

# MIGRACIONES LABORALES Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO: REVISANDO LOS PILARES DE UNA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA UNIVERSAL

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Cantabria

## EXTRACTO

**Palabras clave:** trabajadores migrantes, regulares, irregulares; derecho universal, corredores migratorios

La trascendencia de los flujos migratorios explica que el sistema de Naciones Unidas, y en particular la OIT en los laborales, se haya afanado reiteradamente en disciplinarlos. Se erige así un conjunto normativo cuya lectura es compleja, tanto por la posible parcialidad de las ratificaciones, su eventual modificación de los textos ratificados o la practicable aplicación territorial no íntegra de los mismos. Por citar algunas de las causas que dificultan esta tarea y que incluyen una falta de definición común del trabajador migrante regulado. Una interpretación cuya dificultad se acrecienta por la necesidad de comprender que la normativa sustantiva de este colectivo no radica en los instrumentos migratorios de la OIT, cuyo fin habría de ser primordialmente garantista de la eficacia de otras normas respecto de dichos sujetos. Esta reflexión se propone desvelar la real entidad de este entramado normativo al tiempo que desentrañar las claves para su más correcta comprensión, entre las que sobresale el diverso tratamiento legal de trabajadores migrantes regulares e irregulares, pasando por situaciones intermedias. Desvelando la evolución habida, la reflexión desemboca en una serie de propuestas necesarias para encauzar jurídicamente su tutela.

## ABSTRACT

**Key words:** migrant workers: regular, undocumented universal migratory law; migratory corridors

The historical significance of migratory flows has traditionally encouraged the United Nations system, and in a very intense manner the ILO concerning labour ones, to on countless occasions regulate them. Thus, a regulatory set is erected, the understanding of which is complex. This complexity is due to the possible partiality of the ratifications, the eventual by the states of the ratified texts or the practicability of a non-complete territorial application thereof. Among these reasons, the lack of a unique definition of what the migrant worker is must be expressly underlined. The interpretation of this reality is also difficult because the substantive regulation of migrant workers does not lie in the ILO's migratory standards themselves, the purpose of which should be primarily to guarantee the effectiveness of other regulations. This reflection is therefore proposed to reveal the real dimension of this normative framework and to unravel the keys to facilitate its most correct understanding, outstandingly the different legal treatment of regular and irregular migrant workers, including some intermediate situations. Uncovering the evolution of this legal standards, the reflection leads to a series of proposals to improve the protection of migrant workers.

**ÍNDICE:**

1. UNA PRIMERA VISIÓN DEL FENÓMENO MIGRATORIO
2. LA REGULACIÓN MUNDIAL, DIRECTA E INDIRECTA, DE LAS MIGRACIONES LABORALES: PARTICULAR ATENCIÓN A LA OIT
3. LA COMPLEJA INTERPRETACIÓN DE LA ANTERIOR NORMATIVA
4. EL RELEVANTE Y NECESARIO PAPEL ESTATAL
5. LA TUTELA DEL TRABAJADOR MIGRANTE Y, EN PARTICULAR, DEL MIGRANTE IRREGULAR:
  - 5.1. La especial consideración y tutela de ciertos periodos temporales
  - 5.2. La integración de condiciones de vida y de trabajo
  - 5.3. La situación regular del extranjero como elemento determinante del tratamiento jurídico
    - 5.3.1. El infranqueable pero impreciso límite de los derechos humanos
    - 5.3.2. Trabajadores migrantes regulares
    - 5.3.3. Situaciones “intermedias”. El cambio de circunstancias del migrante inicialmente regular: la sobrevenida pérdida de empleo
    - 5.3.4. Migrantes irregulares
6. REFLEXIONES PARA AVANZAR EN UN CAMINO DE MEJORA

**1. UNA PRIMERA VISIÓN DEL FENÓMENO MIGRATORIO**

Resulta evidente, y en consecuencia reiteradamente reconocido, que “la humanidad ha estado en movimiento desde los tiempos más antiguos”<sup>1</sup>. Los flujos migratorios no constituyen un fenómeno de esta época, ni de la globalización, sino “que se trata de fenómenos recurrentes desde la antigüedad”<sup>2</sup>.

Flujos que han tenido siempre, y más si cabe ahora, una trascendencia social sin igual. No sólo por su entidad, sino por la complejidad y trascendencia, a nivel de derechos humanos, de la realidad social que generan a lo largo de toda su dinámica. Desde los países origen de la misma pasando por los de tránsito a aquellos que son destinatarios de estos flujos. No obstante, en la era de la globalización estos movimientos alcanzan unas dimensiones enormes en términos absolutos, hasta el punto de erigirse como nota identificativa de la globalización misma, según sostiene a título de ejemplo la propia Declaración de la OIT por la Justicia Social para una Globalización Equitativa del año 2008<sup>3</sup>. La superpoblación y el desarrollo científico contribuyen indudablemente a ello.

Un fenómeno migratorio que es, además, sustantivamente laboral, orientado hacia Estados en función de su nivel de rentas y focalizado hacia América del

<sup>1</sup> Introducción de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes del año 2016 (DRM).

<sup>2</sup> Gianni Loy, “Disparidad de trato y discriminación de los trabajadores extracomunitarios”, *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, sección “Monografías”, 2009, p. 185, tomo 2, Wolters Kluwer, epígrafe I.

<sup>3</sup> Incorpora ésta, en efecto, entre los elementos definitorios de la globalización la conjunción

Norte, Europa y los Países Árabes<sup>4</sup>. Aunque parece que, más allá de aquellas rentas, no se ha podido contrastar una relación, al menos no absoluta, entre flujos migratorios y Estado de bienestar, constatándose niveles migratorios muy parejos en Estados de diversos niveles de protección de sus sistemas sociales. De destacar es, además, que en la actualidad “las migraciones, mayoritariamente, no proceden de los países más pobres sino de aquellos con ingresos medios”, siendo la mayor parte de la migración intrarregional<sup>5</sup>. Y no siempre está caracterizada por esa imagen del inmigrante pobre y sin cualificación<sup>6</sup>.

Introducción DRM citada que igualmente apunta dos cuestiones de relieve en una primera aproximación a esta realidad. En primer lugar, la multiplicidad de causas de este flujo, enumerando las siguientes: razones económicas, por búsqueda de nuevas oportunidades; la necesidad de escapar de los conflictos armados, la

de un flujo de empresas y trabajadores. El Considerando de esta DJSGE manifiesta que la globalización “se caracteriza por la difusión de las nuevas tecnologías, los flujos de ideas y capitales, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y sus procesos y del diálogo y, asimismo, una mayor circulación de personas, especialmente de trabajadores”.

<sup>4</sup> La OIT apreciaba en el año 2017 la existencia de unos 258 millones de migrantes, de los cuales 234 están en edad de trabajar a efectos de la OIT, a partir de 15 años, siendo unos 164 millones el número de trabajadores migrantes. Datos, todos ellos, que han crecido desde la estimación anterior del año 2013. Es decir, en el año 2017 los trabajadores migrantes constituían el 59,2% de todos los migrantes internacionales. Trabajadores migrantes en edad de trabajar que constituyen el 4,2% del total de trabajadores en edad de trabajar, y el 4,7 % de los trabajadores que efectivamente trabajan. Estas cifras por el contrario han sido más bajas en 2017 frente al año 2013. De aquellos 164 millones de trabajadores migrantes internacionales, 111.2 millones (67.9 %) son empleados en países con ingresos altos, 30.5 millones (18.6 %) en estados con ingresos medio-altos, 16.6 millones (10.1%) en estados con ingresos medio-bajos y 5.6 millones (3.4%) en países con ingresos bajos. La primera de las cifras ha descendido desde el 74,7% en 2013, una deriva hacia otros escalones que puede ser atribuida al desarrollo económico de algunos países con ingresos más bajos particularmente si se localizan cerca de los países de origen de los emigrantes con redes sociales más cercanas entre ambos. La evolución también puede explicarse por las políticas migratorias más estrictas de aquél primer grupo de países y el crecimiento económico más fuerte entre los países de ingresos medio-altos. En definitiva, existe una concentración (60,8%) de los trabajadores migrantes en tres subregiones: América del Norte (23%), Norte, Sur y Oeste de Europa (23.9 %) and los Países Árabes (13.9 %). Y ello a pesar de que, de los 3.500 millones de trabajadores, cerca del 50% se localizan en dos subregiones: 928.2 millones (26.8 %) en el este asiático y 721 millones (20.8 %) en el sur de Asia, la primera subregión incluye China y la última India, los dos países más poblados del mundo. International Labour Office, *ILO Global Estimates on International Migrant Workers -Results and Methodology. Second edition- (reference year 2017)*. Geneva. ILO, 2018. ISBN: 978-92-2-132671-7 (print); 978-92-2-132672-4 (web pdf), p. 5, IX, X, XI, XII y XIV.

<sup>5</sup> CES, *Informe 02/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Madrid, CES, 2019, pp. 18 y 230.

<sup>6</sup> Servais, J.M., “International Labour Migration Law or The Misfortunes of Virtue”, en *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale. English Electronic Edition*, núm. 4, 2017, p. 20.

pobreza, la inseguridad alimentaria, la persecución, el terrorismo o las violaciones y los abusos de los derechos humanos; también los efectos adversos del cambio climático o desastres naturales (algunos de los cuales pueden estar vinculados al cambio climático) u otros factores ambientales. Indicando que muchos de estos desplazamientos son “de hecho, debido a varios de esos motivos”. Es decir, son desplazamientos pluricausales.

En cualquier caso, la causa última de estos flujos migratorios es el desequilibrio existente entre sus países de origen (por una diversidad de circunstancias -bélica, sanitaria, económica, etc.- que a la postre condicionan su desenvolvimiento vital en condiciones de dignidad y su desarrollo personal) y de destino. Más favorables las circunstancias en estos últimos, atrayendo en muchos casos comunidades de su propia cultura previamente establecidas<sup>7</sup>. Es decir, es importante la denominada “causación acumulativa”<sup>8</sup>.

En segundo lugar, advierte la DRM “claramente la contribución positiva de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible”, tal y como meridianamente se advierte en el último Informe de nuestro CES estatal. Realidad que abunda desde el plano económico en la necesidad de sostener la tónica de la legislación internacional como propia de una concepción de ordenación del fenómeno migratorio basada “en una civilización jurídica propia de la cultura de nuestros países y *que* se esfuerza por interpretar los actuales fenómenos migratorios a la luz del reconocimiento de los principios fundamentales de las personas”. Y ello frente a otra concepción, sustentada sobre un principio “psicoanalítico de la exportación de la culpa, y *que* tiende a atribuir al crecimiento acelerado de los fenómenos migratorios la responsabilidad de verdaderos, pero sobre todo presuntos, malestares sociales. Malestares concretados, sobre todo, en el desempleo y en el crecimiento de la inseguridad”<sup>9</sup>. Visión de la que el consenso existente sobre “el impacto agregado muy positivo *de las migraciones* sobre las economías receptoras”<sup>10</sup> permite distanciarse.

Desde otro prisma en cierta medida distinto, y con acaso mayor incidencia en las políticas de integración, autorizada doctrina advierte que algunos estados de acogida, como Israel o los Estados Árabes, pueden no buscar ésta. De ahí que, por razones relacionadas con la religión o la visión nacional de los partidos en el poder, permitan a los no nacionales sólo trabajar por tiempo limitado o como meros desplazados. Sin embargo, esta misma doctrina señala que de manera más

<sup>7</sup> Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi e prospettive”, Foro amm. TAR, fasc.10, 2008, pág. 2917, epígrafe 2.

<sup>8</sup> CES, *Informe 02/2019*, p. 218.

<sup>9</sup> Concepciones apreciables en Gianni Loy, “Disparidad de trato y...”, epígrafe XII.

<sup>10</sup> CES, *Informe 02/2019*, p. 239.

habitual las políticas hacia los emigrantes se fundan en dos objetivos en conflicto: favorecer que mantengan sus vínculos con su cultura tradicional y ayudarlos a integrarse de manera armoniosa en la sociedad que los acoge. Y advierte la existencia al respecto de dos escuelas de pensamiento. La continental europea, y francesa en particular, favoreciendo la asimilación, procurando acortar las diferencias. Y la norteamericana, más proclive a proteger las tradiciones específicas de cada grupo con el consiguiente riesgo de perpetuar las diferencias<sup>11</sup>.

A diferencia de la legislación internacional, las legislaciones estatales son más heterogéneas y, más allá de otras cuestiones, se ven más afectadas en la búsqueda de equilibrios razonables por la realidad que el fenómeno migratorio presenta en su territorio y las reacciones sociales frente al mismo.

## **2. LA REGULACIÓN MUNDIAL, DIRECTA E INDIRECTA, DE LAS MIGRACIONES LABORALES: PARTICULAR ATENCIÓN A LA OIT**

El sistema de Naciones Unidas, sobremanera la propia OIT –sin desconocer el papel estelar de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)<sup>12</sup>-, se ha interesado enormemente por el fenómeno migratorio. Contemplado como veremos no sólo de forma directa, sino por su relevancia para otros ámbitos normativos.

Centrados en la primera perspectiva, la OIT llega a formular hasta cinco Convenios y siete Recomendaciones. Ocho si incluimos, como la propia OIT hace, la relativa a la reciprocidad<sup>13</sup>. Y ello, al margen de otros instrumentos menores.

<sup>11</sup> Servais, J.M., “International Labour Migration Law...”, pp. 25 y 26.

<sup>12</sup> El apartado 49 de la citada DRM manifiesta la intención de colaborar con la OIM y dice literalmente que sus “Estados Miembros consideran *la OIM como* el organismo principal a escala mundial en el ámbito de la migración”. El capítulo del PGM destinado a la “implementación” advierte en su punto 45 que la coordinación y secretariado de la red de Naciones Unidas sobre migración, a establecer, será asumida por la OIM. Pues bien, esta OIM nace en la postguerra de la II Guerra Mundial, en el año 1951, como Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos Migratorios de Europa, para favorecer los reasentamientos, y que tras pasar por diversas denominaciones hasta alcanzar la actual de OIM se asocia a Naciones Unidas en el año 2016. Cuenta con 173 miembros, teniendo Rusia la condición de Estado Observador.

<sup>13</sup> Entre los Convenios, enumerar los siguientes. En primer lugar, el C021 sobre la inspección de los emigrantes, de 1926, vigente durante más de 90 años hasta ser derogado por la 107ª reunión de la CIT en el año 2018, y que regulaba el servicio oficial de inspección encargado de velar por la protección de los emigrantes a bordo de un buque de emigrantes. Claramente marcado por el periodo de entreguerras, la finalización de la I Guerra Mundial y consiguientes flujos de personas funda-

La inmigración constituye, en definitiva, una preocupación originaria de la OIT, que ya en el Preámbulo de su Constitución, en 1919, advierte la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y proteger “los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”. Una preocupación que ha tenido normativamente en los periodos de entreguerras y los primeros años posteriores a la II Guerra Mundial momentos particularmente decisivos<sup>14</sup>.

Trascendentales son, en especial, los Convenios OIT números 97 y 143, sobre trabajadores migrantes. El primero centrado en la igualdad de trato entre el trabajador migrante -en situación regular- y el nacional-. El segundo en el problema de la migración irregular, predicando respecto de los mismos los derechos fundamentales en el trabajo. Más ampliamente, estos Convenios y, consecuentemente, sus respectivas Recomendaciones, participan de enfoques parcialmente diversos<sup>15</sup>.

Ambos procuran regular los flujos migratorios, luchando, de una parte, contra la migración clandestina y el tráfico y trata de personas y, de otra, facilitando la

mentalmente europeas que (frente a otras posturas de mayor endurecimiento como el giro operado a resultas de la contienda en EE.UU.) encontraron la respuesta en este Convenio a la conveniencia de “salvaguardar los derechos más esenciales de las personas que pretendían desplazarse”. Ratificado por más de treinta países con inmediatez a su aprobación, articulaba la protección por medio de una simplificación de las inspecciones a las que normalmente se veían abocados los emigrantes ubicados en buques, no siendo la inspección realizada por más de un gobierno (art. 2), decantándose como regla general por el gobierno correspondiente al pabellón del buque y subrayando la importancia a los efectos de la regulación supranacional. Hellman, J, “Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (ADAPT University Press), 2019, número especial de conmemoración del centenario de la OIT, ISSN 2282-2313, pp. 612 a 623. En segundo lugar, el C048, sobre la Conservación de los Derechos de Pensión de los Migrantes, de 1935. En tercer lugar, el C066 sobre Trabajadores Migrantes, de 1939, retirado por la CIT en el año 2000. En cuarto lugar, el Convenio 097, sobre Trabajadores Migrantes, de 1949. Por último, el C 0143, sobre Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), de 1975. Recomendaciones en su mayoría correspondientes con alguno de los citados Convenios, a saber: R019, sobre las Estadísticas de Migraciones, de 1922, recogiendo fundamentalmente una obligación periódica de información por parte de los Estados a la OIT; la R026, sobre la Protección de los Emigrantes a Bordo de los Buques, de 1926; la R061, sobre los Trabajadores Migrantes, de 1939; la R062, sobre los Trabajadores Migrantes (colaboración entre Estados), de 1939; la R086, sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), de 1949; R100, sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955 (núm. 100); la R151 sobre Trabajadores Migrantes. De ellas, tres, R026, R61 y R62, han sido ya retiradas. Y la R100 se encuentra en situación provisoria. Es decir, habremos de atender fundamentalmente, sin olvidar su naturaleza, a las restantes. Véase al respecto <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12030::NO::>

<sup>14</sup> Así, la intervención normativa de la OIT coincide con las postguerras de los dos grandes conflictos mundiales, en particular el periodo de entreguerras y las postrimerías del fin de la II Guerra Mundial. Y con los años ulteriores a la crisis del petróleo de 1973. Y no sólo de la OIT. La OIM nace en el año 1951, según se ha explicado.

<sup>15</sup> Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, *LaLeyDigital*, La Ley 3927/2011, epigrafe II.1.

integración de los migrantes. No obstante, partiendo de este denominador común, embargo el C97 y la R86 “luchan contra las desigualdades de trato respecto de los nacionales que resultan principalmente de la acción de los poderes públicos”. Por su parte, el C143 y la R151 nacen de la preocupación de los Estados por “el desempleo y el aumento de la migración irregular”. De ahí que se dejara de hacer “hincapié en facilitar la migración del excedente de mano de obra, y la atención se *centrara* en controlar los flujos migratorios”, procurando además “fomentar la igualdad de oportunidades y eliminar las discriminaciones en la práctica” para esos flujos regulares, ampliando el ámbito de esta igualdad.

Instrumentos que presentan deficiencias y lagunas que, se ha manifestado, son “más ostensibles, si se analizan a la luz de instrumentos internacionales más modernos” como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (en adelante, CIPTM)<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Siguiendo a la doctrina, en 1999 la Comisión de Expertos concluyó que estos instrumentos de la OIT reguladores de las migraciones laborales presentaban deficiencias y lagunas respecto de los cambios acusados en las migraciones internacionales de trabajadores. Entre otras, la desafortunada posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación sectores o categorías de trabajadores en los que su presencia es relevante, así algunos Estados han excluido a los trabajadores del servicio doméstico y a los trabajadores agrícolas. CIPTM que, señala esta doctrina, dota de mayores garantías frente a la expulsión; incluye una definición más amplia del trabajador migrante en su artículo 2, “pues abarca a los trabajadores fronterizos, a la gente de mar y a los trabajadores por cuenta propia”; “parece expresar de manera más amplia el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales ante los tribunales, en lo tocante a la remuneración y a otras condiciones de trabajo, y en lo que mira al acceso de los trabajadores migrantes a una asistencia médica de urgencia y a la educación para sus hijos”, etc. Por contra, “los instrumentos de la OIT y, en particular, los convenios de seguridad social, definen de modo más claro los derechos de los trabajadores migrantes sobre el reintegro de las cotizaciones a la seguridad social”. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe III.1. En idéntica línea, se manifiesta que la Convención de 1990 cuenta con “mecanismos de control más efectivos y modernos”, “hace extensivos a los trabajadores migrantes que ingresan o residen ilegalmente en el Estado de empleo (y a sus familiares) derechos que anteriormente sólo se otorgaban a las personas cuya migración laboral era regular, teniendo así un alcance más amplio que la Parte I del Convenio n° 143” y que a diferencia de éste “es indivisible, es decir, no permite a los Estados que la ratifican excluir ninguna parte correspondiente a una categoría de trabajadores migrantes de su ámbito de aplicación”. Convenios de la OIT que, se afirma también, no parecen alcanzar el nivel de protección de los trabajadores migrantes fijado por la Convención de la ONU de 1990, que “extiende una serie de derechos a todos los trabajadores migrantes y contempla el ciclo de migración completo, desde la preparación para migrar en el país de origen, hasta el posible retorno”, asumiendo además una visión más activa del papel de la ONU, mientras que los instrumentos de la OIT pivotan sobre los Estados signatarios. Ushakova, T., “El trabajo decente en el contexto de la migración internacional”, *Relaciones Laborales*, núm. 15, sección “monografías”, agosto de 2012, págs. 235 y ss., apartados IV.1, V y II.2.

Como expone la doctrina<sup>17</sup>, en 2004 la CIT concluye, no obstante, la falta de necesidad de adoptar de nuevas normas internacionales del trabajo. La OIT adopta entonces la Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, en la que propone un Plan de Acción. El eje de este Plan lo constituye el documento titulado “El marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos”, debatido y aprobado en el año 2005<sup>18</sup>.

Naciones Unidas aprueba igualmente en el año 2016 la citada DRM, que al margen de su introducción se organiza en “compromisos”, tanto comunes para refugiados y migrantes como propios de cada uno de estos dos colectivos. Y que, como ella misma manifiesta, incluye un anexo I como marco de respuesta integral para los refugiados, esbozando los pasos necesarios para concertar, en el año 2018, un pacto mundial en torno a los mismos<sup>19</sup>. Refugiados de los que no nos ocuparemos en esta reflexión, y sobre los que autorizada doctrina ha sostenido “disfrutan de un igual tratamiento en relación con el Derecho Laboral y con la Seguridad Social y, en general, un tratamiento más favorable al dispensado a las personas que emigran en busca de trabajo<sup>20</sup>”.

Por su parte, el anexo II DRM establece medidas para concertar, en idéntico año 2018, un Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (en adelante, PGM), de nuestro interés. Sobre el mismo, el anexo II apartado III DRM anticipa también su contenido deseable, incluyendo “la reducción de la incidencia y los efectos de la migración irregular”. Y, en efecto, el propio

<sup>17</sup> Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe III.2. Y Ushakova, T., “El trabajo decente...”, epígrafe V.

<sup>18</sup> OIT, *ILO 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, Geneva, 47 pp. Principios y directrices de carácter no obligatorio, destinados a asistir a los Estados miembros en la elaboración de políticas de migración laboral más eficaces. Resolución y Marco que siguen en su tono recomendariorio la tónica de reafirmar “el derecho soberano de toda nación a determinar sus propias políticas en materia de migración”; de promover y proteger los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes, con independencia de su situación, en particular los derechos de la Declaración de 1998 y de los convenios pertinentes de la ONU; y de, partiendo de que todas las normas internacionales del trabajo se aplican a los trabajadores migrantes, salvo indicación de lo contrario, distinguir el status como regular o irregular del trabajador. Ushakova, T., “El trabajo decente...”, epígrafe V.

<sup>19</sup> Un riguroso análisis previo en Monereo Pérez, J.L., “Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano”, *NREDT*, núm. 194, 2017, pp. 55 a 116. ISSN 2444-3476.

<sup>20</sup> Servais, J.M., “International Labour Migration...”, p. 20.

Preámbulo, apartado 7 PGM reconoce que éste constituye un marco cooperativo construido sobre la base de los compromisos alcanzados en la DRM.

El año 2016 marca, de hecho, la adopción de “tres decisiones históricas en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Refugiados y Migrantes, que tuvo lugar en Nueva York el 19 de septiembre de 2016”. A saber, la integración de la Organización Internacional para las Migraciones en el Sistema de las Naciones Unidas, la adopción de la DRM a estudio y el inicio del establecimiento de los dos Pactos Mundiales, sobre migraciones y refugiados<sup>21</sup>, finalmente efectivamente aprobados en el año 2018.

Al margen del Preámbulo, el PGM consta de cinco apartados diferenciados intitulados como sigue: “Nuestra visión y principios guía”; “Nuestro marco cooperativo”; “Objetivos y compromisos”, de largo el más extenso; “Implementación”; y, por último, “Seguimiento y revisión”<sup>22</sup>.

Existen múltiples y posiblemente innumerables miradas sobre esta normativa. Es decir, dentro de un orden, posiblemente todas, y desde luego la propia,

<sup>21</sup> En comentario al 23º Consejo Ministerial de la OSCE, celebrado en Hamburgo los días 8 y 9 de diciembre de 2016, Claude Wild, “Posibles consecuencias de la Decisión del Consejo Ministerial relativa a la función de la OSCE en la gobernanza de grandes desplazamientos de migrantes y refugiados”, *Comunidad de la Seguridad. La revista de la OSCE*, núm. 4/2016, p. 6.

<sup>22</sup> El apartado relativo a “nuestra visión y principios guía”, parte de la relevancia de disponer de datos correctos y completos y de una adecuada información e incorpora cuatro aspectos: sobre el común entendimientos, las responsabilidades compartidas, la unidad de propósito y una serie de principios guía sentados en torno a los siguientes valores: estar centrado en las personas; la cooperación internacional; la soberanía nacional; el Estado de Derecho y el derecho al proceso debido; el desarrollo sostenible; los derechos humanos; la perspectiva de género; sensibilidad respecto de la infancia; una aproximación desde todos los ámbitos tanto de Gobierno como de la Sociedad. El apartado correspondiente al marco cooperativo lista 23 objetivos, así como establece la necesidad de llevarlos a efecto, y de su seguimiento y revisión. Cada objetivo establece un compromiso seguido de un amplio abanico de acciones consideradas como políticas relevantes y mejores prácticas al efecto. Objetivos cuyo tratamiento se efectúa en el siguiente apartado relativo, precisamente, a “objetivos y compromisos”, siendo el último apartado visto, como claramente indica su denominación, el destinado a su seguimiento y revisión. Estos objetivos son los siguientes, en traducción libre: (1) Recopilar y utilizar datos precisos y desagregados como base de políticas sustentadas en evidencias. (2) Reducir los factores conductores y estructurales que obligan a la gente a abandonar sus Estados de origen. (3) Proveer información puntual y adecuada en todos los estados del proceso de migración. (4) Asegurar que todos los migrantes tienen prueba de su identidad legal y adecuada documentación. (5) Favorecer la disponibilidad y flexibilidad de vías para la migración regular. (6) Facilitar un ético y justo reclutamiento y salvaguardar las condiciones que aseguren un trabajo digno. (7) Identificar y reducir las vulnerabilidades propias de la migración. (8) Salvar vidas y establecer esfuerzos internacionales coordinados en relación con los migrantes perdidos. (9) Fortalecer la respuesta internacional frente al tráfico ilícito de migrantes. (10) Prevenir, combatir y erradicar el tráfico de personas en el contexto de las migraciones internacionales. (11) Gestionar las fronteras de una manera integrada, segura y coordinada. (12) Fortalecer la seguridad y predictibilidad en los procedimientos migratorios y un apropiado seguimiento, evaluación y revisión. (13) Utilizar

son lecturas personales. Una lectura que incluye, desde un primer momento, dos reflexiones adicionales.

La primera, que se observan, en definitiva, al menos tres espacios normativos diferenciados que se proyectan sobre el colectivo a estudio. Sobre los trabajadores migrantes. Un primer y vasto conjunto normativo, inespecífico desde la óptica migratoria, regulador en realidad de condiciones de vida, empleo y trabajo, que también es de natural –si bien graduable, atendiendo fundamentalmente a la regularidad de la situación- proyección sobre los trabajadores migrantes, como personas y como trabajadores, no como migrantes. En el mismo se incardinaría, como veremos en profundidad, el amplio campo de los derechos humanos, en lo que más nos interesa ahora los laborales.

Derecho sustantivo que puede incluir, y de hecho ocasionalmente incluye referencias a los trabajadores migrantes, pero cuya aplicación -incluso íntegra- a los mismos -al menos regulares- no precisa tal explicitación. A título de ejemplo de aquellos que sí incluyen una expresa mención, el Convenio OIT núm. 19, de 1925, sobre la igualdad de trato en accidentes de trabajo, cuyo art. 1 prevé que «todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que

la detención solo como última medida y trabajar en otras alternativas. (14) Vitalizar la protección consular, asistencia y cooperación a lo largo de todo el ciclo migratorio. (15) Proveer a los migrantes de acceso a los servicios esenciales. (16) Empoderar a los migrantes y a las sociedades para alcanzar la completa inclusión y cohesión social. (17) Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público sustentado en evidencias para formar la percepción de la migración. (18) Invertir en el desarrollo de habilidades y facilitar el reconocimiento mutuo de habilidades, cualificaciones y competencias. (19) Crear condiciones para migrantes y diásporas para de forma completa contribuir al desarrollo sostenible de todos los Estados. (20) Promover la más rápida, segura y barata transferencia de remesas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes. (21) Cooperar para facilitar el retorno y la readmisión seguros y dignos, así como la reintegración sostenible. (22) Establecer mecanismos para la portabilidad de los derechos de la seguridad social y los beneficios obtenidos. (23) Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para una migración segura, ordenada y regular. El último de los cinco apartados del PGM incluye un Foro Internacional de Revisión de la Migración que habrá de reunirse cada cuatro años a partir del año 2022. Creación de un sistema de evaluación y seguimiento típico en el derecho internacional público. Así, la parte VII CIPDM (arts. 72 y ss.), de rúbrica “Aplicación de la Convención”, articula ésta en torno a un “Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Comité integrado por un número de expertos variable en atención a la entrada en vigor de este apartado y al número de Estados Parte de la misma. Comité que examinará un informe inicial y otros periódicos, cada cinco años, o a solicitud del Comité sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención.

otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo».

Un segundo espacio viene conformado por normas que regulan fenómenos o realidades no estrictamente migratorios pero que inciden especialmente en este campo e incluso son protagonizados por migrantes, como las señaladas destinadas al tráfico ilegal de personas, trabajo forzoso (OIT, C29) o prohibición de ciertas discriminaciones (OIT, C111). En otras palabras, el colectivo de trabajadores migrantes es, de hecho, destinatario singularizado, y en ocasiones no menores relevante o protagonista -como particularmente sucede con el tráfico humano o el trabajo forzoso-, de la protección conferida por instrumentos no específicamente destinados a regular el fenómeno migratorio. Tanto en la OIT como en Naciones Unidas<sup>23</sup>. En este espacio las referencias más bien puntuales de aquella normativa primera al migrante pasan a ser más bien constantes o en todo caso este colectivo constituye uno de los ejes de esta legislación.

Los propios Acuerdos sobre Comercio y/o Inversión, desde una órbita distinta y en menor entidad que el ejemplo anterior, afectan sobremanera a estos flujos al regular “pasillos económicos” que condicionan el sentido no sólo del tráfico de mercancías y servicios sino, con ellos, de personas. E incluso se ocupan claramente del fenómeno migratorio<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Como advierte la doctrina, los aspectos de la emigración, del reclutamiento y de la colocación de trabajadores migrantes se ven afectados, de forma indirecta, por otros instrumentos de la OIT, en particular los referentes al trabajo forzoso (Convenios números 29 y 105), a la eliminación del trabajo infantil (Convenios números 138 y 182), o a las oficinas de colocación y servicios de empleo (Convenios números 88 y 96). También destaca, en Naciones Unidas, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus dos protocolos de idéntico año 2000, el Protocolo para prevenir, reparar y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo sobre la trata) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (Protocolo contra el tráfico), éste sí específico; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), y la Convención sobre los derechos del niño (1989). Y en el ámbito de la OIT, y con excesiva generosidad respecto de mi propia categorización –es decir, sin coincidir mi particular valoración en este punto, incluyendo personalmente estos textos, con algún matiz acaso, en el primero de los espacios reseñados-, los Convenios sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184), las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168), la protección del salario, 1949 (núm. 95), o las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172). También cabría citar, desde un distinto prisma, el Convenio núm. 189 OIT relativo al trabajo del servicio doméstico que otorga especial protección, entre otros colectivos, a los trabajadores inmigrantes. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y...”, epígrafes I.1 y II.

<sup>24</sup> Así lo reconoce como la autorizada voz de la *Sociedad Internacional de Derecho del*

En tercer y último lugar, existen normas que disciplinan directamente el fenómeno migratorio, que serán en las que nos centraremos a continuación en su dimensión laboral. Con importantes conexiones con el espacio anterior y múltiples remisiones al primero. Normas que en realidad deben albergar como propósito último garantizar la eficacia de, en particular, aquél primer espacio o estatuto jurídico para los trabajadores migrantes.

Todos estos espacios son, de uno u otro modo, reguladores del estatuto del trabajador migrante. Y todos ellos incluyen, a su vez, normas estatales y no.

La segunda reflexión adicional a que nos referíamos es que, y según la propia OIT advierte<sup>25</sup>, pocos Estados han ratificado el Convenio número 97, y menos aún el Convenio número 143. Indicando, además, que “en general, no los han ratificado los países de acogida” y un sinfín de obstáculos explicativos de este bajo número de ratificaciones<sup>26</sup>. El Convenio número 97 cuenta con 50

*Trabajo y de la Seguridad Social* apunta al diseñar sus líneas de investigación sobre “Globalización, Libre Comercio y Consecuencias Sociales”, evidenciando la presión migratoria. Señala la misma que “el proceso mundial de liberalización de intercambios e inversiones ha producido fenómenos de dumping social. Están estrechamente unidos a un incremento de las desigualdades sociales, como una amplia literature empírica muestra, estimando la incidencia de los intercambios comerciales, de la transferencia de capital y de la presión migratoria sobre el incremento de desigualdades en salarios y sobre la emersión de nuevas áreas de pobreza in los países avanzados”. Otra doctrina indica, a título de ejemplo, que sin ir más lejos una de las características del TISA (*Trade in Services Agreement*), como sucediera con el GATS (*General Agreement on Trade Services*), es la prohibición de los llamados “test de necesidades económicas”, incluyendo los del mercado laboral, salvo que estas medidas sean expresamente eximidas por un Estado. Entre otras, la existente en la mayoría de los países y según la cual antes de contratar temporalmente trabajadores extranjeros, el empleado debe acreditar que hay un déficit de trabajadores adecuadamente formados dentro del país. Sinclair, S. and Mertins-Kirkwood, H., *PSI Special Report: The Trade in Services Agreement and the Corporate Agenda. TISA versus Public Services*, Public Services International [www.world-psi.org](http://www.world-psi.org), abril, 2014, p. 17, traducción libre. Por añadir otro botón de muestra, estos Acuerdos se ocupan claramente del fenómeno migratorio, como acredita el art. 23 del CETA cuando llama a la promoción, entre otros valores laborales como los del trabajo decente de la DJSGE, y en particular a la no discriminación en las condiciones de trabajo, incluidos trabajadores migrantes (23.3.2).

<sup>25</sup> OIT (1999), *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 (artículos 19 (LA LEY 2500/1978), 22 (LA LEY 2500/1978) y 35 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)), 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, 87.<sup>a</sup> reunión, Ginebra, junio de 1999.

<sup>26</sup> Se señalan, entre otros, “el malentendido en la interpretación de los deberes que imponen algunos preceptos; la ausencia de legislación nacional sobre cuestiones migratorias; la complejidad de la legislación nacional y la práctica, o la falta de conformidad con las disposiciones de los Convenios; la insuficiencia de infraestructuras necesarias; las dificultades de aplicación, derivadas del

ratificaciones, y ausencias importantes como las de Rusia, EE.UU., Japón, China o México. Sí ha sido ratificado por Alemania, España o Brasil y, parcialmente, por Italia, Francia o Reino Unido. El Convenio número 143 cuenta con tan sólo 25 ratificaciones, entre los anteriores Estados citados sólo Italia lo ha hecho<sup>27</sup>. España, no<sup>28</sup>.

Esta misma tónica sigue la CIPTM, que adolece de la falta de ratificaciones de Estados de empleo relevantes<sup>29</sup>. No obstante, cambia con la DRM, acaso por su carácter más programático si cabe. Y también con el PGM, oficialmente adoptado por un gran número de Estados, si bien hay países claves a efectos migratorios como Estados Unidos u otros significativos, como Australia, que igualmente se han desmarcado ya del mismo. Y otros podrían hacerlo.

### 3. LA COMPLEJA INTERPRETACIÓN DE LA ANTERIOR NORMATIVA

Centrándonos en la normativa “universal” de este último espacio, y en particular en las normas de la OIT, su lectura resulta compleja. Lectura compleja por la necesidad de proceder a realizar una interpretación sistemática de textos nacidos del constitucionalismo multinivel, en sintonía con la propia legislación estatal. Así, más allá de la propia OIT, pensar lógicamente en nuestro caso en la UE y en el propio Consejo de Europa que, no obstante, no son objeto de análisis en este estudio<sup>30</sup>.

alto coste financiero y del aumento de la carga de trabajo para la administración; la especificidad del mercado laboral y, por último, la difícil situación económica”.

<sup>27</sup> Según puede apreciarse en la propia web de la OIT [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312242:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242:NO); [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312288:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312288:NO)

<sup>28</sup> España e Italia constituyen, desde luego, dos Estados importantes desde el punto de vista de la inmigración irregular en el Mediterráneo. Singular por su “carácter estructural” y por la mortandad de este flujo. Camas Roda, F., “El pasado siempre vuelve: estado de la inmigración irregular y protección de los trabajadores extranjeros indocumentados”, *La Ley Digital*, 430/2018, epígrafe I. En diciembre de 2018 la Confederación Europea de Sindicatos estimó en 600.000 migrantes indocumentados la cifra de los habidos en España, en el conjunto de la UE la cifra ascendería a entre 1.9 y 3 millones. European Trade Union Confederation. *Union Migrant Net: Defending Undocumented Workers 2018*.

<sup>29</sup> Esta CIPTM demandaba para su entrada en vigor un mínimo de 20 ratificaciones (art. 87), alcanzado en marzo de 2003, siendo éstas de unas 50 en diciembre de 2019, básicamente de Estados de origen, no de empleo. Ni los países de la EU, ni EE.UU., ni Rusia, Canadá, Japón, Australia o China han ratificado la convención.

<sup>30</sup> Un excelente análisis de ambas realidades, particularmente la europea en evolución, en

Entre estos otros instrumentos no podríamos así olvidar el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante (número 093 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 («BOE núm. 145/1983, de 18 de junio de 1983», ETM en lo sucesivo)<sup>31</sup>. O el esfuerzo de la OSCE, con distinta naturaleza en sus resultados, a través fundamentalmente de la ODIHR. De la OCDE. O el propio de la Confederación de Estados Independientes, actualmente en vías de regulación de un código migratorio de, parece, cercana aprobación. Ámbitos, éstos y otros, que no podemos abarcar en el presente estudio.

Por otra parte, hay que considerar que este derecho universal puede concebirse como un sistema en sí mismo desde el plano jurídico, con una complitud y coherencia interna, pero difícilmente respecto de cada Estado pues dependerá de su nivel de ratificaciones. Nivel que marca, además, la coherencia para el mismo de las políticas que integra en su propia realidad.

Siendo, en todo caso, compleja su sistemática lectura, más lo es si cabe la evaluación del grado de acomodo a estas políticas migratorias universales de los Estados. Partiendo de la diversa naturaleza del instrumento y su estatus, existen una diversidad de factores a considerar, tales como la complejidad de definir el trabajador migrante y determinación del ámbito de aplicación; ratificación, reservas o modificaciones; ámbito territorial; y vigencia. Veamos alguno de estos aspectos en mayor detalle.

En primer lugar, esta normativa presenta exclusiones personales, totales o para parte de su régimen jurídico, de algunos colectivos de su ámbito de aplicación, seguramente por entender carecen *stricto sensu* de la condición de trabajador migrante. Sin embargo, algunas exclusiones resultan cuestionables<sup>32</sup>.

Ramos Quintana, M. y Awad, I. (Coordinadores), *Migraciones laborales: acción de la OIT y la política europea*, Albacete (Bomarzo), 2010, 978-84-15000-15-0, 414 páginas.

<sup>31</sup> Que no cuenta con muchas ratificaciones, entre otras ausencias destacar la de Rusia, pero sí con las de España (Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980), Italia o, con reservas, Francia. Ratificaciones que pueden verificarse en el enlace [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/093/signatures?p\\_auth=OzrMAN1m](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/093/signatures?p_auth=OzrMAN1m)

<sup>32</sup> El art. 11.2 C097 OIT excluye de su ámbito de aplicación las siguientes realidades: los trabajadores fronterizos; la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; y a la gente de mar. En parejo sentido, pero tratándose de una exclusión parcial, la Parte II del C143 OIT (artículos 10 a 14) se titula “igualdad de oportunidades y de trato”, e incorpora un artículo 11 manifestando que esta parte del Convenio no se aplicará a: (a) los trabajadores fronterizos; (b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; (c) la gente de mar; (d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; ni a (e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente

Técnica de exclusiones que, en esta materia, no es privativa de la OIT, así también es apreciable, con muy parecido contenido, en el ETM<sup>33</sup>. Distinta es la aproximación de la CIPTM, que también incorpora un catálogo de exclusiones en su art. 3<sup>34</sup>. Listado muy alejado de los anteriores previstos por la OIT, situaciones anteriores en su mayoría acogidas en la CIPTM en su art. 2, que incluye un preciso catálogo conceptual en torno a esta realidad acogiendo, entre otras, las nociones de “trabajador migratorio”, “fronterizo”, “de temporada”, “itinerante” y un largo etcétera. Definiendo el art. 4 el término “familiares”.

Es decir, no sólo tenemos una pluralidad de normas, sino, al menos parcialmente, de colectivos vinculados al fenómeno migratorio afectados por las mismas. De hecho, y para concluir, uno de los datos más reveladores de la problemática en torno al concepto analizado nos lo ofrece el apartado 17 b) objetivo primero PGM, que llama a mejorar la comparabilidad y compatibilidad de las estadísticas y de las bases de datos estatales en este ámbito migratorio, incluyendo -y he aquí lo a mi juicio particularmente destacable- un mayor desarrollo y aplicación de una definición estadística de migrante internacional. Es decir, la problemática conceptual determina, como es natural, la falta de una visión nítida de la realidad misma objeto de regulación.

Entre las cuestiones a considerar para descifrar esta compleja normativa, analizar en profundidad, en segundo lugar, su aplicación con modificaciones. El artículo 16 Convenio 097 OIT autoriza al Estado miembro que ha ratificado el Convenio a precisar en qué medida y si estas disposiciones serán aplicadas con modificaciones, que lógicamente han de ser debidamente especificadas.

Por otro lado, la parte III (arts. 15 a 24) C143 OIT, titulada “disposiciones finales”, es también relevante a estos efectos. Y lo es porque su artículo 16 permite

en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones. Estas dos últimas exclusiones no contempladas en el citado C097.

<sup>33</sup> Así, éste no se aplica a trabajadores fronterizos; artistas incluidos los artistas de variedades y animadores de espectáculos, y a los deportistas, empleados por un período corto, y a las personas que ejerzan una profesión liberal; marinos; personas que realizan prácticas profesionales; trabajadores de temporada, esto es, que siendo súbditos de una Parte Contratante, realizan un trabajo remunerado en el territorio de otra Parte Contratante, desempeñando una actividad que dependa del ritmo de las estaciones, sobre la base de un contrato de duración determinada o para un trabajo determinado; y trabajadores súbditos de una Parte Contratante que realizan un trabajo determinado en el territorio de otra Parte Contratante, por cuenta de una empresa que tiene su sede social fuera del territorio de dicha Parte (art. 1.2).

<sup>34</sup> Empleados de organizaciones y organismos internacionales; inversionistas; refugiados y apátridas, con carácter general; estudiantes y personas que reciben capacitación; y marinos, así como a trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.

a los Estados ratificar el Convenio excluyendo de esta ratificación, mediante una declaración anexa, una de las anteriores partes, I o II<sup>35</sup>.

Ratificación en definitiva parcial que, para concluir, también puede resultar, desde el prisma más próximo a la forma de Estado, de la complejidad propia de los estados federales, apreciable en los artículos 6.2 C097 OIT y 19.7 de la Constitución de la OIT -al que aquél se remite-. O incluso, más allá de éstos, pero también con una lectura territorial, de lo previsto en el artículo 15 Convenio 097 OIT. Admite éste la posibilidad de que el Estado miembro que ha ratificado el Convenio precise el territorio respecto del cual se obliga a las disposiciones del mismo.

#### 4. EL RELEVANTE Y NECESARIO PAPEL ESTATAL

Protagonismo que desde luego acrecienta el de por sí complejo entendimiento de las reglas de juego. Y que resulta evidente y apreciable con facilidad desde al menos dos ópticas. En primer lugar, esta normativa asume la tutela del trabajador migrante desde el insoslayable respeto de la competencia estatal de regulación de las condiciones de entrada y permanencia de extranjeros en el territorio nacional<sup>36</sup>. Algo que se aprecia reiteradamente en los textos a examen. Sin ánimo de exhaustividad en los artículos 3.5 Anexo I y 3.7 Anexo II C097; 9 C0143;

<sup>35</sup> Para efectuar esta reserva ha de “indicar en sus memorias subsiguientes sobre la aplicación del presente Convenio el estado de su legislación y práctica respecto de las disposiciones de la parte excluida de la aceptación, la medida en que haya puesto o se proponga poner en ejecución estas disposiciones y las razones por las cuales no las ha incluido aún en su aceptación del Convenio”.

<sup>36</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., «La OIT y los trabajadores migrantes», en Javillier, J-C. y Gernigon, B. (Dir.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau International du Travail, Genève, 2004, p. 545. En el ámbito de la UE, a este protagonismo estatal habría por supuesto que añadir, sin cuestionar aquella máxima, el de la propia Unión por decisión voluntaria de sus miembros. UE que, como es el caso de EE.UU., parece más orientada en sus políticas actuales hacia un mayor bloqueo de los flujos externos. Así, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo de 7 de diciembre de 2017, titulada *Contribución de la Comisión al debate temático de los dirigentes de la UE sobre los futuros pasos en relación con las dimensiones interna y externa de la política de migración* incluye dos ejes. A saber: fortalecimiento del control fronterizo y la adopción de una mayor capacidad de las medidas de retorno de los extranjeros en su política migratoria. Asumiendo que «amén de factores como el cambio climático, la situación de seguridad y la demografía en la UE y en sus países vecinos, apuntan a que la migración seguirá siendo un reto durante décadas». Criticada porque evidencia que la UE sigue sin asumir “un aspecto que es esencial en el tratamiento de las migraciones, cuál es la importancia de los movimientos por razones económicas y la necesidad de dar una respuesta específica a estos”, ya que la UE “focaliza sus esfuerzos en la reubicación y reasentamiento de la población refugiada”, reconocida la usual motivación mixta de éstos. Camas Roda, F., “El pasado siempre vuelve...”, epígrafe II.

y 34, 35 y 79 CIPTM<sup>37</sup>. Y que, como es natural, es en gran medida definitorio de la condición de trabajador irregular. Observándose un enfoque distinto, como veremos, según se trate de una irregularidad sobrevenida o de una inicial, fruto de un flujo clandestino. Fenómeno éste que se trata a todas luces de combatir<sup>38</sup>. En consecuencia, una complejidad añadida deriva en cierto modo de los fines de legislación administrativa y laboral y de la necesidad de cohesionarlos.

En segundo lugar, esta trascendencia estatal resulta también evidente porque la eficacia de esta normativa depende, como es natural, de seguir el flujo migratorio en todos los Estados implicados: de origen, tránsito y destino o empleo. Y de

<sup>37</sup> Así, el artículo 3.5 del Anexo I Convenio 97 OIT incluye una cláusula manifestando que “ninguna de las disposiciones del presente artículo deberá interpretarse como si autorizara a una persona o a un organismo, que no sea la autoridad competente del territorio de inmigración, a permitir la entrada de un trabajador migrante en el territorio de un Miembro”. Literalmente reproducida en el art. 3.7 del Anexo II. Idéntico mimetismo se aprecia en los apartados I y 13 Anexo II en relación con el art. 8 C.97, al demandar que “se aplicarán sanciones apropiadas a cualquier persona que fomente la inmigración clandestina o ilegal”. Por su parte, el art. 9 C. 143 OIT tutela al trabajador migrante “sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente”. Relevante a estos efectos es, igualmente, el art. 34 CIPTM al manifestar que “ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención -III, relativa a derechos de los trabajadores migrantes irregulares- tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de esos Estados”. Incidiendo el art. 35 CIPTM en que la Convención no implica “la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada, ni menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte VI”. En idéntico sentido, el art. 79 CIPTM, y al margen de la parte III, establece que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Si bien, continua el precepto, “en cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención”.

<sup>38</sup> Inmejorable muestra de la búsqueda del citado equilibrio es el C0143 sobre trabajadores migrantes (Disposiciones Complementarias), de 1975. Incluye este C143 OIT entre las reflexiones de su Preámbulo, “la necesidad de evitar el excesivo e incontrolado o desasistido incremento de movimientos migratorios por sus negativas consecuencias humanas y sociales”, partiendo de la “evidencia de la existencia de un tráfico ilícito y clandestino de trabajadores”. Tráfico cuyo freno es denominador común en la legislación en esta materia. Además, la Parte I (arts. 1 a 9) de este Convenio 143 OIT, intitulada “migraciones en condiciones abusivas”, manifiesta que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para suprimir los movimientos clandestinos de migrantes por el empleo, así como el empleo ilegal de migrantes. Y también contra los organizadores de movimientos migratorios por el empleo ilícitos o clandestinos que partan, transiten o tengan como destino su territorio, y contra aquéllos que emplean trabajadores inmigrantes en condiciones ilegales (art. 3).

su colaboración, que, cierto es, no ha de ser meramente estatal. Este seguimiento del flujo migratorio se aprecia, como es natural, en todos los instrumentos relevantes desde esta perspectiva mundial analizada. Y más allá de ella (“viaje”, es el título de la rúbrica del art. 7 ETM).

Naciones Unidas y desde luego la OIT<sup>39</sup> contemplan, en efecto, como actores a todos los Estados involucrados en la migración, entendiéndola esta “migración internacional *como* una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, que exige respuestas coherentes e integrales” (apartado II punto 46 DRM). DRM que insta en sus apartados 58 y 40 a los Estados a ratificar o adherirse a la CIPTM y a los Convenios de la OIT. Ciertamente que esta categorización -ni la que diferencia estos flujos atendiendo a su causa- no es excluyente ni estanca, pues un Estado puede, por ejemplo, ser origen de ciertos flujos migratorios y destino de otros, siendo cada vez más los Estados que son a la vez emisores, receptores y de tránsito<sup>40</sup>.

Especialmente ilustrativa al efecto de la idea objeto de tratamiento es la CIPTM. Establece así su art. 1 que ésta será aplicable, “salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares (...) durante todo el proceso de migración”. Proceso de migración que según el propio art. 1 CIPTM comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. Es decir, nuevamente, implicando tanto a Estados de origen, como de tránsito y empleo, definidos estos Estados en el artículo 6. Como claramente se aprecia en el derecho de información a satisfacer por Estados de origen, de empleo o de tránsito según corresponda (art. 33 CIPTM).

Pensando en los Estados de origen, destacar dos grandes preocupaciones. En primer lugar, subrayar que el informe de la OIT del año 2018 manifiesta que el hecho de que la vasta mayoría de trabajadores migrantes sean adultos en edad comprendida entre los 15 y los 64 años sugiere que algunos países de origen están perdiendo la parte más productiva de su fuerza de trabajo, lo que podría tener

<sup>39</sup> Como botón de muestra de la actuación de la OIT, la R100 no hace honor en realidad a su nombre pues, más allá de la dificultad -que no obstante aborda- de identificar a los países, “insuficientemente desarrollados”, de su rúbrica, se aplica a todos los Estados, de origen, de tránsito, y de destino, como se aprecia en su art. 1. Procura la protección del trabajador y sus familias durante los viajes de ida y regreso y se centra en la “anterioridad al periodo de su empleo” (título II, arts. 6 y ss.), prestando especial atención a su salud. Incluye así, por ejemplo, reconocimientos médicos, previo (como el propio ETM, art. 3) y ulterior al desplazamiento; o la existencia de un periodo de aclimatación inmediatamente previo a su empleo en beneficio de la salud.

<sup>40</sup> CES, *Informe 02/2019*, p. 20.

un impacto negativo en su crecimiento económico. Y, al contrario, los países de destino se beneficiarían de ello<sup>41</sup>.

Y ello sin desconocer, de un lado, la trascendencia económica para los Estados de origen con pobres niveles de renta de las transferencias económicas efectuadas hacia sus familias por parte de la población emigrada. Y, de otro, que existe una fuga de cerebros que afecta también a países con un alto nivel de industrialización, como es el caso francés<sup>42</sup>.

En segundo lugar, los Estados de origen son también, desde otro punto de vista, foco de atención en el ánimo de evitar la migración irregular, en particular en caso ser identificados sus territorios como foco sistemático de ésta<sup>43</sup>. Centrados en esta línea, destacar el art. 68 CIPTM, demandando medidas para combatir la contratación de migrantes irregulares, sancionar a los empleadores que incurrieran en ella y tutelar los derechos de los trabajadores migrantes nacidos de su empleo<sup>44</sup>.

Conjugando ambas líneas, el objetivo segundo, apartado 18 PGM, incluye el compromiso para mejorar las situaciones en el propio Estado de los migrantes,

<sup>41</sup> International Labour Office, *ILO Global Estimates...*, p. X. Botón de muestra de esta preocupación es, aunque norma provisoria, el título III R100 sobre “Medidas Destinadas a Desalentar los Movimientos Migratorios que se Consideren Indeseables para los Trabajadores Migrantes y para sus Colectividades y Países de Origen” (arts. 16 y ss.). En el mismo es manifiesta la preocupación por fortalecer la economía de las regiones de emigración para desalentar ésta y, en particular, evitar el reclutamiento en donde pueda producir efectos perjudiciales para la población interesada. Llamando, claro está, a la colaboración entre gobiernos de origen y destino. Entre las medidas incorporadas a este título, se incluye “en las regiones de emigración, la adopción de programas de fomento económico y de formación profesional que permitan una utilización más cabal de los recursos humanos y naturales disponibles, y, en particular, la adopción de cuantas medidas puedan contribuir a crear nuevos empleos y nuevas fuentes de ingreso para los trabajadores que normalmente estarían dispuestos a emigrar”, limitando su reclutamiento donde “pueda producir efectos desfavorables en la organización social y económica y en la salud, el bienestar y el desarrollo de la población interesada”. En idéntico sentido, el art. 18 R100 contempla que “los gobiernos de los países o territorios de origen y de destino de los trabajadores migrantes deberían esforzarse por lograr una reducción progresiva de los movimientos migratorios que no hayan sido objeto de un control o no parezcan susceptibles de tal control, cuando estos movimientos se consideren indeseables para los trabajadores migrantes y para sus colectividades y países de origen”.

<sup>42</sup> Servais, J.M., “International Labour Migration Law...”, p. 23.

<sup>43</sup> Así, el objetivo 9 PGM, sobre el fortalecimiento de la respuesta transnacional al tráfico ilegal de migrantes, y en particular su apartado 25 f) que establece la necesidad de prestar una especial atención a las áreas geográficas en las cuales existe una migración irregular de origen sistemática. Áreas que igualmente merecen la atención del objetivo 23, apartado 39 b) PGM.

<sup>44</sup> En mayor detalle, incluye la colaboración de los Estados Parte con “miras a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular”, incluyendo varias medias entre las que destaca a nuestros efectos las “necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación

tratando de asegurar que la desesperación y un ambiente deteriorado no obligue a las personas a buscar un modo de vida donde fuere mediante una migración irregular.

Reclutamiento que es, sin duda, uno de los puntos estratégicos en la defensa del trabajador migrante. De ahí que las medidas para mejorar la explotación laboral de los migrantes irregulares incidan sobre el mismo<sup>45</sup>. Y por ello también la referencia inexcusable, como vemos a lo largo de este estudio, en la normativa de la OIT. Pero también más allá de ésta. Destacar en este sentido el art. 66 CIPTM, que claramente prioriza a efectos de intermediar en el empleo los servicios u organismos públicos. Y el objetivo 6 PGM, consistente en facilitar el reclutamiento justo y ético y la salvaguarda de condiciones que aseguren un trabajo digno. Precisamente la sustitución de los espacios públicos de actuación ha generado debilidades que han favorecido el tráfico humano, fenómenos como el *caporalato* italiano<sup>46</sup>.

irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores”, sin menoscabar “los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo”.

<sup>45</sup> Se habla así de favorecer, en suma, una mayor flexibilidad de los procedimientos de gestión del flujo de ciudadanos extranjeros al mercado de trabajo, evaluando mejor las necesidades de empleo; adoptar procedimientos más simples de concesión de la renovación del permiso de residencia; la coordinación de la información; y medidas disuasorias más eficaces que hagan menos apetecible para el empleador el recurso al mercado negro, incluyendo medidas fiscales y sobre los incentivos y contratación públicos. Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafes 2 y 6.

<sup>46</sup> El “caporalato” es un fenómeno normativamente conceptualizado como una actividad de intermediación abusiva en la colocación de la mano de obra (art. 18 D.Lg. 276/2003). En la práctica sin embargo existen una multiplicidad de conductas abusivas que desbordan esta definición incluyendo grave explotación y violencia de todo género, también sobre menores. Se trata de “un fenómeno en el cual se integran tanto la actividad primaria constituida por la mera intermediación ilegal (caporalato en sentido estricto) como otras manifestaciones ilícitas que comprenden incluso el uso arbitrario de la violencia alcanzando verdaderas y propias formas de reducción a la esclavitud (caporalato en sentido lato)”. Llegan incluso a constituir redes estructuradas que operan en áreas extensas de territorio y sectorialmente diversificadas incluyendo la transformación de extranjeros previas víctimas del *caporale* en explotadores de la mano de obra de compatriotas inmigrantes ilegales. Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafe 1. De hecho, no existe un modelo único de *caporalato*, “sobre todo en lo que respecta a los mecanismos de reclutamiento y de intermediación de la mano de obra entre caporales y empresa”. Variedad que responde a distintos criterios según los roles del caporal, que puede ser a su vez el empleador e incluso el transportista; el desdoblamiento o no, pudiendo existir un caporal extranjero y otro nacional; el nivel de explotación de los trabajadores hasta llegar a la esclavitud; etc. Habiendo evolucionado el fenómeno desde el sur hacia el norte y desde su presencia en el sector agrícola hacia una diversificación en los sectores en que se manifiesta, en parte por la ineficacia del anterior art. 603 bis C.P., aunque también la crisis económica industrial en el norte favoreció un desplazamiento de desempleados hacia la agricultura del sur. Y también ha evolucionado desde este sector generalizándose hasta mo-

Una referencia a los Estados de tránsito es visible, por ejemplo, en el artículo 5 Anexo II C97 OIT, llamando a los mismos a facilitar el paso<sup>47</sup>. Más allá de ello, el punto 7 de la Introducción DRM interpreta las migraciones como “fenómenos mundiales que exigen enfoques y soluciones mundiales” sin que Estado alguno “pueda por sí solo gestionar esos desplazamientos”. Y, en lo que ahora nos interesa, añade que “los países vecinos o los de tránsito, en su mayoría países en desarrollo, son afectados de manera desproporcionada y, en muchos casos, su capacidad se ha visto seriamente desbordada, lo que afecta la cohesión social y económica y al desarrollo propios”.

El protagonismo del Estado de destino, a nuestros efectos básicamente como Estado de empleo, es por supuesto central en esta reflexión y será ampliamente desarrollado, por lo que no nos detenemos ahora en este menester.

Estados cuyo rol se entiende desde un prisma cooperativo. Colaboración vital. Y por ello reiterada hasta la saciedad en los distintos textos y a los más múltiples efectos<sup>48</sup>. Destacar entre estos textos normativos, el PGM por centrarse

derosamente erigirse bajo el fraudulento amparo de erigirse bajo la forma de una atípica cooperativa de trabajo que llega a reducir el coste del trabajo hasta un 50%. Brambilla, P., “Caporalato tradizionale” e “nuovo caporalato”: recenti riforme a contrasto del fenomeno, *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1-2/2017, epígrafes 1 y 2. Pues bien, la dificultad del control del *caporalato* se explica también en relación con la pérdida del monopolio público en la intermediación laboral, iniciado en el año 1997 y definitivamente derogado con la Ley Biagi del año 2003. De Santis, G., “Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. pregi e limiti dell’attuale disciplina-I parte”, *Responsabilita’ Civile e Previdenza*, fasc.5, 1 maggio 2018, pag. 1759. Epígrafe 2. De ahí que, entre las medidas destinadas a combatirlo, a hacer frente al tráfico humano, suplantarlo o contrarrestar la funcionalidad de las redes criminales implicadas parece una estrategia necesaria. Un ejemplo de estas últimas medidas, lo constituye el D.L. n. 91/2014, con la institución de una red de trabajo agrícola de calidad, modificada por la reforma del año 2016, en la cual pueden integrarse las empresas de este ámbito si bien para ello han de ser evaluadas obteniendo en caso favorable una certificación estatal de calidad. O también, fruto de esta última Ley, con el establecimiento de un plan de recepción e intervenciones para la ubicación logística y el apoyo de los trabajadores estacionales en la recolección de productos agrícolas.

<sup>47</sup> Literalmente: “cuando para el transporte colectivo de migrantes de un país a otro se necesite pasar en tránsito por un tercer país, la autoridad competente del territorio de tránsito deberá tomar medidas que faciliten el paso en tránsito, a fin de evitar retrasos y dificultades administrativas”.

<sup>48</sup> Sin afán -ilusorio- de su agotamiento: en la Parte IV (arts. 14 y ss.) C48 OIT, intitulada “Colaboración Administrativa”, la colaboración entre los EE.MM. a efectos de conservación de los derechos de pensión de los migrantes; en el art. 27 R. 151 OIT a efectos de servicios sociales; en la parte VI CIPTM (arts. 64 y ss.), relativa a la “promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares”, incluyendo en varios preceptos la colaboración entre los Estados Parte a efectos como el mantenimiento de servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares; en el apartado relativo a los compromisos conjuntos para refugiados y migrantes de la DRM, su punto 24 encaminado a fortalecer “la cooperación internacional en la gestión de las fronteras, incluso en lo que respecta a la capacitación y el intercambio de las mejores prácticas”.

precisamente en querer contribuir de manera relevante a la cooperación en el ámbito de las migraciones internacionales en todas sus dimensiones. Cooperación que constituye una constante invocada a lo largo de todo su cuerpo. A título de ejemplo, como valor que impregna sus principios guía.

En cuanto al objeto de esta colaboración, amén de lo expuesto, mención expresa merece el favorecer una más completa y mejor información, fundamentalmente al trabajador migrante, que no sólo. Relevancia reiteradamente apreciable en la normativa de la OIT analizada, reconociendo un importante papel no sólo a sujetos públicos sino también a representantes de empleadores y trabajadores<sup>49</sup>. Información correcta y completa que es un elemento garantista fundamental en la tutela del trabajador migrante, como acredita su autónoma regulación en el art. 6 ETM.

En consecuencia, de la pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales implicados deriva una adicional dificultad. Ordenamientos no meramente plurales sino conceptualmente sustentados en ocasiones sobre pilares diversos difíciles de conciliar, como la diversidad de roles atribuida al fenómeno religioso.

<sup>49</sup> Así, no deja de ser relevante (dada la vinculación del incremento del fenómeno de la migración irregular y consiguientes abusos, con la falta de control directo o indirecto público sobre estos flujos) el apartado 5 R086, sobre los servicios públicos o controlados públicamente de información hacia los migrantes y sus familias. Precepto que abarca, siempre con la exigencia de que sea de manera comprensible para los mismos, una pluralidad de aspectos, incluyendo relativos a las condiciones de vida e higiene. Derecho de información comprensible de los trabajadores migrantes cuya trascendencia es reiteradamente recordada por la OIT, entre otras normas en el art. 7 R. 151 OIT. Por su parte, el art. 4 del Convenio 143 OIT llama en este sentido a los Estados Miembros a tomar todas las medidas necesarias, a nivel estatal e internacional, para establecer un contacto e intercambio de información sistemático con otros Estados, consultando a los representantes de empleadores y trabajadores. Es decir, el rol de éstas es relevante a estos efectos. El Convenio 143 OIT llama de forma reiterada al protagonismo de las organizaciones sindicales y empresariales en una infinidad de preceptos, a título de ejemplo en los siguientes: el art. 2.2, a los efectos de su consulta e invitación a facilitar toda información de la que dispongan en la materia; el art. 4 en relación con la colaboración entre Estados y, nuevamente, el intercambio de información; y el art. 7 estableciendo la consulta de las organizaciones empresariales y de trabajadores representativas en relación con las normas y medidas adoptadas, y favoreciendo sus iniciativas en este ámbito. Como adicional botón de muestra, la provisoria R100 OIT refiere la misma, entre otros, en su artículo 9. Y lo hace en relación con el “periodo de aclimatación” a la consulta a las organizaciones de empleadores y trabajadores. También, entre otros, en su art. 14, a efectos del contenido de los contratos de trabajo.

## 5. LA TUTELA DEL TRABAJADOR MIGRANTE Y, EN PARTICULAR, DEL MIGRANTE IRREGULAR

En cuanto a la tutela del trabajador migrante, centrados básicamente en la perspectiva del Estado receptor, interesan a esta reflexión tres principios fundamentales de esta normativa internacional a estudio.

### 5.1. La especial consideración y tutela de ciertos periodos temporales

En primer lugar, destacar la consideración de ciertos periodos temporales como merecedores de una especial tutela. No en vano, el objetivo 16 PGM, consistente en empoderar migrantes y sociedades para alcanzar completas inclusión y cohesión social, incluye entre las acciones para alcanzar este objetivo establecer programas comprensivos sustentados sobre todas las necesidades anteriores a la partida y posteriores a la llegada<sup>50</sup>.

En particular, en lo que respecta a la perspectiva del Estado receptor, esta llegada y la definitiva salida de su territorio son objeto de particular atención. No en vano, el art. 10 ETM regula lo que denomina “acogida”. También el regreso (el art. 30 ETM, a título de ejemplo, regula el “retorno”).

Retornando a la OIT, al espacio universal que nos ocupa, el art. 10 R86 llama a “facilidades especiales durante el periodo inicial de instalación en el país de inmigración”, sobre lo que nuevamente insisten los apartados siguientes de la Recomendación. Por su parte, el art. 9 R. 151 OIT demanda a los Estados Miembros una política social adecuada para los trabajadores migrantes y sus familias tomando en cuenta las necesidades “particulares que puedan tener hasta que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado”. Política que debiera ser “periódicamente reexaminada, evaluada y, en caso necesario, revisada” (art. 12 R151).

Aquella precisión temporal del art. 9 excede, no obstante, de la “instalación” y piensa más bien en la “integración”. Y se mueve claramente en el ámbito de lo “deseable” pero se aleja nítidamente de lo “posible”<sup>51</sup>. Ciertamente es que, como se

<sup>50</sup> Necesidades que pueden incluir derechos y obligaciones, formación idiomática básica, y orientación sobre costumbres y usos sociales del Estado de destino. También el desarrollo de políticas a todo tipo de plazo para favorecer entre otras, la integración en el mercado de trabajo o la no discriminación y protección de la salud. Y trabajar para alcanzar mercados laborales inclusivos y la plena participación de los trabajadores migrantes en la economía formal facilitando el acceso a un empleo y trabajo dignos para el cual estén más cualificados de acuerdo con la demanda del mercado de trabajo local y nacional en habilidades profesionales. También se incluye eliminar la discriminación por razón de género y asegurar el derecho a la libertad de sindicación.

<sup>51</sup> Este periodo no es homogéneo, es casi personal, pero resulta difícil de justificar para una Administración un tratamiento dispar a los migrantes. Parece excesivamente dilatado, y pensando

ve en los preceptos siguientes, contempla aspectos muy concretos, tales como la reunión de las familias (art 13), la protección de la salud (art. 20) o beneficiarse de la actividad de los servicios sociales (art. 23). Lo que favorece la verificación de esa “adaptación a la sociedad del país de empleo”.

Situación de especial tutela que se extiende también al momento de una eventual salida del territorio, fundamentalmente, que no sólo, por las garantías que rodean toda expulsión. La seguridad jurídica es aquí un valor a tutelar. De ello vemos una manifestación en el art. 8 R. 151 OIT al recomendar que, sin perjuicio del cumplimiento, en otras palabras, de la legislación migratoria, “debería tomarse una decisión lo más pronto posible, en el caso de que dicha legislación no haya sido respetada, para que el trabajador migrante sepa si su situación puede ser regularizada”. La protección, que veremos más adelante, a efectos de Seguridad Social es otro ejemplo.

## **5.2. La integración de condiciones de vida y de trabajo**

En segundo lugar, caracteriza esta legislación, como sucede con el propio C097 OIT y como se podrá apreciar más adelante, la voluntad de integrar condiciones de vida y de trabajo, precisamente para evitar situaciones de explotación extrema como las acusadas, a título de ejemplo, en relación con *caporalato* italiano. Se trata de mantener la tutela pública, superponiendo y haciendo prevalecer sus estructuras.

Como botón de muestra, y en conexión con el epígrafe anterior, el apartado 10 R086 manifiesta que “las migraciones deberían facilitarse con medidas apropiadas destinadas a asegurar a los trabajadores migrantes, a su llegada al país de destino, en caso de necesidad, vivienda, alimentos y ropa adecuados”. También la citada provisoria R100 atiende a la instalación y vivienda de los trabajadores migrantes.

## **5.3. La situación regular del extranjero como elemento determinante del tratamiento jurídico**

En tercer y último lugar, destacar que con carácter general los instrumentos internacionales objeto de análisis consideran con claridad la situación regular o

más bien en la necesaria integración social, que excede las miras de una norma laboral. Falta la objetividad necesaria –como la estimación de un periodo de tiempo concreto- para llevarla a efecto y, dada la singularidad posible de cada situación, parece que los medios precisados para evaluarla son ingentes y difícilmente disponibles.

irregular del trabajador migrante como criterio determinante de su estatuto jurídico. Principio éste en el que nos centraremos.

Criterio particularmente visible, como innecesario botón de muestra, en la R151 sobre trabajadores migrantes, de 1975. No obstante, el exponente posiblemente más claro de la trascendencia de este criterio es la CIPTM, puesto que, como avanza su Preámbulo, sustenta precisamente su estructura interna sobre la base de la distinción entre trabajadores migrantes regulares e irregulares, que define en el art. 5. Relevante es, además, la precisión de su art. 51, manifestando que esta situación irregular no existe cuando el trabajador migrante “en el Estado de empleo no *esté autorizado* a elegir libremente su actividad remunerada”. Y que tampoco “se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, excepto en los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados”<sup>52</sup>.

La parte III CIPTM (arts. 8 y ss.) lista así un amplísimo catálogo de derechos de todo trabajador migrante, también irregulares. En tanto que su parte IV suma a aquéllos otros derechos, éstos predicables únicamente respecto de los trabajadores migrantes regulares, indicando de entrada que se añaden a los anteriores de la parte III (art. 36). Aunque en algún caso puntual no es probablemente tanto la naturaleza jurídica misma de la situación como irregular, sino el hecho de cómo ésta se produce la que podría explicar en mayor medida la exclusión de ciertos derechos<sup>53</sup>.

Derechos, todos ellos, atendiendo a la CIPTM, irrenunciables (art. 82) y mejorables por los Estados Parte o mediante otros tratados sin que la Convención

<sup>52</sup>Y concluye, “dichos trabajadores migratorios tendrán derecho a buscar otros empleos, participar en programas de obras públicas y readiestrarse durante el período restante de su permiso de trabajo, con sujeción a las condiciones y limitaciones que se establezcan en dicho permiso”. Por otra parte, siempre en el CIPTM, “serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”. Situación regular en el territorio que suele ir apegada a aquella de trabajo en muchas ocasiones, incluso cuando las autorizaciones son separadas. Como el art. 49 CIPTM evidencia, en este caso “los Estados de empleo otorgarán a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada”. En caso contrario, serán no documentados o en situación irregular.

<sup>53</sup>Podría suceder así con el derecho de información referido en el art. 37. No con la mayoría como la autorización a los trabajadores migratorios y sus familiares para ausentarse temporalmente sin que ello afecte a la autorización que tengan de permanecer o trabajar, según sea el caso (art. 38). En otras ocasiones, como la libertad de movimiento en el Estado de empleo y libre elección de residencia del art. 39, o los derechos políticos del art. 41, esto no es así.

pueda afectar a estas mejoras (art. 81) ni menoscabar la Carta de Naciones Unidas o Constituciones de los organismos especializados (art. 80). Algo que, a todas luces, resulta predicable en este ámbito del derecho migratorio más allá de esta Convención.

La trascendencia de este criterio de ordenación podría ser cuestionada advirtiendo que el más moderno PGM parece no asumirlo expresamente, ni, desde luego, se estructura en torno al mismo. No obstante, el respeto a la legislación, particularmente estatal, claramente conlleva la imposible asimilación de ambas situaciones. Es insoslayable, en definitiva, obviar, no sólo por la distinta observancia de la Ley sino también por la particular crudeza de la vida de los inmigrantes irregulares y lo que ello jurídicamente significa, la diferencia entre ambas situaciones. Y esta diferencia indudablemente aflora también por ello repetidamente en el propio PGM<sup>54</sup>.

### *5.3.1. El infranqueable pero impreciso límite de los derechos humanos*

Sustentados sobre la dignidad humana, resulta evidente que los derechos humanos no son predicables en atención a la nacionalidad<sup>55</sup> y, en consecuencia,

<sup>54</sup> Entre estas manifestaciones, citar el objetivo 5, consistente en fortalecer la disponibilidad y flexibilidad de vías para una migración regular, por lo que a sensu contrario conlleva. También el objetivo 9, sobre el fortalecimiento de la respuesta transnacional al tráfico ilegal de migrantes, y en particular su apartado 25 f) que establece la necesidad de prestar una especial atención a las áreas geográficas en las cuales existe una migración irregular de origen sistemática. Sobre esta idea vuelve en cierta forma el objetivo 23, relativo al fortalecimiento de la cooperación internacional y de las asociación global para la migración regular, ordenada y segura, al incluir entre sus acciones un punto 39 b) destinado al “incremento de la cooperación internacional y regional para acelerar la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en aquellas áreas geográficas desde las cuales sistemáticamente se origina migración irregular debido al consistente impacto de la pobreza, el desempleo, el cambio y desastres climáticos, desigualdad, corrupción, mal gobierno, entre otros factores estructurales, a través de unos marcos de cooperación apropiados, asociación innovadora y la involucración de todos los agentes relevantes, al tiempo que manteniendo el protagonismo estatal y la responsabilidad compartida”. Destacar también el objetivo 10, prevenir, combatir y erradicar el tráfico de personas en el contexto de la migración internacional, dentro del cual el punto 26 d) habla de monitorizar las rutas de la migración irregular. Particularmente expresivo de la imposibilidad de desconocer la diferencia es el objetivo 15 PGM, consistente en proveer el acceso de los migrantes a los servicios básicos, al afirmar que, independientemente de su *status* migratorio, aquéllos han de ejercitar sus derechos humanos a través de un acceso seguro a estos servicios. Entre ellos, a satisfacer en todo caso, se incluyen por supuesto la atención sanitaria y el aprendizaje a lo largo de la vida. No obstante, manifiesta igualmente comprender que los nacionales y los migrantes regulares pueden ser titulares de un haz de servicios mayor, si bien garantizando que cualquier diferencia de trato se base en la ley y sea proporcionada, persiga un objetivo legítimo y sea conforme con el derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>55</sup> Nacionalidad que, es sabido, es el elemento determinante de “la existencia de un régimen jurídico específico, y en definitiva de lo que en la doctrina de derecho internacional privado se de-

los trabajadores migrantes son titulares de los mismos con independencia de la regularidad de su situación. El propio Preámbulo de la CIPTM propone para proteger a los migrantes irregulares, el más amplio reconocimiento a los mismos de “los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios”. Sumando, “la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular”. Lo que “alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”.

Los migrantes, más allá de su regularidad, se traen estos derechos humanos puestos, por así decirlo. Y su titularidad, al igual que para los nacionales, es en general incuestionable más allá de la severidad de los incumplimientos legales en que pudieren incurrir enjuiciados éstos, como los de los propios nacionales, con las debidas garantías. Derechos humanos que se ven más comprometidos en las situaciones irregulares por lo que es en éstas en las que es más preciso trazar con firmeza esta línea.

El propio artículo 1 C143 OIT afirma que “todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”. Como la doctrina ha puesto de relieve<sup>56</sup>, la Comisión de Expertos entiende que este artículo 1 se refiere a los derechos humanos contenidos en los instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, incluidos algunos de los derechos fundamentales de los trabajadores, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, o la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990.

En este mismo sentido, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 asume en su Preámbulo que específicamente éstos son predicables, sin hacer distinciones, de todos los trabajadores migrantes<sup>57</sup>. Idéntica

nomina estatuto”. Urrea Salazar, M. Una perspectiva histórico-jurídica de la globalización, *Revista Aranzadi Unión Europea*, num.12/2014, epígrafe I. Una nacionalidad, eso sí, fría, al margen de movimientos migratorios históricos y del origen, acaso en las sociedades modernas desarrolladas, de su causa. Un análisis sobre este particular en Chomsky, N., “Crises of Immigration”, *United Nations University Institute on Globalization, Culture and Mobility. Annual Guest Lecture*, Barcelona, Spain, 5-XI-2016.

<sup>56</sup> Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe I.1.

<sup>57</sup> La doctrina trae a colación para sostener, si preciso, tal afirmación dos documentos relevantes. En primer lugar, el Informe global de seguimiento de esta Declaración de 2004, que “destaca la importancia que tiene la sindicación de los trabajadores migrantes para el reconocimiento efectivo de sus derechos, y para evitar situaciones de discriminación, y afirma que «organizar y proteger a los migrantes es uno de los retos que plantean la globalización y la migración internacional a los

manifestación cabría desde luego hacer del contenido del “trabajo decente” en su conjunto atendiendo a la Declaración de la OIT de 2008. En general, de todo derecho cuyo fundamento en la dignidad de la persona se predique, pues ésta no se basa en el “aura” de la nacionalidad sino en nuestra propia y esencial condición humana.

No podemos obviar que, por supuesto, en idéntico sentido, de no vincular la titularidad de los derechos humanos a nacionalidad alguna, se pronuncian los instrumentos universales y regionales de NN.UU. Centrados en los primeros, la parte III CIPTM (arts. 8 y ss.) lista un amplísimo catálogo de derechos de todo trabajador migrante, por considerarlos como expresamente indica su rúbrica como “derechos humanos”, sustentados en la idea de dignidad humana<sup>58</sup>. En esta misma línea el apartado III punto 41 DRM asume por ésta “el compromiso de proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio, en todo momento”. Derechos humanos cuyo respeto el PGM considera uno de los valores articuladores de sus principios guía, siendo particularmente relevantes como punto de partida de su identificación sus objetivos 16 y 22<sup>59</sup>. Aunque ésta ha de encontrar

movimientos sindicales)”. En segundo término, la propia doctrina del Comité de Libertad sindical, que “ha señalado que el artículo 2 del Convenio número 87 «reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes», y que «la única excepción autorizada por el Convenio número 87 está prevista en el artículo 9 de dicho instrumento y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía»”. Ha considerado, pues, que no se halla en conformidad con el Convenio núm. 87 la legislación española que deniega los derechos sindicales a los extranjeros en situación irregular, al distinguir entre los inmigrantes legales e ilegales. Doctrina que igualmente explica las SSTC 236/2007, en relación con el derecho de libertad sindical, y 259/2007, en relación con el derecho de huelga. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe I apartado II.

<sup>58</sup> Dignidad humana expresamente invocada, entre otros, en el art. 70 CIPTM cuando manifiesta que los “Estados Partes deberán tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana”. Disposiciones que son, sobre todo, para cualificada doctrina “una formulación específica de la aplicabilidad de los derechos humanos universales a los trabajadores migrantes”, proponiéndose la Convención “extender la protección de los derechos universales a las categorías vulnerables”. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe I.1.

<sup>59</sup> En efecto, los objetivos 16, empoderar migrantes y sociedades para alcanzar una inclusión y cohesión social completas, por incluir la integración en el mercado de trabajo o la no discriminación y protección de la salud, y 22 PGM, relativo al establecimiento de mecanismos para la “portabilidad” de los derechos de Seguridad Social y beneficios ganados, nos pueden dar una idea orientativa de qué derechos conformarían este estatuto universal, concretando socialmente aquellas Cartas y Declaraciones, cuyo contenido es inexcusable punto de partida. Incluye aquél trabajar para alcanzar mercados laborales inclusivos y la plena participación de los trabajadores migrantes en la economía formal, facilitando el acceso un empleo y trabajo dignos, para el cual estén más

su fundamental respuesta en el primero de los espacios normativos de los tres reseñados. En la construcción del actual “trabajo decente” y, mejor aún, en la Garantía Laboral Universal.

### 5.3.2. *Trabajadores migrantes regulares*

Ocupándonos primero de las situaciones regulares, rige respecto de las mismas el principio de igualdad de trato en relación con los nacionales. Ya el C97 OIT abordaba este aspecto, si bien su art. 6.1 contemplaba más bien una prohibición de discriminación al demandar a los Estados en los que se encuentre en vigor el Convenio que apliquen a los inmigrantes regulares dentro de su territorio, sin discriminación por nacionalidad, raza, religión o sexo, un tratamiento legal no menos favorable que el propio de sus nacionales en relación con una serie de materias. Una prohibición de discriminación sobre la que también recalaba el apartado 16 de la R086, que completa aquél también en este ámbito. Y también el art. 17, intitulado “igualdad de trato” y que, no obstante tratarse de la Recomendación, genera cierta confusión sobre el principio realmente consagrado en esta normativa.

Este art. 6 C097 OIT diferencia además materias respecto de las que aquel principio se predica con el condicionante consistente en apostillar “siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas”, de otras respecto de las que no contempla dicho singular, si sustantivo, condicionante<sup>60</sup>.

El condicionante se proyecta sobre “la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración<sup>61</sup>, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores”; “la afiliación a las

cualificados de acuerdo con la demanda del mercado de trabajo local y nacional en habilidades profesionales. También se incluye eliminar la discriminación por razón de género y asegurar el derecho a la libertad de sindicación.

<sup>60</sup> Previsión que -si bien con una literalidad más parca, en esencia en lo relativo al apartado de la remuneración, pero con inclusión ya de la mencionada apostilla- encuentra su antecedente en el art. 6 del retirado C066 de 1939. Convenio que por otra parte incluía en el apartado correspondiente a la remuneración una genérica referencia a “las condiciones de trabajo”.

<sup>61</sup> Por su parte, los artículos 23 y 36, entre otros, de la provisoria R100 OIT, de 1955, ahondaron en esta materia salarial incluyendo garantías relativas al salario en especie y tendentes a la evitación del *truck system*. Se contempla también en la misma, entre otras previsiones laborales, la “admisión sin discriminación de los inmigrantes a empleos cualificados”, entendemos cualificados, “a reserva de la aplicación de las leyes nacionales de inmigración y de las leyes especiales relativas al empleo de los extranjeros en los servicios públicos” (art. 38).

organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos”; y “la vivienda”. Vivienda objeto de autónoma atención en el art. 13 ETM.

El art. 16 R086 añade la referencia a los miembros de la familia, al manifestar que “los trabajadores migrantes autorizados a residir en un territorio y los miembros de su familia autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos deberían, siempre que fuere posible, ser admitidos al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales”. E incluye el cese de eventuales restricciones para el trabajador y su familia en edad de trabajar, residentes regulares, cuando aquél alcance una residencia de entidad en su duración, que en principio no debería exceder de cinco años. Y que anteriormente contemplaba ya el artículo 18 del C048 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes.

El art. 17 R086 reproduce en líneas generales el art. 6 C097, omite la referencia a la vivienda e incorpora dos aspectos en su mayor medida vinculados a las condiciones de vida más que de trabajo: “iii) la admisión a las escuelas... siempre que esta admisión no perjudique a los nacionales del país de inmigración”; y “iv) las medidas de recreo y de bienestar”.

Al margen del condicionante se listan en el C097 la protección de Seguridad Social en términos amplios, incluyendo precisiones sobre la conservación de derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición<sup>62</sup>, que es un aspecto básico en este ámbito; los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que

<sup>62</sup>Literalmente, “la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social)”, “a reserva de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición”. Y a reserva de “disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal”. En relación con esta materia, ha de tenerse presente que el anterior Convenio núm. 48 OIT sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 1935 establecía ya una serie de reglas relativas a la conservación “de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, en las instituciones de seguro obligatorio de invalidez, de vejez o de muerte”, incluyendo reglas sobre totalización de periodos de cotización, entre otras. Aquella referencia a los “fondos públicos” se entiende mejor partiendo, como ha hecho ver la doctrina (Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe II.2), de que las normas vigentes de la OIT no delimitan el ámbito personal de cobertura de la Seguridad Social atendiendo a la nacionalidad, aunque sí se aprecian posibles limitaciones, o flexibilidad, como permitir la exclusión de los no nacionales cuando las prestaciones o una parte de las mismas se abonen en su totalidad con cargo a fondos públicos (art. 68 Convenio núm. 102). Se observan además limitaciones prácticas, si bien en una minoría de casos, en la exportación de prestaciones no obstante los Convenios 118, 157 y 167, en particular en relación con el desempleo.

deba pagar, por razón del trabajo, la persona empleada; y, por último, las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio. El art. 17 R086 omite la referencia a la Seguridad Social, añade una a la “higiene, la seguridad y la asistencia médica” y se reitera en los dos apartados restantes.

Dejados atrás aquellos Convenio y Recomendación, la Parte II C143 OIT (artículos 10 a 14), se destina a la “igualdad de oportunidades y de trato” para quienes se encuentren legalmente en el territorio. Igualdad de trato que va más allá del principio de no discriminación. Y que incorpora también la igualdad de oportunidades, en una clara evolución. Además, se olvida de aquél condicionante relativo a la reglamentación por la legislación o dependencia de las autoridades administrativas. Y contempla en su art. 10 que esta igualdad de oportunidades y de trato, de los trabajadores regulares, lo es en “materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio”.

El apartado I R. 151 OIT se refiere también a esta igualdad de oportunidades y trato en relación con los nacionales de los migrantes regulares y, dentro del mismo, el art. 2 profundiza en el elenco del Convenio 143 OIT refiriendo una serie de derechos principalmente laborales si bien también incluye condiciones de vida, básicamente la vivienda y otras atenciones de los servicios sociales y sanitarios<sup>63</sup>.

Destacar, respecto de su precedente, la mayor profusión en facultades relativas a la libertad sindical y otras, tales como las novedosas referencias a los

<sup>63</sup> Y cita así los siguientes: (a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; (b) acceso a la formación profesional y al empleo de su propia elección, de acuerdo con sus aptitudes personales para tal formación o empleo, tomando en cuenta las calificaciones adquiridas en el extranjero y en el país de empleo -no obstante, el art. 6 subordina, lo que parece una reiteración, la libre elección del empleo, sin dejar de asegurar el derecho a la movilidad geográfica, a la condición de que el trabajador migrante haya residido legalmente en el país; y el art. 14 C143 OIT reconoce no obstante el acceso restringido a determinadas categorías de empleo o funciones cuando sea necesario en interés del Estado, lo que igualmente hace este art. 6 R. 151, y anteriormente hemos mencionado hablando de servicio público-; (c) promoción, de acuerdo con sus cualidades personales, experiencia, aptitudes y aplicación al trabajo; (d) seguridad del empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación profesional; (e) remuneración por trabajo de igual valor; (f) condiciones de trabajo, incluso la duración del trabajo, los períodos de descanso, las vacaciones anuales pagadas, las medidas de seguridad y de higiene del trabajo, así como las medidas de seguridad social y los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; (g) afiliación a las organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales y posibilidades de ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas; (h) derecho a adherirse a cooperativas de todo tipo; (i) condiciones de vida, incluidos el alojamiento y el acceso a los servicios sociales y a las instituciones docentes y sanitarias.

servicios sociales y explícitas a la promoción profesional y prevención de riesgos laborales. En relación con lo primero, el pleno derecho de libertad sindical, tal y como se entiende en nuestro ordenamiento, parece reservado, no obstante su condición de derecho humano, para esta situación regular. Así, el art. 40 CIPTM recoge “el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole”. Libertad constitutiva no apreciable en la normativa de la OIT referida, no al menos expresamente citada.

También destacar que la R. 151 expresamente equipara a la situación regular, digamos *ab origen*, la sobrevenida resultante de regularización, debiendo en tal caso los trabajadores migrantes “gozar de todos los derechos que según el párrafo 2 de la presente Recomendación son concedidos a los trabajadores migrantes legalmente asentados en el territorio de un Miembro” (art. 8.2).

Principio de igualdad de trato obviamente acogido en otros instrumentos internacionales, universales o no<sup>64</sup>. El art. 43 CIPTM expresamente habla aquí nuevamente del principio de igualdad de trato, no del derecho a no tener un “trato menos favorable”, expresión ésta más propia del lenguaje de la prohibición de discriminación. Y se incluyen aspectos como el acceso a los servicios sociales y de salud, a la orientación profesional y colocación o a los servicios e instituciones de formación profesional y nueva formación. También el acceso a las “cooperativas y empresas en régimen de autogestión”. Incluye incluso la convención un precepto, el art. 45, dedicado a la específica igualdad de trato de los familiares de los trabajadores migratorios, también en relación con ciertos aspectos que comprenden una gran parte de los referidos en el art. 43 si bien el listado es naturalmente más breve por el apego a la condición de trabajador de alguno de los derechos comprendidos en aquél primer listado.

De acusada trascendencia es el art. 52 CIPTM que reconoce la libertad de elegir la actividad remunerada “con sujeción a *unas* restricciones o condiciones” que varían dependiendo de si el permiso de trabajo es de tiempo limitado o no, en cuyo caso –que parece ha de incluir la renovación automática a resultas del art.

<sup>64</sup> Entre estos últimos, el propio Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, instrumento del Consejo de Europa, refleja en un sinfín de artículos este principio de igualdad de trato, por destacar uno en el artículo 16, relativo a las condiciones de trabajo, que además incorpora *la prohibición expresa de “derogar” por contrato individual el principio de igualdad de trato* a que hace referencia el párrafo anterior. O el art. 18 relativo a la “Seguridad Social” y que también contempla no sólo la conservación de los derechos adquiridos, sino que protege los derechos “en curso de adquisición”. No obstante, la clave para su entendimiento de la ETM está en que el concepto de “trabajador migrante” “designa al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado” (art. 1). Es decir, en otras palabras, parece centrado en esta migración regular.

53- es más amplia y se extiende a sus familiares<sup>65</sup>. También tiene un novedoso tratamiento diferenciado la realización de trabajos por cuenta propia, en cuyo caso el “Estado de empleo” fijará las condiciones teniendo “en cuenta el período durante el cual el trabajador haya residido legalmente en *dicho* Estado” (art. 52).

El art. 54 se refiere a la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con la protección contra despidos; las prestaciones por desempleo; el acceso a programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo y el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada.

En líneas generales no se aprecian condiciones de trabajo, empleo o términos de protección social novedosos respecto de lo previsto en la normativa de la OIT analizada. Normativa de la OIT que “no incluye normalmente una identificación del derecho aplicable o de la jurisdicción competente. Una excepción la constituye sin embargo el Convenio 157 sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes”. Por supuesto, todo este amplio despliegue normativo no debe ocultar la realidad, la gran distancia existente entre teoría y práctica<sup>66</sup>.

### *5.3.3. Situaciones “intermedias”. El cambio de circunstancias del migrante inicialmente regular: la sobrevenida pérdida de empleo*

Especial atención merece una situación, digamos, intermedia. Pensamos en la irregularidad sobrevenida, esto es, resultante de la pérdida de las condiciones necesarias para la renovación de la autorización de residencia y trabajo. La pérdida sobrevenida de los requisitos precisos para el mantenimiento de aquella situación de legalidad, en particular del empleo estando en situación regular. Que claramente tiende a ser protegida, e incluso equiparada a la situación de regularidad. En este último caso, se entiende, de manera temporal. Algo apreciable

<sup>65</sup> Familiares que, si lo son de “un trabajador migratorio a quienes no se les permita elegir libremente su actividad remunerada”, solo tienen la consideración favorable de los Estados Partes para “darles prioridad, a efectos de obtener permiso para ejercer una actividad remunerada, respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en el Estado de empleo, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables” (art. 53). Curioso es que la norma parece olvidar a los familiares de aquellos trabajadores migrantes con un permiso temporal.

<sup>66</sup> Normalmente, el acceso al empleo de los recién llegados se produce en ciertos sectores como la agricultura, construcción, hostelería o el servicio doméstico, que no suelen ser mirados con buenos ojos por los trabajadores nacionales por la precariedad, esfuerzo y pobres niveles salariales deviniendo en consecuencia parte de una fuerza de trabajo vulnerable. O, por añadir un ejemplo, los extranjeros son más comúnmente sujetos de discriminación basada en la raza, etnia u origen nacional que otras personas. SERVAIS, J.M., “International Labour Migration Law...”, pp. 38, 23 y 25. Convenio 157 que, resalta esta doctrina, “pretende evitar conflictos de ley y las indeseables consecuencias que podrían tener para las partes implicadas debido a la falta de protección o como resultas de una indebida acumulación de cotizaciones y beneficios”.

en el derecho internacional universal y regional<sup>67</sup>. Por supuesto también en las legislaciones estatales<sup>68</sup>.

El C097 OIT otorga un tratamiento jurídico particular al migrante “refugiado o persona desplazada” que pierde su empleo obligando (“deberá”) a la autoridad competente a favorecer la obtención de un empleo y garantizar su manutención<sup>69</sup>. Y también se muestra en línea con el apartado 18 R086 que invita al Estado miembro con un trabajador migrante regular a “abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo

<sup>67</sup> En este sentido, el art. 25ETM, de rúbrica “reemplazo”, establece que “si un trabajador migrante pierde su empleo por razones ajenas a su voluntad, en particular por paro o por una enfermedad prolongada, la autoridad competente del Estado de acogida facilitará su reemplazo de acuerdo con las Leyes o Reglamento de dicho Estado” (apartado 1). A tal fin “fomentara las medidas necesarias para asegurar, en lo posible, la reconversión y readaptación profesionales del trabajador migrante en cuestión, siempre y cuando tenga intención de seguir trabajando en el Estado de acogida” (apartado 2). No podemos tampoco olvidar, entre otras normas, la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Precisamente, la Sentencia 2009/143/TJUE, de 14 de mayo, condenó a España por su inaplicación. Una inadecuada observancia de la normativa europea en la que también han incurrido otros Estados. Por citar un ejemplo más, la STJUE de 11 de octubre de 2016 (C-601/14) cuestiona la adecuación de la actuación del ordenamiento italiano a la Directiva 2004/80/CE, transpuesta con el D. Leg. n. 204/2007 y el correspondiente reglamento de desarrollo, D.M. n. 222/2008. Relevantes en el ámbito de la UE son también, entre otras, las Directivas 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE, 30 junio) y 2014/36/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre condiciones de estancia y permanencia de nacionales de terceros Estados para trabajar como trabajadores de temporada (DOUE, 28-III).

<sup>68</sup> En nuestro país esta situación de irregularidad sobrevenida puede ser revertida mediante tres tipos principales de instrumentos que los extranjeros sin autorización de residencia pueden utilizar para regularizar su situación, su solicitud por razones de arraigo laboral, por una parte, social por otra (ambas requieren un periodo de residencia previo y la acreditación una relación laboral), y finalmente, por motivos familiares (art. 124 RLOE). CAMAS RODA, F., “El pasado siempre vuelve: estado de la inmigración irregular y protección de los trabajadores extranjeros indocumentados”, *La Ley Digital*, 430/2018, epígrafe III. Las solicitudes de arraigo laboral constituyeron entre 2006 y 2014, sólo el 1,66% de las 750.000 peticiones correspondientes a los tres tipos de arraigo, frente al 92% del arraigo social. CEREZO MARISCAL, J.M., *Praxis de la inmigración irregular en la España del siglo XXI*. Madrid, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, p. 317-319.

<sup>69</sup> Dice literalmente que el Estado deberá “hacer todo lo posible para permitirle la obtención de un empleo conveniente que no perjudique a los trabajadores nacionales, y deberá adoptar disposiciones que garanticen su manutención, en espera de su colocación en un empleo conveniente, o su establecimiento en otro lugar”, cuando “está sobrante en un empleo cualquiera, en un territorio de inmigración donde haya entrado de conformidad con el artículo 3 del presente anexo”. Prescripción que recupera el Anexo R086 como artículo 24, bajo la rúbrica de “estabilidad en el empleo”.

de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados”. Regulando además el contenido de este acuerdo.

El art. 8 C0143 OIT y naturalmente la R. 151 OIT establece que la pérdida de empleo no debe generar estar incurso en una situación de irregularidad, no debiendo conllevar por sí misma la pérdida de la autorización de residencia o, como pudiera suceder, de un permiso de trabajo. Por lo que, establece el número 2 de idéntico artículo 8, debería disfrutar de la igualdad de trato con los nacionales “especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación”<sup>70</sup>.

El art. 31 R151 OIT es especialmente relevante por ofrecer tres indicadores, fundamentalmente temporales. En primer lugar, que debe concederse un plazo suficiente para encontrar empleo, equivalente “al menos al período en que tenga derecho a las prestaciones de desempleo y *que* el permiso de residencia debería prorrogarse en consecuencia”. En segundo lugar, en consonancia con la suspensión del acto de expulsión, el art. 33 de esta misma norma establece que si el trabajador recurre la decisión extintiva debería, “a reserva de las exigencias debidamente justificadas de la seguridad nacional o del orden público”, concedérsele el plazo “suficiente para obtener un pronunciamiento definitivo”. Y en último lugar, si aquella extinción fuere injustificada, disfrutar igual que los nacionales de las correspondientes garantías de todo tipo, indemnizaciones incluidas, y, nuevamente, el plazo “suficiente para encontrar otro empleo” (art. 32). Plazo éste que sucedería al anterior.

Tutela que, como se ha podido apreciar ya, trasciende el cambio de circunstancias originado por la pérdida de empleo. Así lo evidencia, el objetivo 7 PGM, consistente en identificar y reducir las vulnerabilidades en las migraciones. Incluye éste un apartado 23 h) encaminado a evitar que los migrantes sobrevengan irregulares en el Estado de destino, reduciendo la precariedad de su status y vulnerabilidad asociada. Y contempla el establecimiento de mecanismos de evaluación individual de dicho status de los migrantes incluyendo los que han perdido su situación regular sin miedo a una expulsión arbitraria.

La parte V CIPTM, intitulada “disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares” (arts. 57 y ss.), migrantes

<sup>70</sup> El art. 30 R. 151 OIT contempla, en cumplimiento, dice, de este art. 18 R086, si bien más bien será en seguimiento del Convenio 143, esta situación específica consistente en “la pérdida del empleo por parte de ese trabajador”, que, dice el precepto, “no debería implicar por sí sola el retiro de su permiso de residencia”.

claro está regulares, da pie para pensar en otro estatuto intermedio, si bien de base subjetiva. Posiblemente, más que un estatuto diferenciado meras singularidades. Especificaciones que conducen en realidad a un tratamiento muy cercano al propio del trabajador migrante regular<sup>71</sup>. Sujetos que, por supuesto, “gozarán” de los derechos de la parte III, los relativos a todo trabajador migrante. Y también, “con sujeción a las modificaciones que se especifican a continuación”, de los establecidos en su parte IV (art. 57). Modificaciones **éstas** resultantes de la compatibilidad de dichos derechos con la propia naturaleza de la categoría de trabajador migrante contemplada, lo que se manifiesta de una u otra forma en el tenor legal<sup>72</sup>.

#### 5.3.4. Migrantes irregulares

Como el propio Preámbulo de la CIPTM reconoce -y es fácil consensuar-, “los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular”<sup>73</sup>.

Migrantes irregulares que constituyen el colectivo más vulnerable y, en consecuencia, el normalmente sometido a abusos y explotación laboral<sup>74</sup>. Además,

<sup>71</sup> Disposiciones que afectan a sujetos entre los que se incluyen los trabajadores fronterizos, en realidad con restricciones respecto del derecho a elegir una actividad remunerada con respecto a lo previsto en el parte IV (art. 58); los trabajadores de temporada (art. 59), en el ánimo de que el Estado de empleo les otorgue “prioridad respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en ese Estado, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables”; los trabajadores itinerantes (art. 60); los trabajadores vinculados a un proyecto y los trabajadores con empleo concreto, excluidos de ciertos derechos de la parte IV tras proclamar con carácter general la titularidad de los mismos (arts. 61 y 62).

<sup>72</sup> Como aludiendo en general a los derechos que “puedan corresponderles en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo” y, en las más de las ocasiones, también expresamente a la compatibilidad. La más clara de todas, probablemente de innecesaria referencia, sea la propia reflejada en el art. 63 a los trabajadores por cuenta propia que “gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV, salvo los que sean aplicables exclusivamente a los trabajadores que tienen contrato de trabajo”.

<sup>73</sup> Preámbulo que prosigue manifestando que estos trabajadores no documentados o en situación irregular “son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”.

<sup>74</sup> Así, las víctimas del “caporalato” son personas que se encuentran en una situación de “particular vulnerabilidad” en el plano económico-social: extranjeros, en general irregulares, o desocupados que tienen una necesidad extrema de trabajar. Giuliani, A. *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, 2015, 18. En idéntico sentido se manifiesta que los “sujetos de mayor riesgo de esta exposición a este fenómeno son claramente los ciudadanos extracomunitarios, en particular los extranjeros privados de permiso de residencia y constreñidos a proteger su estado de clandestinidad” Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafe 1.

cuando las víctimas son extranjeros, el “chantaje existencial se extiende sobre la íntegra dimensión de la vida del trabajador, esto es, también a los momentos, pocos, de no trabajo, a los cuales no obstante también se extiende la explotación”. En el ejemplo traído del “caporalato” la vulnerabilidad “se ve de hecho ampliada a la precariedad y a la degradación de verse alojados en edificios, usualmente lugares propiedad de empleador y confiados a la gestión de los caporales”<sup>75</sup>.

Y ello porque la “insuficiente consciencia de sus derechos y el riesgo de expulsión condicionan ambos, su reacción interna frente a decisiones injustas de su empleador y su tendencia externa a comunicar su real situación a las autoridades públicas”, al margen de ser objeto de sanción administrativa y, en no pocos ordenamientos, hasta penal. Situación que lleva a algunos autores a demandar lo que denominan un “institutional firewall” entre el obligado cumplimiento de la normativa sobre inmigración y la legislación laboral, cortafuegos que parece ser una realidad en algunos Estados<sup>76</sup>. Un cortafuegos entre espacios públicos que resulta, a mi modo de ver, difícil de sostener porque ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas, en fiel observancia de aquél, pueden ni deben rehuir su responsabilidad de equilibrar los intereses en juego<sup>77</sup>.

Este trabajador migrante irregular no se ve amparado en la normativa analizada por el principio de igualdad de trato. De ahí que su estatuto jurídico resulte particularmente heterogéneo pues, partiendo de aquellos derechos arraigados en su dignidad, depende en mayor y gran medida de la tutela estatal<sup>78</sup>. Una

<sup>75</sup> Giuliani, A. *I reati in materia...*, p18.

<sup>76</sup> Clibborn, S., “Why undocumented immigrant workers should have workplace rights”, *The Economic and Labour Relations Review* 2015, Vol. 26(3), 466 y 470. Traducción libre.

<sup>77</sup> Tal y no otro es su propósito en todos los espacios normados. La aplicación del principio de legalidad conlleva precisamente, en todos los órdenes, un esfuerzo por efectuar una interpretación sistemática del conjunto de normas aplicables a una misma realidad, atendiendo a una prelación de intereses ajustada por el ordenamiento jurídico. El “que no sepa tu mano izquierda lo que hace la derecha” no es, en nuestra mera opinión, defendible. Así, la doctrina italiana, entre otras, apunta por el contrario la conveniencia de una coordinación de la acción administrativa superadora “de las actuales sectorializaciones en el desarrollo de la acción administrativa, favoreciendo lecturas y conocimientos basados en una aproximación multidisciplinar y sinérgica y en una articulación también territorial mayormente coordinada”. Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafe 5.

<sup>78</sup> Así se aprecia, a título de ejemplo, en el Convenio OIT núm. 118, en el cual “la proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce en relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo, y la cobertura social a los trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora”. Fernández Orrico, J., “Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (ADAPT University Press), 2019, número especial de conmemoración del centenario de la OIT, ISSN 2282-2313, p. 959.

heterogeneidad diversa de la propia de la normativa interna de cada Estado, pues no coincide con ésta sino con segmentos de su regulación.

En efecto, la respuesta normativa estatal al fenómeno de la migración irregular y, en particular, la garantía de los derechos laborales, varía de forma relevante. En detalle, la doctrina ha apreciado una amplia variación desde Estados que claramente ignoran el problema, como Rusia, o explícitamente deniegan derechos a los inmigrantes ilegales, como Alemania y el Reino Unido, a otros que directamente les reconocen los más importantes derechos laborales, como España y Sudáfrica, pasando por estados intermedios de reconocimiento de ciertos derechos mediante el *case law*, como se manifiesta acaece en Estados Unidos y Canadá. Variación que, se afirma, ignora el daño para nuestras sociedades de una insuficiente protección de los trabajadores migrantes irregulares<sup>79</sup>.

Heterogéneo, claro está, más allá, en primer lugar, del necesario denominador común de aquellos derechos directamente sustentados en la dignidad humana. Más allá en definitiva de los derechos humanos y del trabajo digno (*decent work*) como denominador común fácilmente identificable. Difícil es “poner puertas al campo” y precisar con exactitud el acervo jurídico necesario para amparar debidamente la dignidad humana. La referida CIPTM, cuya parte III establece los derechos de todo tipo de migrante, sin ánimo de exhaustividad, predicables también de sus familiares, habla de una serie de derechos reconducibles a esta categoría<sup>80</sup>.

Respuesta heterogénea más allá, eso sí y en segundo lugar, de algunos otros derechos sí reconocidos en los textos internacionales a examen, cuando

<sup>79</sup> Daño que incluye “que ello recompense a una de las partes que incumple la legislación laboral mientras que castiga a la otra; que puede tener el efecto de incrementar el número de estos trabajadores migrantes indocumentados; que genera el riesgo de facilitar una tendencia a la baja de los estándares laborales; y el fracaso de la legislación en el cumplimiento de sus objetivos”. Clibborn, S., “Why undocumented immigrant...”, p. 466 y 468. En traducción libre que además sustituye las referencias a su legislación estatal por expresiones genéricas como hacer alusión a la “legislación estatal”. Existen un conjunto de referencias normativas de gran interés al efecto en nuestro país. Entre otras, las siguientes: los artículos 36.5, 12 y 14.3 LOE; el art. 42 Real Decreto 84/1996, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE, 27-II); y el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, que modifica distintas disposiciones.

<sup>80</sup> Entre otros, de los siguientes: el derecho a salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen, y de regresar y permanecer en este último (art. 8); el derecho a la vida (art. 9); la prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10) así como del trabajo forzoso u obligatorio, la esclavitud y la servidumbre (art. 11); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 12); la libertad de expresión (art. 13); la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones o de ataques ilegales contra su honor y buen nombre (art. 14); la protección de sus propiedades (art. 15); el derecho a la libertad y la seguridad personales (art. 16); garantías

ratificados. En particular, los derechos nacidos de la prestación del trabajo realizado hasta la cesación de la prestación de servicios, como hemos visto.

Existirían en realidad tres compartimentos o categorías de derechos para estos trabajadores: humanos, arraigados en la dignidad de las personas, al margen de la nacionalidad; aquéllos ajenos a aquel espacio, que el Estado reconoce a los extranjeros en base a las normas de derecho internacional y tratados suscritos; y el tercero, igualmente ajeno al primero, pero reconocido por el Estado sin ser resultante de los anteriores compromisos contraídos sino nacido de la propia legislación estatal<sup>81</sup>.

La cuestión en este espacio concreto de la reflexión estriba en discriminar los que no constituyendo parte del primer compartimento sí son reconocidos por la legislación estatal o internacional ratificada.

El art. 9 C. 143 OIT establece así que “el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios”. La R151 OIT concreta este acervo en sus artículos 34 y 8.3<sup>82</sup>. También reconoce el acceso a la tutela de estos

penales, procesales y penitenciarias (artículos 17, 18, 19 y 20, entre otros); en relación con el acto de expulsión (arts. 22 y 23), garantías sobre el acto de expulsión en las que, ampliadas para los trabajadores regulares, incurre nuevamente el art. 56 CIPTM; el derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate, no pudiendo negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo (art. 28); etcétera.

<sup>81</sup> Cualificada doctrina afirma que en sintonía con nuestra doctrina constitucional existen tres compartimentos, excluyendo el tercero de los mentados, pero añadiendo los derechos reservados a los nacionales. Añadido que se da porque la clasificación no pivota como criterio en torno al trabajador irregular. Y advierte que en sustancia se trata de un criterio que «separa los derechos fundamentales de los derechos sociales». Gianni Loy, “Disparidad de trato y...”, epígrafe II. Entendimiento sólido del que me distancio no sólo por apreciar un cuarto compartimento, atendiendo a su criterio, sino también por la existencia de derechos sociales fundamentales.

<sup>82</sup> En el primero se afirma que “todo trabajador inmigrante que se marche del país de empleo debería tener derecho, independientemente de que su estancia en el país haya sido legal o no” a: (a) toda remuneración pendiente por trabajos realizados, incluidas las indemnizaciones por terminación de contrato normalmente pagaderas; (b) a las prestaciones que se le debieren por concepto de accidente del trabajo o enfermedad profesional; (c) según la práctica nacional: (i) a una indemnización en concepto de vacaciones anuales devengadas pero no utilizadas; (ii) al reembolso de las cotizaciones de seguridad social que, de acuerdo con la legislación nacional o los acuerdos internacionales, no den ni hayan dado lugar a derechos en su favor, en la inteligencia de que, cuando las cotizaciones a la seguridad social no confieran derecho a prestaciones, se debería hacer todo lo posible por concluir acuerdos bilaterales y multilaterales para proteger los derechos de los trabajadores migrantes”.

derechos. Por su parte, el art. 8.3 reitera el 9 C143 y además añade “lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales”.

Las tres vertientes apreciables en la anterior legislación, individual, colectiva y de Seguridad Social, son aún más visibles en la estructura normativa y más detallada en contenido en los artículos 25, 26 y 27 CIPTM. Bien es cierto que en la primera y en la última, al prohibir expresamente un trato menos favorable que el de los nacionales, aquella aproximación de trato parece más clara, en tanto que en la dimensión colectiva ésta resulta más débil en su predicamento legal. A ello coadyuva, además, la coetánea legal admitiendo en el ejercicio de tales derechos “las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás”. Sin llegar más lejos, parece que esta dimensión colectiva presenta claramente más limitaciones<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> Así, respecto de la primera, el art. 25 establece la prohibición de tratar a los trabajadores migrantes de forma menos favorable que los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a: remuneración; otras condiciones de trabajo entre las que cita “horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término”; “otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo”. Estableciendo además que los “Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades”. Por su parte, el art. 26 reconoce el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a: participar “en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente”; “afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente”; y “solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas”. Admitiendo solo en el ejercicio de tales derechos las limitaciones anteriormente señaladas. Por último, el art. 27 establece que “los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”. Si bien en su número 2 precisa que “cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones”.

## 5. REFLEXIONES PARA AVANZAR EN UN CAMINO DE MEJORA

Sin perjuicio de otras importantes propuestas, como considerar el valor inspirador del Derecho Europeo, en particular en relación con la coordinación de sistemas de Seguridad Social, para mejorar estas previsiones legales internacionales<sup>84</sup>, precisadas de una mayor eficacia, barajamos personalmente las siguientes reflexiones.

Primera. Es evidente la trascendencia del sistema de ratificaciones en el derecho internacional. No obstante, establecer mecanismos que, como la DPDFT OIT de 1998, prescindan a ciertos niveles de estas ratificaciones es un camino a pensar, también para esta materia. Fortalecer la proyección de aquella DPDFT en este espacio puede ser una vía para ello.

Segunda. En el camino de mejora de las normas se ha de simplificar el entramado normativo y reflexionar en profundidad sobre la necesidad de equilibrar su contenido. Esto es, este derecho migratorio no puede ser en su mayoría sustantivo sino garantista, procedimental y procesal. Pensamos que no existe en puridad un estatuto jurídico sustantivo autónomo o propio del trabajador migrante, sino garantías o una especial tutela para el real y material disfrute de las condiciones de trabajo, empleo y vida legalmente establecidas. Esto es, del estatuto ordinario previamente diseñado en el derecho internacional -como mínimo- e interno. Como expresión, en su caso, de la garantía de igualdad de trato y oportunidades.

Tercera. El gran sujeto jurídico de esta normativa acaso haya de ser, además del Estado o una realidad regional, los “corredores por flujos migratorios”. Nos referimos, sin olvidar otros actores no públicos, a conjunto de países por los que los grandes flujos migratorios se desplazan internacionalmente y que han de tener unos normas exigibles y comunes. Y respecto de los cuales el rol (y consiguiente normativa a aplicar) de estos Estados, de estos eslabones, puede ser mixto, de destino para unos flujos y de tránsito para otros, por ejemplo. Para ello el derecho universal puede fijar unas bases, pero el derecho regional ha de jugar un importante papel y también, dado que su realidad geográfica regional no necesariamente se corresponde con esos corredores, los tratados bilaterales o multilaterales.

Más si consideramos, como advierte el punto 7 Preámbulo PGM, que éste no presenta carácter obligatorio y que su marco cooperativo se sustenta sobre los compromisos por los Estados, que por sí solos no pueden abordar la migración. Y defiende la soberanía de los Estados al tiempo que sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Sin una expresión suficientemente identificativa, precisa y desarrollada de esta conveniencia, encontramos referencias legales expresivas de

<sup>84</sup> Servais, J.M., “International Labour Migration...”, pp. 40 y ss.

la misma, tales como el apartado 21 y Anexo de la R086, el apartado 36 DRM<sup>85</sup> y distintos apartados del más perfilado PGM.

Sobre este último, su capítulo dedicado a la “implementación”, punto 42, llama al fortalecimiento de la cooperación bilateral, regional y multilateral y a la revitalización del asociacionismo mundial con un espíritu solidario. Advierte también la conveniencia de fortalecer el compromiso de Naciones Unidas en la cooperación y asistencia Norte-Sur, Sur-Sur y triangular. Cooperación y

<sup>85</sup> En primer lugar, el apartado 21 la R086 invita a los EE.MM. a completar el C097 y las propias disposiciones que lo anteceden de su propio texto, mediante acuerdos bilaterales (existentes, por ejemplo, entre España y Ecuador). Es más, la propia Recomendación como Anexo un, así denominado, “Acuerdo-tipo sobre las migraciones temporales y permanentes de trabajadores, con inclusión de la migración de refugiados y personas desplazadas” diferenciando cláusulas relativas a las “migraciones permanentes” y otras referidas “únicamente a las migraciones de refugiados y de personas desplazadas”. Contempla este Anexo comprensivos también, que no sólo, condiciones de empleo, protección laboral y de Seguridad Social. Incluye aspectos tales como el intercambio de información entre los Estados y también al migrante, así como la asistencia al mismo; la evitación de la propaganda que induzca a error; la organización del reclutamiento, introducción y establecimiento; las condiciones de transporte, también de regreso; los gastos de alojamiento y manutención; la transferencia de fondos; la vigilancia de las condiciones de vida y trabajo (art. 15); principalmente referido a las migraciones permanentes, el acceso a los oficios y profesiones en igualdad de trato, dentro de los límites previstos por la legislación nacional (art. 18); el régimen de Seguridad Social bajo el principio de igualdad de trato incluyendo medidas para el adecuado mantenimiento de los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición (art. 21); los contratos de trabajo en su forma y contenido (art. 22); y un largo etcétera. Contempla este Anexo también, que no sólo, condiciones de empleo, protección laboral y de Seguridad Social. Incluye aspectos tales como el intercambio de información entre los Estados y también al migrante, así como la asistencia al mismo; la evitación de la propaganda que induzca a error; la organización del reclutamiento, introducción y establecimiento; las condiciones de transporte, también de regreso; los gastos de alojamiento y manutención; la transferencia de fondos; la vigilancia de las condiciones de vida y trabajo (art. 15); principalmente referido a las migraciones permanentes, el acceso a los oficios y profesiones en igualdad de trato, dentro de los límites previstos por la legislación nacional (art. 18); el régimen de Seguridad Social bajo el principio de igualdad de trato incluyendo medidas para el adecuado mantenimiento de los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición (art. 21); los contratos de trabajo en su forma y contenido (art. 22); y un largo etcétera. Importante es el llamamiento en su artículo 28 a convenir métodos de consulta y colaboración necesarios para cumplir las disposiciones del Acuerdo, incluyendo la solicitud de intervención de la Oficina de la OIT. El apartado 36 DRM se centra en la trata de personas y “toma nota” de iniciativas regionales en África, Asia Sudoriental y Europa, y afirma que se cuenta “según proceda, con las políticas nacionales y regionales de lucha contra” esta realidad. Y finaliza manifestando acoger “con satisfacción el fortalecimiento de la cooperación técnica en los planos regional y bilateral entre los países de origen, tránsito y destino para prevenir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes y procesar a los tratantes y contrabandistas”.

coordinación, interna e internacional, son precisas para mejorar la situación de las migraciones<sup>86</sup>, también laborales.

Estos corredores pueden además variar con el tiempo, pero ello sólo debiera implicar cambios en las bases de esta normativa no a nivel universal y tampoco probablemente en los sistemas regionales sino la negociación y firma de nuevos tratados internacionales con el bagaje de lo aprendido. El contagio de unos tratados multilaterales a otros ofrece posiblemente un camino en la compartición de buenas prácticas.

Cuarto. Por último, es necesario avanzar y concretar un estatuto jurídico universal del trabajador sea un compendio de derechos humanos laborales, un “trabajo decente” bien perfilado o, lo deseable por su carácter más sustantivo frente a éste, la más novedosa *Garantía Laboral Universal*. Una “mochila” de derechos -y obligaciones resultantes- que determine que, siendo la persona migrante, una parte importante de su estatuto jurídico no “migra”. Permanece. Es un común denominador (más allá de su intensidad) deseablemente universal.

<sup>86</sup> Claude Wild, “Posibles consecuencias de...”, p. 7.