, p. 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.

⁴⁸ 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.

de uno de cada tres trabajadores migrantes que aspiraban a un puesto fueron injustamente excluidos de la selección⁴⁹. 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 cualificación⁵⁰. Según los estudios de la OIT, el desarrollo de condiciones de trabajo y empleo injustas se aplican tanto en países industrializados⁵¹ como en vías de desarrollo, y ello hace 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)⁵².

6 LAS MANIFESTACIONES DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES: CLAVES DE EXCLUSIÓN SOCIAL

El análisis de los supuestos de discriminación múltiple es un tema profundamente complejo, donde están presentes múltiples aspectos jurídicos. En la práctica resulta difícil diferenciar la discriminación fundada en la nacionalidad, el sexo, la raza o el origen nacional, y ello debido a que, por ejemplo, sexo y raza o ascendencia nacional son factores indisolublemente relacionados, que afectan concretamente a colectivos con identidades culturales

⁴⁹ Vid. OIT, **La igualdad en el trabajo**: afrontar los retos que se plantean, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 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.

⁵² 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.

propias pertenecientes a minorías sociales. La discriminación que sufren los trabajadores migrantes no se presenta en la realidad como un fenómeno unívoco y estático, puesto que generalmente concurre con otros motivos discriminatorios que son difíciles de erradicar en la práctica por motivos sociales e incluso culturales. Las formas de discriminación han ido ciertamente evolucionando con el paso del tiempo y actualmente podemos hablar de un contexto ciertamente heterogéneo que afecta especialmente a los trabajadores migrantes, que tienen derecho a disfrutar de un trabajo decente, sin perjuicio de su nacionalidad, raza, religión, origen social, edad, discapacidad, orientación sexual, etc.

La discriminación laboral de los trabajadores migrantes puede producirse debido a la presencia de distintos factores. Ello supone, por ejemplo, que ser mujer trabajadora e inmigrante aumenta considerablemente las probabilidades de sufrir prácticas discriminatorias, lo cual es una desventaja en el trabajo⁵³. Igualmente, podemos destacar la proyección de la edad como causa de discriminación, actualmente en alza debido a su incidencia sobre los jóvenes o personas maduras migrantes que demandan un empleo. Indudablemente, la condición de extranjero puede concurrir negativamente con el hecho de ser joven o mujer, lo que incrementa sus dificultades de acceso al mercado trabajo y les sitúa como colectivo especialmente vulnerable. Ello conecta directamente con el tratamiento del convenio sobre igualdad en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, así como con el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951, que prevé la garantía de la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

El impacto de las prácticas racistas, debido a los prejuicios existentes ante los trabajadores extranjeros, ha aumentado por la crisis del empleo y por los peligros de la globalización. De este modo, los trabajadores migrantes se encuadran en un colectivo social que encuentra especiales dificultades de ejercicio del libre desarrollo personal y profesional. Estos casos de discriminación múltiple requieren de respuestas jurídicas nuevas y adaptadas a los colectivos afectados⁵⁴. Esta máxima se puede entender contemplada

⁵³ Los trabajadores migrantes pueden sufrir discriminaciones por motivos de raza o religión (real o supuesta), y ello junto al factor de ser inmigrantes. La protección de los intereses de los trabajadores empleados en el extranjero ha sido una preocupación constante para la OIT. Con ello se pretende solucionar los problemas derivados de la intensificación de los flujos migratorios, que han hecho que las sociedades sean más diversas. Ya en la Conferencia Internacional del Trabajo 2004 se incluyó la situación de los trabajadores migrantes como tema de discusión general. *Vid.* CRUSH, J.; RAMACHANDRAN, S. **Xenophobia, international migration and human development**. Human Development Research Paper, 2009/47, PNUD, 2009. p. 31.

⁵⁴ Desde la Unión Europea, se ha intentado dar respuesta a estos casos de discriminación múltiple. En este sentido, destaca la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, destinada a prohibir la discriminación basada en la religión o el credo, la edad, la discapacidad y la orientación sexual.

implícitamente en el propio Convenio núm. 111, dada la flexibilidad con la que se pronuncia sobre la no discriminación, de modo que ello permitiría la introducción de nuevos motivos de discriminación prohibidos en las legislaciones. No cabe duda que la ausencia de referencia a la discriminación múltiple en las legislaciones tiene efectos perjudiciales en términos de protección jurídica⁵⁵. Por ejemplo, los tribunales siguen dando preferencia en sus resoluciones a la evaluación de la discriminación desde la perspectiva de una sola causa discriminatoria y los procesos se desarrollan de forma genérica sin abordar en su integridad la complejidad de los conflictos jurídicos. Ciertamente, es preciso seguir avanzando en el reconocimiento de la discriminación múltiple y en su reflejo progresivo en la práctica jurisdiccional como mejor vía de protección contra la discriminación.

Efectivamente, la discriminación por razones de nacionalidad hacia los trabajadores migrantes suele concurrir con otras causas de discriminación. Muchas veces es difícil determinar si el acto discriminatorio se debe a la nacionalidad o si tiene su origen en otras razones, por ejemplo, por motivos raciales, étnicos, religiosos u otros rasgos visibles, o a una combinación de todos estos factores⁵⁶. De este modo, por ejemplo, la contratación o el despido de un trabajador migrante se puede basar en consideraciones de identidad étnica, lingüística o religiosa. Sin duda, la OIT en su defensa del principio de igualdad y no discriminación vela por la integración social frente a la asimilación como tendencia preactiva y como respuesta ante la diversidad social y al creciente multiculturalismo.

La nacionalidad sigue presentándose en las relaciones laborales como un motivo de discriminación⁵⁷. En este sentido, podemos citar a título de ejemplo la exclusión de un trabajador extranjero del comité de empresa por no ser ciudadano de un país del espacio económico europeo. Ciertamente, se trata de un

⁵⁵ La discriminación estructural por uno o varios motivos, tales como el sexo, la raza, el color, el origen étnico o la religión son, en muchos casos, situaciones prototípicas de exclusión social y explotación, debido a las formas de trabajo forzoso que generan situaciones de pobreza. *Vid.* OIT, **La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse**, *op. cit.*, 2011, p. 8.

⁵⁶ La nacionalidad se muestra, pues, como un motivo de discriminación de los extranjeros al que se unen factores determinantes como la raza, el color de la piel o la religión, y ello debido a la existencia de un rechazo por falta de pertenencia al colectivo mayoritario. *Vid.* OIT, **La hora de la igualdad en el trabajo**, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁷ En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 prohíbe estas prácticas discriminatorias. Aunque dicho precepto no aluda expresamente a la nacionalidad como motivo de discriminación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta de forma extensiva su protección incluyendo la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad. Ello se muestra especialmente importante en materia de protección social, lo cual impide que los trabajadores puedan ser privados de las prestaciones de la seguridad social en virtud de una nacionalidad extranjera. *Vid.* *Gaygusuz contra Austria*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 16 de septiembre de 1996, párrafo 42; *Koua Poirrez contra Francia*, sentencia de 30 de diciembre de 2003, párrafo 46.

claro ejemplo de discriminación por motivos de nacionalidad, que no tienen conexión con las funciones de los representantes de los trabajadores⁵⁸. Desde el punto de vista de la igualdad de trato, la OIT valora muy positivamente el desarrollo de sistemas de integración regional, que privilegian a las nacionalidades de los Estados miembros y extienden la igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores migrantes⁵⁹. A pesar de todo, estos sistemas siguen contemplando diferencias de trabajo respecto de los nacionales de un estado miembro, ya que los gobiernos pueden limitar el acceso al trabajo a los extranjeros o restringir los cambios de empleo limitando los efectos de los permisos de trabajo. Se trata, pues, de restricciones en el empleo, ya que a pesar de los avances se trata de una materia que sigue formando parte de la potestad soberana de los Estados. Sin duda, a juicio de la OIT el modelo de promoción de la igualdad se encuentra en la Unión Europea, donde se reconoce la igualdad de trato incluso a nacionales de terceros países que residan de forma regular en el país de empleo.

Sin duda, otro factor ligado al trabajo de las personas migrantes es la discriminación por razones de raza o etnia. Esta discriminación racial viene igualmente ligada a otros factores, que padecen los miembros integrantes de comunidades o minorías culturales y lingüísticas, cuya identidad se funda en características religiosas, culturales o de ascendencia nacional⁶⁰. Este tipo de discriminación racial afecta especialmente a personas de color e indígenas, que padecen sus consecuencias en el empleo. Por ejemplo, las personas con ascendencia africana plenamente instalados en países de recepción siguen sufriendo discriminaciones en el empleo. Por ejemplo, en Europa los colectivos de raza negra o magrebíes siguen ocupando grandes cotas de desempleo y se encuentran en ocupaciones poco cualificadas con ingresos salariales muy bajos. En América Latina los trabajos informales o peor remunerados son ocupados generalmente por los colectivos indígenas⁶¹ y, especialmente, es importante la brecha salarial existente, ya que reciben retribuciones inferiores o sus servicios prestados son totalmente abonados en especie.

⁵⁸ Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁹ La OIT considera que los sistemas de libre circulación y movilidad laboral son una vía futura de fomento de la igualdad en zonas de integración regional, como África, Asia y América Latina, pudiendo dichos sistemas de integración impulsar la libre circulación migratoria con el paso del tiempo.

⁶⁰ En este sentido, conviene indicar que cualquier discriminación que se ejerce contra un grupo étnico tiene la consideración de discriminación racial. Vid. OIT, *La igualdad en el empleo y la ocupación*, Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación en relación con el Convenio núm. 111, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, Ginebra, 1996, párrafos 30 y 31.

⁶¹ En el caso de los pueblos indígenas, la situación afecta a un gran colectivo, cercano al cinco por ciento de la población mundial, siendo especialmente relevante la situación en América Latina. El problema tiene efectos no sólo en el acceso al empleo sino también en las retribuciones.

En este sentido, es preciso indicar que con carácter general se asimilan prácticas discriminatorias indirectas, especialmente las diferencias salariales, por motivos de raza en los países industrializados⁶². Y el problema reside en la creación de estereotipos raciales. Estos estereotipos configuran ciertamente una discriminación que sobrepasa el fenómeno de la migración y configura una discriminación en el origen de la persona⁶³. Según la OIT, la discriminación en el mercado de trabajo de personas de origen migrante se produce incluso en la segunda y tercera generación, como se desprenden del análisis de países europeos y de América del Norte⁶⁴. Sin duda, la OIT insiste en el reforzamiento de las medidas contra las prácticas discriminatorias por motivos de raza o etnia, ya que se considera la peor forma de discriminación⁶⁵. En este sentido, Naciones Unidas adoptó la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. Este instrumento internacional, ampliamente ratificado, obliga a los Estados signatarios a prohibir cualquier discriminación basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico⁶⁶.

La discriminación por razón del origen social se basa en la pertenencia de una persona a una clase, categoría socioprofesional o casta, que condiciona su situación laboral o puede influir decisivamente en ella. Sin duda, en determinados supuestos la raza se presenta como un factor que puede limitar la empleabilidad o las posibilidades de promoción profesional, impidiendo desempeñar cargos o determinadas funciones cualificadas. Ciertamente, cada vez tiene menos proyección este tipo de discriminación en el empleo en los países desarrollados, aunque cuando se produce se aprecia de forma indirecta o involuntaria. Ello quiere decir que este tipo de prácticas discriminatorias no son exclusivamente propias de las sociedades donde existen estratos sociales rígidos, sino que se presenta asimismo en las sociedades abiertas y plurales, donde existe un mayor espacio para la igualdad de oportunidades. Sin duda, las medidas a favor de la diversidad son un instrumento esencial para atajar la discriminación y, por ello, muchas empresas están considerando como una ventaja la estrategia

⁶² En este sentido, se indica que este “fenómeno se produce en todas partes, independientemente de la situación socioeconómica de los países en que vivan”. Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, op. cit., p. 27.

⁶³ Vid. CEDIEY, E.; MORONI, F. *Les Discriminations à raison de ‘L’origine’ dans les embauches en France*. OIT, Ginebra, 2007. p. 8.

⁶⁴ Vid. OIT, *International labour migration. A rights-based approach*, op. cit., p. 81.

⁶⁵ Vid. PARTSCH, K. J., Fundamental principles of human rights: self-determination, equality and non-discrimination. In: VASAK, K. (Dir.). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Unesco, París, 1982. p. 124.

⁶⁶ En relación a la discriminación por razón de raza y de origen étnico está presente la lucha contra el racismo. En este sentido, debemos destacar los trabajos de la Conferencia de Examen de Durban, que se celebró para completar las labores de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia organizada por las Naciones Unidas en 2001. Igualmente, puede consultarse. Vid. OIT, *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, op. cit., p. 93-94.

de diversificación de la plantillas. Ello puede repercutir desde el punto de vista competitivo y de oportunidad de negociación al exterior, siendo un aspecto positivo contar con una plantilla de trabajadores diversa, que sea visible al exterior. Esta configuración de las empresas puede facilitar su introducción en nuevos mercados de trabajo y, a su vez, es un factor positivo desde el punto de vista de la responsabilidad social de las empresas. Ello incluso puede repercutir en la obtención de proyectos gubernamentales o de instituciones internacionales y pueden conseguir en el ámbito nacional beneficios específicos⁶⁷.

Las tensiones en las relaciones laborales generan tensiones sociales, cada vez más frecuentes, convirtiendo al trabajador migrante en una de las causas de la crisis del empleo, a pesar de ser un colectivo especialmente afectado en el ingreso al mercado de trabajo⁶⁸, así como por el desempleo. Asimismo, tampoco se tiene en cuenta la contribución de las personas migrantes al crecimiento y al desarrollo de los países donde trabajan, sin olvidar la percusión de las remesas enviadas a sus familiares a sus países de origen. De igual modo, la migración ha permitido rejuvenecer la población activa y ha permitido financiar el coste social de las pensiones.

Esta problemática implica la necesidad de avanzar en la integración de los trabajadores migrantes en el trabajo y en la sociedad, teniendo en cuenta el multiculturalismo en las políticas públicas. Ello es especialmente importante en materia de empleo o formación profesional, asegurando los principios de igualdad y no discriminación. Sin duda, dicho reconocimiento de la igualdad es la vía que permite asegurar una pacífica convivencia social, eludiendo los supuestos de acoso, violencia y xenofobia, que afectan en muchos casos a los trabajadores migrantes,

⁶⁷ Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*, op. cit., 2011, p. 44. En este sentido, podemos destacar el programa de 2009 relativo a las “cartas de la diversidad”, al que se han sumado países como Alemania, Bélgica, España, Francia, Italia y Suecia, que intenta promover la diversidad en la fuerza de trabajo mediante la adhesión voluntaria a una de estas cartas por parte de las empresas, que se comprometen a promover y cumplir los principios fundamentales de igualdad y respeto del derecho de inclusión de todas las personas en el lugar de trabajo. Vid. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea, *Cartas de la Diversidad*. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=915&langId=es>; e Instituto Europeo para la Gestión de la Diversidad, *Carta de la Diversidad*. Disponible en: <http://www.ieg.org/spanish800/diversidad.htm>, 9 de noviembre de 2010. Comisión Europea: *Diversity management in 2008: Research with the European Business Test Panel*, Bruselas, 2008, p. 4.

⁶⁸ Desde distintas ópticas, se ha subrayado el hándicap del acceso al empleo que sufren los trabajadores migrantes especialmente en tiempos de crisis económica. Vid. FAUNDEZ, J. Racism and employment. In: *Dimensions of racism*. Nueva York – Ginebra, Naciones Unidas, 2005. p. 57; BENEDICK, J. **Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in the United States: empirical findings from situation testing**. International Migration Papers núm. 12, OIT, Ginebra, 1996. CEDIEY, E.; FORONI, F. **Discrimination in access to employment on grounds of foreign origin in France: A national survey of discrimination based on the testing methodology of the ILO**. Documento sobre migraciones internacionales núm. 85E de la OIT, Ginebra, OIT, 2008. p. 21-22. AA.VV., **A test for racial discrimination in recruitment practice in British cities**. WOODS, M. (Dir.). Departamento de Empleo y Jubilaciones, Research Report 607, 2009. p. 3.

siendo éste un fenómeno con repercusión igualmente en el ámbito laboral⁶⁹. Asimismo, la promoción de la igualdad genera cohesión social y limita la pobreza al reducir la marginación y la exclusión social⁷⁰, que afecta igualmente a los países desarrollados⁷¹. En este sentido, es preciso recordar que la ausencia de reconocimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades en sus países de origen es lo que impulsa, por ejemplo a los colectivos indígenas a emigrar al extranjero con el fin de encontrar un trabajo digno y equitativo.

Otro de los factores de conflictividad, que genera discriminación en el trabajo de las personas migrantes es el credo religioso y mucho más la práctica de la religión en los lugares de trabajo. La discriminación por motivos de religión, real o incluso aparente, es un fenómeno que muchas veces está ligado a la condición migrante del trabajador. Ello se debe incluso a su origen cultural diverso, e igualmente su proyección es irremediable en el ámbito laboral, afectando tanto al empleo como a la ocupación. En concreto, es especialmente importante la garantía del derecho a no revelar la religión que se profesa, ya que ello forma parte del derecho a no ser discriminado por razones religiosas. Por tanto, las empresas no pueden obligar a los trabajadores migrantes a exteriorizar su credo religioso, ya que ello podría afectarles negativamente en el acceso al empleo o en la propia dinámica de la relación laboral. Sin duda, el conocimiento de la religión profesada puede incidir en la promoción profesional, mejoras salariales, movilidades funcionales u otros aspectos relativos a las condiciones de empleo y ocupación. Con todo, la igualdad de trato está indisolublemente relacionada con la libertad religiosa. En este sentido, la OIT insiste en la necesidad de promover en el ámbito de la ocupación la existencia de normas jurídicas específicas que protejan la práctica de las creencias religiosas en los lugares de trabajo⁷².

⁶⁹ Vid. CRUSH, J.; RAMACHANDRAN, S. **Xenophobia, international migration and human development**, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁰ Hasta el punto que podemos cuestionarnos si racismo y pobreza no forman en realidad un binomio indisoluble. Vid. OIT, **La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean**, *op. cit.*, p. 27. Ello genera supuestos de discriminación racial o étnica en colectivos pobres, lo que supone la persistencia de tratamientos en régimen desigualdad incorporados socialmente. Estas prácticas implican bajos niveles educativos y barreras insalvables a la promoción profesional y al acceso al trabajo cualificado, creando ámbitos de segregación social y colectivos en situaciones de inferioridad. Vid. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR): Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, CERD /C/RUS/CO /19, agosto de 2008, págs. 5 y 6.

⁷¹ Por ejemplo, en Europa, podemos destacar la situación del pueblo romaní, pueblo migrante por naturaleza y principal minoría étnica en el continente. Este grupo étnico sufre directamente el problema de la discriminación racial. Se trata de una minoría que se enfrenta a factores de exclusión social y pobreza. En muchos casos se encuentran excluidos del trabajo formal u ocupan trabajos que no precisan cualificación debido al déficit de formación o a su bajo nivel educativo, hasta el punto de que se desconocen datos oficiales sobre su situación laboral real, ya que en muchos no están siquiera documentados. Vid. OIT, **La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse**, *op. cit.*, p. 37.

⁷² Vid. OIT: **Igualdad en el empleo y la ocupación**, Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 75ª

En este sentido, sería importante que las empresas facilitasen, si la organización del trabajo lo permite, acomodar las prácticas y creencias religiosas al desarrollo de la actividad productiva. Evidentemente, existen determinadas manifestaciones del factor religioso que necesariamente necesitan una respuesta desde la perspectiva de la propia gestión empresarial, por ejemplo, la observancia de restricciones alimenticias para diversas confesiones religiosas, calendarios de días festivos religiosos negociados colectivamente, descansos semanales, pausas intrajornada, tipos de vestimentas religiosas, etc. Se trata, pues, de pautas que tienen que ir siendo asimiladas en la gestión empresarial a efectos de organizar lugares de trabajo heterogéneos. Y entre estas medidas figura la concesión de facilidades para dichas prácticas, por ejemplo, la concesión de descansos para la oración o licencias para llevar determinadas prendas religiosas en el trabajo. En estos ámbitos de tolerancia y de inclusión sería conveniente que los propios trabajadores informasen a sus empresarios de sus prácticas religiosas al inicio de la relación de trabajo para poder organizar el trabajo adecuadamente y, en su caso, conciliar obligaciones laborales con el ejercicio de prácticas religiosas.

Igualmente, debemos referirnos a la discriminación por razón de sexo, que presenta problemas específicos que confluyen en muchos casos con la condición migrante de las trabajadoras. En este sentido, no debemos olvidar que existe un importante aumento de la feminización en los flujos migratorios, ya que al alrededor del cincuenta por ciento de las personas migrantes son mujeres⁷³. Los instrumentos internacionales reconocen la garantía de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluido en materia de empleo, trabajo y retribución. Las trabajadoras migrantes prestan servicios en sectores como el servicio doméstico⁷⁴ y la atención a las personas dependientes, que tienen un menor grado de protección o, incluso, éstos servicios se desarrollan en

reunión, Ginebra, 1988, párrafo 57. Comisión de Igualdad y Derechos Humanos, What equality law means for you as an employer: Managing workers, v. 5 de 7, julio de 2010, p. 22.

⁷³ *Vid.* OIT, **International labour migration. A rights-based approach**, *op. cit.*, p. 26-28. MORENO-FONTES, C. The Feminization of International Migration. *In: Labour Education Review*, n. 129, 2002/04, OIT, Ginebra, 2002. En materia de migración existe una manifestación especial de la dimensión del género y ello da lugar a respuestas jurídicas especiales como la protección social de las mujeres. *Vid.* OIT, **Trabajadoras y trabajadores migrantes: hacia una igualdad de derechos y oportunidades**, Ginebra, 2008, p. 2.

⁷⁴ Por su parte, el trabajo doméstico se muestra como un frente de lucha especial contra la discriminación múltiple, ya que junto al sexo en muchos casos la desigualdad radica en motivos étnicos o de extranjería. Este tipo de trabajo lo desarrollan generalmente mujeres (sobre todo mujeres jóvenes o mayores migrantes y sin estudios) y su demanda es muy elevada, especialmente en países desarrollados. El trabajo doméstico es una modalidad de trabajo precario debido a su conexión con el trabajo informal. Incluso se ha destacado la relación del trabajo informal con el trabajo a domicilio con el calificativo de “trabajo invisible”, ya que no se encuentra justamente valorado y no está protegido suficientemente en relación a la Seguridad Social. En este sentido, generalmente las legislaciones laborales de los Estados suelen contemplar un régimen jurídico especial y diferenciado para estos colectivos.

el ámbito del trabajo no declarado y la economía informal⁷⁵. Frente a los trabajadores migrantes, las trabajadoras padecen una doble carga, esto es, ser mujer y además migrante, circunstancia que las hace mucho más vulnerables. Los trabajadores migrantes pueden desarrollar ocupaciones de diversos sectores económicos, a diferencia de las mujeres que generalmente trabajan en actividades con una gran presencia femenina. Especialmente importante es el tema de la brecha salarial. En este punto, según los estudios nacionales promovidos por la OIT en la aplicación del Convenio número 100, se señalan las importantes diferencias salariales existentes entre las mujeres y los hombres migrantes, con independencia de su situación jurídica⁷⁶. Sin duda, una vez más, la OIT insiste en destacar como modelo de cobertura en los procesos de integración el conjunto de ambiciosas Directivas específicas adoptadas por la Unión Europea⁷⁷, que han permitido enfatizar la tutela de la igualdad, así como la importante labor realizada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Las múltiples formas de discriminación afectan especialmente a las mujeres en el empleo y la ocupación⁷⁸. Junto a los motivos de nacionalidad, podemos destacar la situación de las mujeres indígenas o de minorías sociales que se encuentran excluidas del acceso al empleo, así como otros supuestos de discriminación ligados a motivos raciales, culturales y religiosos. En todos estos casos, los problemas son de identidad y de pertenencia de la mujer trabajadora a un colectivo social con graves problemas de acceso al mercado de trabajo. Igualmente, y en atención a la circunstancia personal de la mujer trabajadora, tiene especial proyección la discriminación por motivos de edad (especialmente trabajadoras jóvenes o maduras), por discapacidad o por apariencia de física (por ejemplo, por motivos de obesidad)⁷⁹ o debido a un concreto estilo de vida.

⁷⁵ Vid. OIT, **Women, gender and the informal economy: A Statistical Picture**, Sector Empleo, Ginebra, 2002.

⁷⁶ Vid. OIT, **En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada**, *op. cit.*, p. 50 y 85; RODRÍGUEZ-PÍÑERO, M. **La OIT y los trabajadores migrantes**, *loc. cit.*, p. 551-552.

⁷⁷ Especialmente importante en este punto es la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Dichas directivas fueron posteriormente derogadas por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que viene a refundir la materia en un único instrumento normativo. Asimismo, conviene tener presente la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2000, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁷⁸ Vid. OIT, **Trabajadoras y trabajadores migrantes: hacia una igualdad de derechos y oportunidades**, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁹ Últimamente ha cobrado especial relevancia la discriminación por razón de la apariencia física. Por ejemplo, en EEUU la discriminación por motivos de imagen (peso/estatura) afecta especialmente a las mujeres en el ámbito laboral y son comparables a la discriminación por motivos de raza, edad o sexo. Incluso en países como Francia o Bélgica se han aprobado disposiciones

Asimismo, conviene indicar que actualmente la OIT está especialmente preocupada por los casos extremos de abuso de las trabajadoras migrantes en los traslados de mano de obra femenina desde los países de origen. Se trata de trabajos desarrollados en condiciones de servidumbre organizados a instancias del comercio sexual⁸⁰.

7 LA NECESIDAD DE AVANZAR EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES PRIVADAS

Al igual que sucede con los principios y derechos fundamentales en el trabajo, los convenios generales 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. 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. 118), Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1982 (núm. 157)⁸¹.

específicas sobre este tipo de discriminaciones. Vid. PUHL, R. M.; ANDREYEVA, T.; BROWNELL, K. D. Perceptions of weight discrimination: Prevalence and comparison to race and gender discrimination in America. *International Journal of Obesity*, n. 32, p. 992-1000, 2008; ROTH, D. Evidence of unequal treatment in hiring against obese applicants: A field experiment, Institute for the Study of Labor, mayo de 2007.

⁸⁰ Vid. OIT, **Multilateral Framework on Labour Migration. Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration**, TMMFLM/2005/1 (Rev.), International Labour Office, Ginebra, p. 94.

⁸¹ 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).

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 migrante⁸². 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 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 clandestinidad⁸³. 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 una 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

⁸² 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. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, n. 19, p. 343, 1984.

⁸³ 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.

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 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 privadas⁸⁴. 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

⁸⁴ *Vid.* OIT, *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes...*, *op. cit.*, apartado 369.

comparación con el convenio de 1949, se produce un avance en la garantía de la igualdad, al referirse a la igualdad de 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.

La promoción de la igualdad implica un cambio del modelo de gobernanza de la migración sobre la base de la protección de los trabajadores migrantes, configurando un marco estable de ordenación de las migraciones que soporte los cambios de ciclo económico⁸⁵. Ciertamente, a través de los convenios específicos y generales la OIT se han adoptado reglas que permiten orientar las políticas nacionales migratorias a fin de tutelar a los trabajadores migrantes⁸⁶. Con todo, existe en la práctica una relación conflictiva entre las políticas soberanas de los Estados relativas a la organización del mercado de trabajo y los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes⁸⁷. A pesar de ello, no podemos obviar la propia evolución de los sistemas normativos nacionales, que contemplan nuevas medidas que intentar evitar la segregación profesional y las diferencias en el empleo y la ocupación. Con todo, la OIT sigue contemplando en sus programas de actuación el objetivo de conseguir que el derecho fundamental de no discriminación en el empleo y la ocupación se convierta en un principio rector de las políticas legislativas de los Estados, así como criterio informador de la práctica administrativa como medio para conseguir una sociedad más justas.

Ciertamente, la promoción de la igualdad y la no discriminación de los trabajadores no es una labor exclusiva de los Estados⁸⁸, sino que es especialmente

⁸⁵ En este sentido, un factor derivado de la crisis es la rebaja de los cupos de trabajadores inmigrantes por parte de los Estados. Por ejemplo, podemos destacar en los últimos años el caso del Reino Unido o Irlanda, que han restringido las condiciones de acceso al mercado laboral de trabajadores de otros Estados que no pertenecen a la Unión Europea. Asimismo, la OIT ha registrado prácticas estatales dirigidas a la limitar la migración laboral, mediante la previsión de nuevos requisitos para expulsar a trabajadores migrantes (Malasia o Singapur).

⁸⁶ *Vid.* OIT, **An Information Guide: Preventing Discrimination, Exploitation and Abuse of Women Migrant Workers**, Folleto 4 “Working and Living Abroad”, Ginebra, 2004, p. 11; OIT, **Alianza Global contra el Trabajo Forzoso**, Conferencia Internacional del Trabajo, 93ª, 2005, p. 15.

⁸⁷ *Vid.* OIT, **Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes...**, *loc. cit.*, apartado 24.

⁸⁸ Sin duda, la promoción de condiciones de igualdad en el trabajo es una responsabilidad primordial de los Estados, cuyas políticas legislativas y prácticas administrativas tienen que estar orientadas a este objetivo. Sin embargo, el papel de los agentes sociales por la vía del diálogo social y el entendimiento de los sujetos de las relaciones laborales por medio de la negociación colectiva es decisivo a los efectos de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad. La OIT ha venido apostando tradicionalmente por el diálogo social como instrumento clave para

importante el diálogo social tripartito, en el que gobiernos, sindicatos y empleadores promuevan la defensa de los trabajadores migrantes⁸⁹. Este enfoque tripartito de la migración se encuentra igualmente contemplado en el convenio núm. 143 de la OIT (arts. 2.2, 4, 7, 12.e y 14.b), que contempla la consulta a las organizaciones de trabajadores y empresario como elemento clave. Se insiste, pues, en el fortalecimiento del diálogo social como consecuencia directa de la participación de los agentes sociales en las políticas sociales y como un claro ejemplo de fortalecimiento de la democracia social. Sin duda, la negociación colectiva es un instrumento central y se convierte en un medio para conseguir mejoras en pro de la igualdad de trato de los trabajadores migrantes. Ciertamente, es preciso avanzar en la negociación colectiva de la igualdad debido a la ausencia en muchos casos de cláusulas de igualdad o cuando existen debido a su carácter ciertamente limitado y de contenido excesivamente genérico.

conseguir la paridad en el trabajo, potenciando la defensa de la igualdad con los agentes sociales desde un punto vista internacional.

⁸⁹ *Vid.* OIT, **Marco tripartito de la OIT**: llamando a los gobiernos, sindicatos y a los empleadores a defender y proteger a los trabajadores migrantes, Ginebra, 2005. p. 7; OIT, **En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada**, *op. cit.*, p. 108-109.