

IASP-AIPS

DP 4/2024 EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES RESPECTO DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL

J. Eduardo López Ahumada

Universidad de Alcalá (IELAT)*

PALABRAS CLAVE: trabajadores migrantes, OIT, protección social, trabajo decente, inclusión social.

RESUMEN: El presente trabajo de investigación analiza los problemas de inclusión social y laboral que tienen los trabajadores migrantes en la actualidad. Desde la perspectiva de la Seguridad Social, se estudian los problemas presentes para los flujos migratorios en un mundo global, destacando la respuesta protectora de la Organización Internacional del Trabajo. En este sentido, se presta especial atención al tratamiento de la protección social de los trabajadores migrantes desde la perspectiva de los derechos humanos y del tratamiento multilateral de las migraciones internacionales. En el trabajo se analizan los problemas de acceso a la protección social de los trabajadores migrantes y la referencia a los principales instrumentos internacionales OIT de referencia.

SUMMARY: 1. Introducción. 2. Inclusión social y laboral de los trabajadores migrantes en un mundo globalizado. 3. La evolución hacia una protección basada en los derechos humanos y en un tratamiento multilateral de las migraciones internacionales. 4. Los problemas de acceso a la protección social por parte de los trabajadores migrantes. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

* Instituto Universitario de Investigación de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá. Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la misma Universidad. Director de la Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social, Editorial Cinca, Madrid.

El aumento de los flujos migratorios laborales se ha experimentado debido a la propia globalización económica y a la ausencia de posibilidades de empleo en los países de origen, que con carácter general hacen de la migración casi la única alternativa para las personas migrantes[1]. Ciertamente, se trata de un fenómeno que afecta a distintos colectivos, por ejemplo, trabajadores estacionales o temporales, trabajadores en situación irregular, víctimas de trata y de trabajo forzoso, trabajadores cualificados[2] etc. La mayor parte de las migraciones responden a cuestiones laborales y, en este sentido, la OIT se ha preocupado especialmente de la perspectiva laboral de los flujos migratorios.

2. INCLUSIÓN SOCIAL Y LABORAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN UN MUNDO GLOBALIZADO

El objetivo de la protección de los trabajadores migrantes es necesariamente la lucha por unas condiciones laborales dignas que se apliquen en modelos de relaciones laborales estables, que puedan resistir a los cambios de los ciclos económicos. Sin duda, este es el mejor modo de reducir la exclusión social y la pobreza, que generan nuevas formas de desigualdad[3]. Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona (Hepple, 2011, pág. 27). Ello implica, ciertamente, la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador. No cabe duda, que al tratarse de un objetivo sumamente ambicioso, ello sobrepasa la perspectiva puramente laboral y tiene una proyección social evidente[4].

La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza[5]. La pobreza y la exclusión social están presentes en el mercado

---

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

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

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

[4] En este sentido, es preciso subrayar que la desigualdad por motivos de género no se limita al trabajo y al empleo, sino que afecta a todos los aspectos de la vida social y a las estructuras socioeconómicas. (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer & Rodríguez-Piñero Royo, 2004, págs. 527-528)

[5] En relación a la conexión entre pobreza y trabajo decente véanse los siguientes trabajos: (Akire & María, 2010, pág. 127) y (Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pág. 38).

de trabajo y generan situaciones de discriminación laboral y precisamente la reducción de la pobreza tiene mecanismos directos de aplicación en el mercado de trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2003, pág. 100). Este objetivo es especialmente importante en un mundo globalizado como el actual, en el que las migraciones laborales se han intensificado y las sociedades están haciéndose cada vez más diversas. En estos contextos la lucha por la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo y en la sociedad depende de la garantía de la asimilación y la inclusión social.

Los trabajadores migrantes se configuran como un colectivo especialmente vulnerable, circunstancia que se presenta especialmente en el momento de acceso al empleo[6]. En este sentido, las personas migrantes se ven obligadas a asumir trabajos que evitan los nacionales en sectores económicos menos atractivos, trabajos con baja cualificación del sector servicios, servicios domésticos, trabajos estacionales, labores peligrosas o insalubres, o incluso trabajos en la economía informal. Dichas situaciones de trato diferencial se encuentran condicionadas en la práctica por el obstáculo insalvable de la baja cualificación de los trabajadores migrantes, aunque en muchas circunstancias dichos trabajadores acreditan una formación adquirida en sus países de origen, cuyas competencias profesionales no son reconocidas en el Estado de acogida.

La mayor vulnerabilidad de los trabajadores migrantes se aprecia en el desarrollo de las relaciones laborales, mostrándose situaciones de trato desigual en comparación con los trabajadores nativos; por ejemplo, en relación a los incumplimientos contractuales, impagos salariales o despidos injustificados. Ello supone la existencia de relaciones laborales con una elevada dosis de inseguridad en el empleo y con unas condiciones de trabajo menos ventajosas. Efectivamente, dicha vulnerabilidad en el empleo sitúa a los trabajadores migrantes ante la explotación y la precariedad laboral, lo que implica situaciones de desigualdad y discriminación en el trabajo. De igual modo, estos trabajadores migrantes encuentran dificultades prácticas para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, ya que sus relaciones laborales generalmente temporales implican de facto un bajo grado de protección social y en muchos casos los reducidos períodos de cotización condicionan la protección social contra los riesgos profesionales o impiden la transferencia de los derechos de Seguridad Social. De igual modo, el desempleo afecta especialmente a los trabajadores migrantes. Sin duda, el índice más elevado de desempleo lo sufren más los trabajadores migrantes en los países desarrollados de la

[6] En este sentido, la Recomendación OIT núm. 198 de 2006 (2006a), relativa a la relación de trabajo, alude a los trabajadores migrantes como una categoría de trabajadores vulnerables [arts. 5 y 6 c)]. Del mismo modo, y en relación a la referencia a los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable véase *International labour migration. A rights-based approach* (2010, págs. 94-95).

Unión Europea y la OCDE, en comparación con 6 los trabajadores nacionales. Asimismo, conviene indicar que estas altas tasas de desempleo en los países desarrollados repercuten con más intensidad en las mujeres y jóvenes migrantes, que son particularmente vulnerables al desempleo.

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

3. LA EVOLUCIÓN HACIA UNA PROTECCIÓN BASADA EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EN UN TRATAMIENTO MULTILATERAL DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

La supresión de la discriminación en el trabajo forma parte de los propios principios constitutivos de la OIT desde su creación en 1919. La acción internacional contra la discriminación tiene su propio origen en los objetivos de la OIT, entre los que figura la justicia social, la libertad y la igualdad. Concretamente, en el Tratado de Versalles de 1919 se recoge el deber de la OIT de tutelar específicamente a los trabajadores migrantes, especialmente en los supuestos de tráfico o trata de personas, así como en el ámbito de la migración irregular. El Tratado de Versalles asegura la igualdad en el empleo y la ocupación, dado que las "las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones del trabajo deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país" (art. 427).

La propia Declaración de Filadelfia de 1944, así como en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (Conferencia Internacional del Trabajo de 18 de junio de 1998) conceden el máximo reconocimiento a la igualdad de trato de los trabajadores migrantes. Concretamente, se contempla el compromiso de eliminar cualquier tipo de

discriminación en el empleo y la ocupación [punto 2, letra d)][7]. Por su parte, la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, presta una atención especial a los problemas de los trabajadores migrantes. Dicha Declaración vino en su momento a reforzar significativamente los objetivos de la Constitución de la OIT, mediante la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y la promoción de un crecimiento más equitativo, teniendo como objetivo la promoción del pleno empleo con respeto a la dignidad, la seguridad y la igualdad de oportunidades. Concretamente, la Declaración de Filadelfia de 1944, actual Carta de Constitución de la OIT, garantiza que "todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades" [Anexo a la declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, epígrafe II, letra a)]. De este modo, los derechos laborales de los trabajadores migrantes están indisolublemente ligados a los derechos fundamentales en el trabajo reconocidos en la Constitución de la OIT[8]. Estamos, pues, ante un principio rector de la propia OIT, que prácticamente durante un siglo ha trabajado intensamente por implementar dicha máxima en las relaciones laborales desde un punto de vista globalizado.

La igualdad y no discriminación se configura como un derecho ligado a la propia dignidad de la persona; y ello es una consecuencia derivada de la propia naturaleza de los principios y derechos fundamentales en trabajo. Su carácter universal implica su aplicación a todas las personas con independencia del Estado a que pertenezcan y, por tanto, son derechos que disfrutan los trabajadores migrantes sin perjuicio de su situación regular o irregular en el país donde prestan servicios. Con todo, la OIT ha venido reforzando en sus instrumentos internacionales generales la garantía de la igualdad y no discriminación. La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 contempla el deber de la OIT de prestar especial atención a los problemas de los trabajadores migrantes[9], asegurando empleo y ocupación libre sin posibilidad de discriminación. Concretamente, garantiza la igualdad y no discriminación de los trabajadores

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

[8] La OIT tiene, entre sus funciones, el compromiso de tutelar a los trabajadores migrantes. Así se declara expresamente en el preámbulo de la Constitución, que recoge la obligación de la OIT de mejorar la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero. Consúltese: *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes* (Organización Internacional del trabajo, 2014) y el *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B), Trabajadores migrantes, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra.* (2016)

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

migrantes, sin tener en cuenta su nacionalidad o la situación de residencia regular o irregular (Organización Internacional del Trabajo, 1998) y los Estados miembros de la OIT se comprometen a observar dichos principios incluso con carácter previo a la propia ratificación de los convenios internacionales específicos de la OIT en materia de trabajadores migrantes[10].

El enfoque del desarrollo de los derechos de las personas migrantes basado en el respeto de los derechos humanos fue reconocido en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. Dicha posición ha ido evolucionando hasta la configuración del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales (Organización Internacional del Trabajo, 2007c). El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores con independencia de su situación, aunque se presenta como criterios no vinculante en el ámbito de una economía global[11]. Sin duda, gravita de forma recurrente el debate sobre la insuficiente eficacia jurídica de los derechos fundamentales internacionales, debido especialmente al bajo nivel de coercibilidad que tienen las normas internacionales. Por tanto, las reglas de protección de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad se presentan como un mecanismo de *soft law* internacional, que pretende generar un contexto normativo de referencia que anime a los Estados miembros a contemplar dichas normas en sus sistemas jurídicos-laborales[12].

Los convenios específicos sobre trabajadores migrantes garantizan el principio de igualdad de trato y de oportunidades, así como la ausencia de prácticas de discriminación en el trabajo. Sin duda, la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades de los trabajadores migrantes representa una medida efectiva de protección, ligada al respeto de la dignidad de la persona. Asimismo, se considera que la garantía de la tutela jurídica evita el denominado *dumping* social. De este modo, se asegura que el recurso al trabajo de las personas migrantes tiene el mismo valor para las empresas que el coste soportado por éstas respecto de los trabajadores nacionales (Vittin-Balima, 2002, pág. 158).

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

---

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

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

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

las Recomendaciones núm. 86 de 1949 y la Recomendación núm. 151 de 1975 de la OIT[13]. Las normas contenidas en los convenios definen el estatuto de los trabajadores migrantes, abordando el proceso de migración desde el tránsito migratorio hasta las situaciones de inmigración tanto temporal como permanente. De igual modo, se contemplan excepciones como las relativas a los trabajadores transfronterizos, artistas o profesionales liberales. Dichas normas configuran el marco normativo básico y mínimo de protección de los trabajadores migrantes, reconociendo como objetivo principal la eliminación de las discriminaciones y el logro de la igualdad de trato y de oportunidades[14]. Sin duda, estos convenios específicos son una muestra de la preocupación de la OIT por los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable. Dichos convenios se complementan a efectos de tutela con otros convenios de la OIT generales como el convenio sobre discriminación en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951 o los convenios relativos a la Seguridad Social (*vid. infra*). Sin duda, uno de los aspectos esenciales de estos instrumentos normativos se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación, ya que dichas normas se aplican, como sucede con carácter general con los derechos humanos, a todas las personas por igual[15], incluidos los trabajadores migrantes irregulares, a menos que se indique expresamente lo contrario como así hacen los convenios expresamente en determinados aspectos (Garofalo, 2007, pág. 36); (Potobsky, 1984, pág. 333); (Fitzpatrick, 2003).

Ciertamente, estos convenios específicos se adoptaron hace ya muchos años y, sin duda, la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones laborales ha evolucionado[16]. Ello significa que las normas contenidas en su articulado deberían interpretarse a favor de la libertad y la observancia de la igualdad, teniendo en cuenta la propia promoción de los derechos fundamentales en el trabajo realizada por la OIT (*vid. supra*). En efecto, el contexto económico y social de las migraciones internacionales ha cambiado sustancialmente desde la aprobación de los Convenios 97 y 143, en 1940 y 1970 respectivamente. Y ello implica la necesidad de adaptación de dicho marco a la actual economía globalizada, asegurando la observancia del principio de igualdad y no discriminación (Organización Internacional del Trabajo, 2004, pág. 86). En este sentido, podemos citar como ejemplo el aumento del protagonismo de la participación de

[13] En cualquier caso, es preciso recordar que los Convenios son instrumentos normativos de directa y obligada aplicación por parte de los Estados. En cambio, las Recomendaciones carecen efectivamente de efecto jurídicamente vinculante y no se encuentra sometidas al acto de ratificación.

[14] Téngase en cuenta el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos.

[15] Vid. OIT, conclusión número 28, y el principio 9, apartado a), del *Marco multilateral para las migraciones laborales* (OIT, 2007).

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

la mujer en los procesos migratorios, que demanda una respuesta especial desde la perspectiva de la igualdad de trato como persona migrante a la que se suma la condición de mujer. De este modo, la interpretación del estatuto del trabajador migrante basada en derechos es un cambio sustancial, que asegura un espacio de integración e inclusión social de los trabajadores migrantes[17].

Un impulso importante a la protección de los trabajadores migrantes se realizó en 2007 con la adopción del Marco multilateral de la OIT para la migración laboral. Este nuevo marco de actuación hace especial énfasis en la discriminación que sufren los trabajadores migrantes y se solicita la promoción de sus derechos desde la perspectiva de los derechos humanos. Ciertamente, ello supuso un importante paso adelante, enfocando la migración desde un tratamiento basado en los derechos. Esta nueva perspectiva basada en la protección mediante derechos intenta ofrecer un tratamiento justo al colectivo de trabajadores migrantes en el mundo e intenta promover la adopción de normas jurídicas que puedan impulsar políticas y prácticas en beneficio de la igualdad de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores migrantes.

Este nuevo tratamiento de las migraciones laborales implica la necesidad de dar una respuesta adecuada a la denominada migración irregular (no ilegal)[18], que es el término generalmente aceptado por la OIT y que se proyecta sobre el trabajo clandestino que desarrollan personas cuya situación de extranjería en el país de empleo no se encuentran formalmente regularizada. Sin duda, se trata de un gran problema social, ya que se estima que alrededor de un quince por ciento de los trabajadores migrantes se encuentra en situación irregular (International Labour Organization, 2010, págs. 31-36); (Jandl, 2004). En muchos casos, se trata de situaciones evidentes y estructuralmente implantadas, que las autoridades laborales toleran y que se desarrollan en el ámbito de la economía informal. Actualmente, en la normativa específica de la OIT existe un vacío de protección en relación a los trabajadores migrantes temporales y a los migrantes que prestan servicios en situación irregular. Los Estados tienden generalmente a garantizar formalmente a los trabajadores migrantes regulares o irregulares una igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a la remuneración, límites de tiempo de trabajo y descansos. Efectivamente, la OIT recomienda el desarrollo de estas prácticas nacionales con el fin ayudar al

[17] Vease el principio número 14 del *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*, (OIT, 2007 y *International labour migration. A rights-based approach* (OIT, 2010, .p.3).

[18] La expresión de migración ilegal es un término negativo y muchas veces injusto, ya que muchos migrantes entran en el país de acogida con documentación válida, pero posteriormente se convierten en irregulares de forma sobrevenida. La Comisión de Expertos ha interpretado que la igualdad de trato afecta igualmente a los migrantes irregulares que son comparados en la medida de lo posible con los migrantes en situación regular. De este modo se permite que los trabajadores migrantes irregulares reciban igualmente protección respecto de los derechos derivado del trabajo efectivamente prestado. (Organización Internacional del trabajo, 2014).

desarrollo de procesos migratorios justos y equitativos desde el punto de vista del trabajo decente[19].

Evidentemente, los programas actuales de migración laboral temporal desarrollados por los Estados no dan respuesta a la demanda permanente de trabajadores migrantes e impiden con carácter general que los trabajadores migrantes se puedan afincar definitivamente en el país de empleo. Sin duda, estos programas de migración temporal y circular deberían respetar el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales. Especialmente, la migración irregular no es solamente una cuestión de orden público, sino que supone la necesidad de implementar vías alternativas de regulación que tengan en cuenta la realidad de las relaciones jurídico privadas existentes. Sin duda, las políticas de regularización pueden ser una vía de fomento del trabajo decente, evitando situaciones de abuso y explotación. Asimismo, pueden reducir el margen de acción de las prácticas discriminatorias, sin olvidar, su importante repercusión en la reducción de la economía informal y la declaración del trabajo asalariado que es una fuente de ingresos para la Seguridad Social por la vía de las cotizaciones sociales[20]. Se trataría, en definitiva, de un mecanismo que asegura el aumento de la protección y evita la no discriminación, reconociendo situaciones de igualdad de derechos.

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

4. LOS PROBLEMAS DE ACCESO A LA PROTECCIÓN SOCIAL POR PARTE DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

[19] Asimismo, es preciso destacar las acciones de la OIT dirigidas a la promoción del trabajo decente por países, que han incluido la igualdad como objetivo esencial para el logro de condiciones laborales dignas. Actualmente, los programas de la OIT sobre trabajo decente e igualdad de género han reforzado progresivamente en los últimos años la inclusión de la perspectiva de las migraciones. Uno de los objetivos esenciales de los programas es el desarrollo e intercambio de conocimientos y experiencias en relación a la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. Dichos programas se configuran igualmente como planes de acción dirigidos a armonizar las legislaciones nacionales a los convenios de la OIT, salvando los problemas existentes relativos a la aplicación del principio de no discriminación en el trabajo. Sin duda, en este contexto cobra especial importancia la vigilancia de la OIT del nivel de seguimiento de los convenios internacionales, especialmente por medio de los órganos de seguimiento de los tratados internacionales, así como por los propios mecanismos especiales existentes en Naciones Unidas sobre la observancia de las prácticas nacionales derivadas de los tratados internacionales.

[20] En este sentido, conviene recordar la proyección de la regularización de trabajadores migrantes en época de bonanza, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea. (Consejo de Europa, 2008).

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

En materia de seguridad social, los convenios de la OIT contemplan cláusulas técnicas relativas a la igualdad de trabajo entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes. El convenio núm. 102 de 1952 se garantiza el principio de igualdad de trato entre los nacionales y migrantes en relación a todas las ramas de la seguridad social (art. 68) (parte XI). Ciertamente, este convenio básico de Seguridad Social de la OIT se refiere al principio de igualdad de forma flexible, dado que se permite excluir a los trabajadores migrantes cuando las prestaciones o una parte de las mismas se abonen en su totalidad con cargos a fondos públicos. Estamos, pues, en presencia de una regulación de *soft law* internacional, que permite informar y complementar la normativa nacional de *hard law*, especialmente a los efectos de extender los derechos de protección social (Supiot, 2006). En este sentido, debemos indicar que una respuesta más intensa al reconocimiento del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social se complementa en otros Convenios de la OIT.

Con carácter general, el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) garantiza el principio de igualdad de trato, respetando el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Ciertamente, los trabajadores migrantes necesitan un régimen especial de protección, que garantice sus derechos en los desplazamientos transnacionales. Concretamente, es especialmente importante la necesidad de asegurar el acceso a la cobertura social y la equiparación con los trabajadores nacionales en relación al derecho a las prestaciones sociales. La proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce en relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo y la cobertura social a los

trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora. Ello, pues, está en sintonía con la respuesta ofrecida por parte de los Convenios específicos de la OIT, especialmente, el Convenio núm. 143 de la OIT (*vid supra*).

Del mismo modo, el convenio núm. 118 asegura el mantenimiento de los derechos adquiridos y la exportación de las prestaciones sociales. Los trabajadores migrantes deben tener garantizado los derechos adquiridos en el Estado de empleo, pudiéndose exportar las prestaciones al abandonar el país donde se aportó a nivel contributivo. Asimismo, otro elemento esencial es la posibilidad de poder acumular y totalizar los derechos adquiridos en diferentes países donde se ha trabajado y aportado a los sistemas públicos de seguridad social[21]. El convenio núm. 118 obliga a los Estados a asegurar la provisión de prestaciones en el extranjero en una rama específica para sus propios nacionales y para los nacionales de cualquier otro Estado, cuando éste haya aceptado las obligaciones del convenio para una rama concreta de protección social.

Precisamente, los problemas de igualdad de trato residen en muchos casos en la conservación de los derechos o en curso de adquisición, que permite ser beneficiario de derechos con independencia del traslado a otro país. En este punto, es especialmente importante la acción del convenio sobre invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967 núm. 128, que se reconoce la garantía de los derechos adquiridos. Con todo, y a pesar del reconocimiento formal del derecho a la exportación de prestaciones sociales al extranjero desde la óptica de la igualdad de trato, conviene indicar que la exportación efectiva está condicionada al tipo de prestación de seguridad social y del país que tiene que reconocer la transferencia de la protección. Con todo, el convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) articula un sistema de reconocimiento entre Estados, respecto de sus nacionales que ejercen en régimen de igualdad el acceso y disfrute de la acción protectora[22]. El convenio núm. 157 de la OIT de 1982, relativo a la conservación de los derechos en materia de seguridad social, garantiza el mantenimiento de los derechos adquiridos de seguridad social con independencia de que los trabajadores trasladen su residencia de un país a otro, mantenimiento de derechos que se garantiza a los nacionales de los demás Estados partes del convenio. Tanto el Convenio núm. 157, como la Recomendación núm. 167 de 1983, que le acompaña, impulsan el principio de igualdad en la medida en que se configura un

[21] En materia a la conservación y exportación de los derechos de seguridad social generados en el país de empleo, Véase: *Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: An analysis of issues and good practices* (Holzmann, Koettl, & Chernetsky, 2005). Documento preparado para el Programa de investigación y análisis político de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales.

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

sistema internacional que permite el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, asegurando el acceso a prestaciones generadas en el extranjero cuando regresen a su país de origen. En este sentido, sin duda, la conservación y exportación del desempleo respecto de los trabajadores migrantes temporales es el supuesto de acción protectora que más problemas platea desde el punto de vista del reconocimiento entre Estados.

Según el Convenio núm. 157, el reconocimiento del Estado que haya ratificado el convenio y la protección efectiva se dispensará a los trabajadores migrantes, siempre que el Estado del ciudadano que pretende acceder de la protección sea igualmente parte del convenio sobre igualdad de trabajo en seguridad social. En esta línea, el Convenio núm. 19 de la OIT, de 1925 sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnizaciones por accidentes de trabajo, prevé igualmente la exportación de las prestaciones para extranjeros trabajadores cubiertos por el convenio, aunque una vez más cuando el Estado que ratifique contemple asimismo dicha exportación de beneficios para sus propios nacionales. Todo ello nos sitúa ante la proyección del principio de reciprocidad que rige en las relaciones internacionales bilaterales. Estamos, pues, ante un objetivo que depende de mecanismos institucionales que permitan la coordinación entre los sistemas nacionales de seguridad social[23]. Estos acuerdos bilaterales o multilaterales, especialmente de ámbito regional, permiten en definitiva reforzar la cobertura de los riesgos sociales y asegurar la transferibilidad de las prestaciones de seguridad social. En este sentido, podemos destacar como modelo ejemplo el modelo de la Unión Europea relativo a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, que contempla un marco jurídico específico que garantiza ampliamente la transferibilidad de los derechos en materia de seguridad social para los nacionales tanto de la Unión Europea como de terceros países[24].

5. CONCLUSIONES

[23] El propio Convenio núm. 157 de la OIT prevé la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la seguridad social y, en este sentido, la recomendación 167 de la OIT contempla el modelo de disposiciones relativas a dichos acuerdos internacionales, que permiten ampliar los mecanismos de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social.

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

Primera.- La lucha por el trabajo digno de las personas migrantes. La finalidad esencial de la protección de los trabajadores migrantes es necesariamente la lucha por unas condiciones laborales dignas que se apliquen en modelos de relaciones laborales estables. La OIT fomenta el desarrollo de marcos normativos que puedan resistir a los cambios de los ciclos económicos. Se considera que esta es la mejor forma de reducir la exclusión social y la pobreza, que generan nuevas formas de desigualdad. Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona. Ello implica, ciertamente, la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador. No cabe duda, que al tratarse de un objetivo sumamente ambicioso, ello sobrepasa la perspectiva puramente laboral y tiene una proyección social evidente.

Segunda.- la tutela de los trabajadores migrantes desde la perspectiva de los derechos humanos. El enfoque del desarrollo de los derechos de las personas migrantes basado en el respeto de los derechos humanos fue reconocido en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. Dicha posición ha ido evolucionando hasta la configuración del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores con independencia de su situación, aunque se presenta como criterios no vinculante en el ámbito de una economía global. Sin duda, gravita de forma recurrente el debate sobre la insuficiente eficacia jurídica de los derechos fundamentales internacionales, debido especialmente al bajo nivel de coercibilidad que tienen las normas internacionales. Las reglas de protección de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad se presentan como un mecanismo de *soft law* internacional, que pretende generar un contexto normativo de referencia que anime a los Estados miembros a contemplar dichas normas en sus sistemas jurídicos-laborales.

Tercera.- Cohesión social y lucha contra la pobreza en el ámbito de las migraciones laborales. La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza. La pobreza y la exclusión social están presentes en el mercado de trabajo y generan situaciones de discriminación laboral y precisamente la reducción de la pobreza tiene mecanismos directos de aplicación en el mercado de trabajo. Este objetivo es especialmente importante en un mundo globalizado como el actual, en el que las migraciones laborales se han intensificado y las sociedades están haciéndose cada vez más diversas. En estos contextos la lucha por la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo y en la sociedad depende de la garantía de la asimilación y la inclusión social.

Cuarta.- El gran desafío de la igualdad de trato en el acceso a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Los trabajadores migrantes necesitan un régimen especial de protección, que garantice sus derechos en los desplazamientos transnacionales. Concretamente, es importante la necesidad de asegurar el acceso a la cobertura social y la equiparación con los trabajadores nacionales en relación al derecho a las prestaciones sociales. La proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce en relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo y la cobertura social a los trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora. Los problemas de igualdad de trato residen en muchos casos en la conservación de los derechos o en curso de adquisición, que permite ser beneficiario de derechos con independencia del traslado a otro país. la conservación y exportación del desempleo respecto de los trabajadores migrantes temporales es el supuesto de acción protectora que más problemas platea desde el punto de vista del reconocimiento entre Estados.

Referencias bibliográficas

Akire, S., & María, S. (2010). *Acute multidiscusional poverty: A new index for developing countries.* Oxford: OPHI Working Paper No. 38.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2016). *Informe III (Parte 1B), Trabajadores migrantes, Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones.* Ginebra: Organización Internacional del trabajo.

Consejo de Europa. (2008). *Regularisation Programmes for Irregular Migrants, Doc. 11350.* Brussels.

Fitzpatrick, J. (2003). The Human Rights of Migrants. En *Migration and International Legal Norms* (págs. 169-184). The Hague: Asser Press.

Garofalo, L. (2007). Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario. En *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea* (págs. 9-18). Bari: Cacucci Editore.

Harriss-White, B. (2003). La desigualdad en el trabajo en la economía informal. Cuestiones esenciales y ejemplos. *Revista Internacional del Trabajo*, 507-518.

Hepple, B. (2011). *Equality: The New Legal Framework.* United Kingdom: Hart Publishing.

Holzmann, R., Koettl, J., & Chernetsky, T. (2005). *Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: An analysis of issues and good practices.*

International Labour Organization. (2001). *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), Report III (Part 1A).* Geneva: International Labour Organization.

International Labour Organization. (2007). *Rights, Labour Migration and Development: The ILO Approach.* Geneva: International Labour Organization. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/briefingnote/wcms_203885.pdf

International Labour Organization. (2010). *International labour migration. A rights-based approach.* Geneva: ILO. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/meetingdocument/wcms_222548.pdf

Jandl, M. (2004). The estimation of illegal migration in Europe. *Migration Studies*, 141-155.

Oficina Internacional del Trabajo. (2003). Superar la pobreza mediante el trabajo, Memoria del Director General. *Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 91ª reunión.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (1998). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2001). *Alto al trabajo forzoso.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2003). *La hora de la igualdad en el trabajo.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2004). *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Informe VI.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2005). *Alianza Global contra el Trabajo Forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2006a). Recomendación 198.

Organización Internacional del Trabajo. (2006b). *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación. Guía sobre la legislación y su aplicación.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2007a). *Seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: prioridades y programas de acción para la cooperación técnica relativa a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2007b). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean.* Ginebra: Organización Internacional del trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2007c). *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.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2008). *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación: Guía sobre el Convenio núm. 111.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2009). *La igualdad de género como eje del trabajo decente, Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo. (2011). *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del trabajo. (2014). *Estudio General sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949, (núm. 97), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (núm. 86), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias).* Ginebra: Organización Internacional del trabajo. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/questionnaire/wcms_250261.pdf

Organization for Security and Co-operation in Europe IOM; International Organization for Migration; International Labour Office. (2006). *Handbook on Establishing Effective Labour Migration Policies in Countries of Origin and Destination.*

Potobsky, G. (1984). Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, 332-352.

Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., & Rodríguez-Piñero Royo, M. (2004). The principle of equality in the labour market: reflections on the spanish model. En *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis* (págs. 525-541). Atenas: BWV Berliner Wissenshafts-Bruylant.

Supiot, A. (2006). El lugar de la Seguridad Social en el sistema de normas internacionales de trabajo. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 129-136.

Vittin-Balima, C. (2002). Trabajadores migrantes. En *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global* (págs. 130-171). Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.