

Desde el momento de su creación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo ha establecido y reforzado el vínculo entre “la paz universal y permanente y la justicia social”, y ha trazado el camino hacia sus objetivos, en clave tripartita, a través de la mejora de las condiciones de trabajo. En este sentido, ha advertido que el descontento causado por las situaciones que entrañan un grado elevado de miseria y privaciones para gran número de seres humanos constituye una amenaza para la paz y armonía universales. Además, si una nación no adopta un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituye un obstáculo a los esfuerzos de otras que desean mejorar la suerte de los trabajadores en sus países.

La respuesta frente a dichas situaciones implica, entre otras medidas, “la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”. A partir de esa premisa, el presente estudio pretende abordar el régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT, y se construye y se desarrolla en cinco capítulos: “Fundamento metodológico”, “Fundamento jurídico”, “Aproximación conceptual”, “Derechos” y “Desafíos”.

Tatsiana Ushakova es Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alcalá, España.

Euro 20,00



El régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT

El régimen jurídico de la migración laboral en el marco de la OIT

Tatsiana Ushakova

ADAPT University Press nace con el objetivo de comunicar y difundir más allá de las fronteras de la Universidad los resultados de la investigación y planificación de ADAPT, la Asociación para el estudio en materia laboral fundada en 2000 por Marco Biagi (www.adapt.it). En este sentido, ADAPT University Press opera como una plataforma abierta e independiente de comparación y planificación sobre el trabajo y las relaciones industriales tanto en términos de recaudación de fondos para becas y contratos de investigación como para desarrollar y compartir nuevas ideas a través de estudios y análisis que contribuyan a construir el futuro del trabajo a través de una mejor y más constante colaboración entre universidades, empresas, profesionales, operadores del mercado laboral e interlocutores sociales.

Este estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación Los grandes retos de la migración laboral: reflexiones y propuestas (Ref. 2020/0003/008/001/002), concedido por la Universidad de Alcalá, en la convocatoria del Programa Propio de Investigación 2021 para Financiación Puente de Grupos Consolidados.

ISBN 979-12-80922-24-3

Copyright © ADAPT University Press, 2023

Los volúmenes de ADAPT University Press que no se distribuyen en acceso abierto se pueden comprar en línea en el sitio web www.amazon.it o a través del sitio web www.adaptuniversitypress.it.

Para más información, escribir a: aup@adapt.it.

Para mantenerse informado sobre las últimas publicaciones de ADAPT University Press, síganos en Twitter [@ADAPT_Press](https://twitter.com/ADAPT_Press).

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MIGRACIÓN LABORAL EN EL MARCO DE LA OIT

Tatsiana Ushakova

A mis padres

No son pocos los que creen que el sistema de coordenadas del mundo determina un punto perfecto donde el tiempo y el espacio alcanzan un acuerdo. Debe de ser por eso por lo que se marchan de casa: creen que, moviéndose, aunque sea de modo caótico, aumentarán las probabilidades de dar con ese punto. Hallarse en el momento y lugar adecuados, aprovechar la oportunidad, agarrar por el flequillo el instante, y entonces el código de la cerradura se desactivará, la combinación de cifras del premio gordo quedará al descubierto, la verdad, revelada. No pasarlo por alto, surfear sobre la casualidad, las coincidencias, los giros del destino. No se necesita nada más, basta con comparecer en esa configuración única de tiempo y espacio

O. TOKARCZUK, *Los errantes*, Anagrama, 2019, p. 80

Ubi bene, ibi patria

Proverbio que recuerda el verso de Pacuvio, citado por Cicerón (Tusc. 5, 37, 108)

ÍNDICE

Sobre migración laboral y trabajo decente: a modo de prólogo <i>por Lourdes Mella Méndez</i>	XI
Introducción	1
Capítulo I. Fundamento metodológico. <i>Largo</i>	5
1. Panorama histórico	5
2. Plano demográfico	18
3. Impacto económico.....	23
4. Enfoque basado en los derechos	29
Capítulo II. Fundamento jurídico. <i>Adagio</i>	53
1. Marco jurídico general.....	53
2. Marco jurídico específico.....	66
3. Normas relevantes en la materia.....	75
Capítulo III. Aproximación conceptual. <i>Canzona</i>	83
1. Noción de trabajador migrante.....	83
2. Tipología.....	89
2.1. Factor económico	89
2.2. Situación irregular	90
2.3. Duración de la estancia	92
2.4. Cualificación	95

Capítulo IV. Derechos. <i>Grave</i>	107
1. Principios y derechos fundamentales	107
1.1. Libertad sindical.....	107
1.2. Abolición del trabajo forzoso.....	114
1.3. Eliminación del trabajo infantil.....	118
1.4. Igualdad de oportunidades y de trato.....	125
1.5. Seguridad y salud en el trabajo	133
2. Trabajo decente	141
3. Contratación equitativa.....	155
Capítulo V. Desafíos. <i>Allegro</i>	167
1. Igualdad	167
2. Migración irregular	180
3. Control efectivo.....	186
3.1. Mecanismos de control periódico.....	190
3.2. Procedimientos especiales.....	215
3.3. Asistencia técnica y formación	223
4. Contexto global	227
Conclusiones	258
Fuentes consultadas	262
1. Fuentes documentales	262
2. Fuentes bibliográficas	272
2.1. Obras generales y obras varias	272
2.2. Obras sobre el derecho migratorio y la extranjería	285

Sobre migración laboral y trabajo decente: a modo de prólogo

por Lourdes Mella Méndez

Es para mí un verdadero honor prologar esta nueva e interesante obra de la Dra. Tatsiana Ushakova, Profesora Titular de la Universidad de Alcalá. Y ello por dos razones: por quién es la autora y por cuál es la obra. La primera es una excelente – y admirada – investigadora, especialista en temas relacionados con el mundo del trabajo desde una perspectiva del Derecho internacional, comparado y de la Unión Europea. Su riguroso método científico, su perspectiva constructiva y crítica y su claridad expositiva son méritos que la avalan y que el lector siempre aprecia. La segunda, la obra, es el magnífico trabajado presentado, en su día – como segundo ejercicio –, para el concurso de acceso a la Plaza de Profesora Titular de la citada Universidad. Me enorgullece haber formado parte de dicha Comisión juzgadora y haber podido ser testigo directo de tan merecido logro académico.

El estudio del régimen jurídico de los movimientos migratorios, en el marco de la OIT y desde una perspectiva humana y laboral, resulta de una oportunidad e importancia extraordinarias en los tiempos actuales. Ciertamente, las presentes crisis demográficas, económicas y climáticas que estamos viviendo van a seguir impulsando – en las próximas décadas – las corrientes migratorias de ingentes cantidades de personas de unos países y continentes a otros, y todo ello en busca de una mejor vida, que siempre se enfoca, en primer lugar, en el aspecto laboral y, a partir de ahí, en los restantes (por ejemplo, el social, el sanitario o el educativo). Con la originalidad propia de quien atesora diversos saberes, más allá del propiamente jurídico, la autora estructura la obra en cinco grandes capítulos, a los que acompaña de los nombres de los cinco movimientos de la conocida *Golden Sonata* de Purcell. La idea es que cada uno de esos movimientos musicales sirva para transmitir al lector la idea – o, mejor, la emoción – que subyace en el contenido de cada uno de aquellos capítulos. Estos abordan el tema de la migración laboral desde sus fundamentos

metodológico y jurídico (*Largo y Adagio*), a la vez que se realiza una aproximación conceptual (*Canzona*) y, después, un análisis de los principales derechos y desafíos (*Grave y Allegro*) a los que se enfrentan las personas migrantes en su peregrinaje por el mundo.

Tras dejar constancia del carácter histórico, geográfico y económico del fenómeno de la migración humana, se estudia su regulación jurídica en la normativa de la OIT. Esta Organización Internacional viene prestando especial atención a dicho fenómeno desde su propia creación en 1919, tanto en sus grandes tratados (como su propia Constitución de 1919, la Declaración de Filadelfia de 1944, la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales de 1998, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 o la Declaración del Centenario para el futuro del trabajo de 2019) como en textos específicos, como son los Convenios n. 97 y n. 143, sobre los trabajadores migrantes (de 1949 y 1975, respectivamente), y sus correspondientes Recomendaciones homónimas. Por supuesto, en la famosa Declaración de la celebración de su Centenario (para el futuro del trabajo), la OIT también hace referencia a esta materia. Así, la Conferencia Internacional del Trabajo declara que, a la vista de las profundas transformaciones del mercado laboral, así como de la necesidad de adoptar un enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, la OIT debe orientar sus esfuerzos a «profundizar e intensificar su labor sobre migración laboral internacional en respuesta a las necesidades de los mandantes y asumir una función de liderazgo en materia de trabajo decente en la migración laboral» (§ II.A.xvi). De este modo, se vinculan ambos conceptos, de manera que los migrantes laborales también deben gozar de un trabajo decente en el país de acogida, por lo que hay que intensificar la participación y cooperación en el sistema multilateral, a fin de reforzar la coherencia de las diferentes políticas de los países implicados, prestando especial atención a las zonas afectadas por conflictos, desastres y otras emergencias humanitarias. Sin duda, el esfuerzo merece la pena, pues el trabajo decente es «clave para el desarrollo sostenible, así como para reducir la desigualdad de ingresos y acabar con la pobreza» en el mundo (§ II.A.xvii).

La OIT entiende el trabajo decente como aquel que cumple con los estándares jurídicos mínimos de carácter internacional, de manera que la “decendencia” viene determinada por su realización en condiciones de pleno respeto a la dignidad humana, esto es, con libertad, seguridad e igualdad, lo que supone la observancia de los derechos humanos fundamentales en el lugar de trabajo. Sin duda, un trabajo así – con derechos básicos – conecta con las aspiraciones de cualquier persona trabajadora, convirtiéndose en un “ideal” a alcanzar para

la migrante. El respeto a la dignidad de esta persona debe implicar la oportunidad de acceder libremente a un empleo productivo, lo que supone la abolición del trabajo forzoso y, especialmente, del infantil, así como el disfrute de derechos fundamentales como el de libertad sindical. El pleno ejercicio de este derecho tiene una importancia estratégica para poder fundar o, más habitualmente, formar parte de organizaciones sindicales que luchen por la mejora de sus intereses laborales. Con todo, esta afiliación no siempre da los resultados esperados (quizás por la falta de identificación de las estructuras sindicales clásicas con la problemática específica de este colectivo), por lo que resulta necesario seguir contando con el apoyo de otras entidades sociales (como ONG o asociaciones civiles altruistas de carácter internacional).

Otra condición básica del trabajo decente es la adecuada protección de la persona migrante en materia de seguridad y salud laboral. Tal protección viene reforzada por la reciente inclusión, en 2022, del «derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable» como uno de los nuevos ejes de la conocida Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales (1998). Tal y como argumenta la Dra. Ushakova, la relevancia del nuevo principio y derecho fundamental no solo se reafirma por el aumento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sino también por la atención que, actualmente, se presta a la salud mental y a los emergentes riesgos psicosociales en el lugar de trabajo. En esta línea, la crisis sanitaria vivida con la pandemia de la Covid-19 ha puesto de manifiesto la necesidad de proteger, al máximo nivel, la salud laboral de las personas trabajadoras, especialmente la de aquellos colectivos sociales más desprotegidos, como las minorías étnicas, raciales o los trabajadores migrantes. No cabe seguir aceptando que la prestación de servicios de estos colectivos se siga produciendo al margen de la ley, en condiciones de informalidad e inseguridad jurídica, pues ello contribuye a poner en riesgo su propia salud e integridad física y psíquica.

En relación con la salud psíquica y los riesgos psicosociales, resulta de máxima importancia el destacar la aprobación – en 2019 – del Convenio OIT n. 190 sobre la violencia y el acoso, cuya ratificación por nuestro país se produjo el 25 de mayo de 2022 y su entrada en vigor un año después. Dicho Convenio es una norma social avanzada y firme en la lucha contra toda forma de violencia en el trabajo, que es inaceptable al suponer un abuso de los derechos humanos y un peligro para la salud de las personas trabajadoras. Además, el mencionado Convenio exige poner especial atención en la adopción de políticas y normas que garanticen la igualdad y la no discriminación de los grupos sociales más vulnerables o en situación de vulnerabilidad, como el de las personas migrantes, especialmente en situación de informalidad, pues es una

realidad que estos se ven afectados, «de manera desproporcionada», por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (artículo 6).

Junto a la libertad y la seguridad, el trabajo decente y digno de cualquier persona requiere igualdad de trato en el acceso al empleo y el disfrute de las condiciones laborales. Esta exigencia de igualdad de trato y, por tanto, no discriminación en el ámbito laboral (e, incluso, social), cobra especial importancia en el caso de las personas migrantes. Sin dicha integración igualitaria y respetuosa, no hay convivencia digna ni paz social, por lo que ese es el gran reto que hay que afrontar. En nuestro país, cabe destacar el hito que, en esta materia, supone la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Esta nueva norma se presenta como ambiciosa, al crear un instrumento que pretende ser eficaz contra toda discriminación que cualquier persona pueda sufrir, y ello con independencia del tipo de acto discriminatorio o ámbito en que este se produzca. Sin duda, una norma que se define a sí misma como una ley general (frente a las sectoriales, centradas en colectivos concretos), integral (respecto de los motivos de la discriminación) y de garantías (que busca la efectividad del derecho de igualdad tanto en el sector público como en el privado) coloca a España en la vanguardia de los países más avanzados en políticas de igualdad.

Las garantías de esta nueva Ley vienen a reforzar la protección de las personas migrantes, pues no cabe duda de que estas últimas quedan incluidas en su ámbito subjetivo de aplicación. Así, resulta significativo que su artículo 2.1 comience reconociendo el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación, «con independencia de su *nacionalidad*, de si son *menores o mayores* de edad o de si disfrutan o no *de residencia legab*». Es evidente que estos términos hacen referencia expresa a las diferentes situaciones personales en las que se hallan los inmigrantes que entran en nuestro país, muchas veces de manera ilegal y aun siendo niños y adolescentes. A partir de ahí, el legislador español insiste en que «nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», con lo que se termina con una cláusula abierta a otras posibles causas. De nuevo, algunos de esos motivos de discriminación (ahora ampliados) pueden tener particular significación en el caso de las personas inmigrantes, como sucede con el origen racial o étnico, la religión, la lengua o la situación socioeconómica. También cabe destacar la atención que se dedica a la lucha contra el antigitanismo y el sinhogarismo,

pues sabido es que, tradicionalmente, tanto la población romaní como la que carece de hogar han venido sufriendo de discriminación allí por donde pasan o se asientan.

Como se aprecia, la población migrante es un colectivo especialmente vulnerable, en cuanto puede sufrir una discriminación múltiple o, incluso, interseccional, que requieren particular atención. Se produce, la primera, cuando la persona migrante es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en la Ley (por ejemplo, por etnia y sexo o por nacionalidad y religión), lo que lleva a sufrir una discriminación compleja o agravada, y, la segunda, cuando concurren o interactúan, de forma simultánea e inseparable, diversas causas, las cuales generan «una forma específica» y nueva de discriminación (artículo 6.3). Con todo, también habrá que estar atentos a cualquier otra vulneración del derecho a la igualdad de trato, como la discriminación directa o indirecta, por asociación y por error, la denegación de ajustes razonables en el puesto de trabajo, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales o, asimismo, la inacción, la dejación de funciones o el incumplimiento de deberes. Como derivación de lo recién expuesto, la regla general es la prohibición de «toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica» que atente a aquel derecho (artículo 4), y, en el empleo por cuenta ajena, la no discriminación implica la nulidad de cualquier tipo de limitación, segregación o exclusión por razón de las causas apuntadas en la Ley (artículo 9).

Desde el punto de vista de la lucha contra la discriminación de la población migrante (y, en general, cualquier otra), la mejor medida es la preventiva, esto es, la que evita llegar al problema o situación discriminatoria. En tal sentido, los poderes públicos deben desarrollar políticas amplias, multifactoriales y efectivas para conseguir que los derechos a la igualdad de trato (digno) de estas personas se respeten y la discriminación no se produzca. En tal sentido, especial relevancia tienen las políticas educativas, de información y sensibilización de toda la población sobre la importancia de la observancia de los derechos humanos. Al mismo tiempo, la Administración pública tiene que poner en marcha programas de servicios sociales para dar una atención prioritaria a los grupos más vulnerables y, dentro de ellos, a los sujetos más débiles, como las mujeres y las niñas (artículo 16), a la vez que adoptar medidas específicas que impidan desigualdades injustificadas en el acceso a la vivienda, la justicia, la sanidad o la pertenencia a organizaciones políticas, sindicales,

empresariales, profesionales o, en fin, de interés económico, social o cultural. Todo ello sin olvidar la igualdad en los nuevos espacios y medios virtuales.

Cuando la prevención falla y la discriminación se consuma, la población migrante debe tener acceso a la tutela judicial efectiva, lo que comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia – insiste el legislador – «de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal» (artículo 28).

Con el objetivo de reforzar tanto la prevención como la reparación frente a la discriminación, la nueva Ley 15/2022 prevé la creación de una Autoridad Independiente para la igualdad de trato y la no discriminación. A la espera de la concreción de su real funcionamiento, en principio, dicha figura se prevé positiva, pues asume ambiciosas funciones tanto antes como después del acto discriminatorio. Así, se espera que promueva la adopción de códigos de buenas prácticas en materia de lucha contra la discriminación, emita dictámenes sobre proyectos de normas, participe en informes sobre esta materia, colabore con diferentes administraciones autonómicas y entidades, como el Defensor del Pueblo, y, en cuanto a la población migrante, participe en el Foro para la integración social de los inmigrantes, en la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración o en el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. Dada la situación de precariedad en que se halla, generalmente, la víctima de la discriminación, sobre todo si es inmigrante, dicha Autoridad también puede asumir un papel clave en la defensa de aquella. Aparte de asistencia jurídica especializada, dicha entidad puede ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos de tal colectivo, lo que, sin duda, puede suponer una clara diferencia en el logro efectivo del respeto de aquellos.

En fin, cabe esperar que toda esta acción normativa protectora del derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación, tanto de la OIT como de los países que ratifican sus Convenios, sirva para luchar contra la situación objetiva de desigualdad, que, junto con la percepción subjetiva de la misma naturaleza, condiciona la existencia de una persona inmigrante frente a otra que no lo es. Esta idea – extraída de la obra *Memorias de un europeo*, de Stefan Zweig – es citada por la Dra. Ushakova a la hora de abordar los desafíos de la migración laboral en el mundo actual. Para los interesados en la materia, se

recomienda vivamente la lectura del excelente libro ahora prologado, pues aquellos podrán encontrar en él importantes reflexiones y adecuadas soluciones a los referidos retos.

LOURDES MELLA MÉNDEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo – Universidad de Santiago de Compostela