

De la igualdad a la equidad: ¿Un nuevo paradigma en el régimen jurídico de la migración laboral de la OIT?

From equality to equity: A new paradigm in the ILO labor migration legal regime?

Tatsiana USHAKOVA*

RESUMEN: El presente estudio tiene por objetivo analizar una nueva aproximación al problema migratorio en el Derecho de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata de la Iniciativa sobre la contratación equitativa, promovida por la OIT en los últimos años. La Iniciativa pretende hacer frente a los abusos que sufren los trabajadores, en particular de las agencias de empleo públicas y privadas. Se destaca el papel cada vez más relevante de estos actores en el funcionamiento eficiente y equitativo de los mercados de trabajo. De este modo, el propósito del nuevo enfoque es contribuir a la prevención de la trata de personas y del trabajo forzoso, promover los derechos de los trabajadores, y en especial de los trabajadores migrantes, contra las prácticas abusivas y fraudulentas en el proceso de contratación, reducir el coste de la migración laboral y abordar los problemas de la migración en los países de origen, de tránsito y de destino.

PALABRAS CLAVE: Organización Internacional del Trabajo (OIT), migración internacional, migración laboral, trabajador migrante, contratación equitativa.

* Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Alcalá (Madrid), España. ORCID: 0000-0002-2216-2276. Contacto: <tatsiana.ushakova@uah.es>. Fecha de recepción: 24/11/2020. Fecha de aprobación: 25/02/2021.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyse a new approach to the migration problem in the instruments of the International Labour Organisation. It deals with the Fair Recruitment Initiative, promoted by the ILO in recent years. The Initiative aims to address the abuses suffered by workers from public and private employment agencies. It highlights the increasingly important role of these actors in the efficient and fair functioning of labour markets. Thus, the purpose of this new approach is to contribute to the prevention of trafficking and forced labour, to promote the rights of workers and especially migrant workers against abusive and fraudulent practices in the recruitment process, to reduce the cost of labour migration and to address the problems of migration in countries of origin, transit and destination.

KEYWORDS: Labour Organisation (ILO), international migration, labour migration, migrant worker, equitable recruitment.

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la migración laboral se ha considerado como una de las manifestaciones de la globalización. Sin embargo, la pandemia Covid-19 ha supuesto un desafío para la misma globalización y, junto con ella, para uno de sus elementos más destacados: la migración laboral. Huelga mencionar los obstáculos a que se han enfrentado muchos sectores económicos, por la suspensión de la actividad y la restricción de la movilidad, por ejemplo, el sector agrícola, por carecer de la mano de obra necesaria de trabajadores migrantes estacionales.

La globalización es desafiada, pero sigue vigente la pregunta: ¿Qué papel deben desempeñar los actores relevantes en el mundo del trabajo, tales como las Organizaciones internacionales, los Estados, los interlocutores sociales y otros grupos de la sociedad civil, y cómo no, las empresas y los trabajadores? De alguna manera, la *Iniciativa*¹ de la OIT contesta a esta pregunta. En su enunciado, indica que el punto central del nuevo enfoque es la contratación equitativa.

Al respecto, cabe adelantar varias ideas. En primer lugar, se trata de un instrumento de carácter no vinculante, que continúa la línea del conocido *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*, de 2005². Dichos instrumentos se caracterizan por su leve contenido normativo en comparación con los convenios o incluso con las recomendaciones de la OIT.

¹ Véase sobre la *Iniciativa* y los instrumentos relevantes relacionados: <<https://www.ilo.org/global/topics/fair-recruitment/lang-es/index.htm>>.

² OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2007.

La segunda idea es que la palabra clave de esta iniciativa es la equidad, frente a la igualdad, y más en concreto la igualdad entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes, promovida en los convenios sobre los trabajadores migrantes núms. 97 y 143, y las recomendaciones correspondientes núms. 86 y 151³.

Finalmente, la tercera idea es que la *Iniciativa de la contratación equitativa* se refiere no solo a las obligaciones de los Estados, sino también al papel de los interlocutores sociales y de las empresas, en especial de las agencias de contratación públicas y privadas; y pone en valor una serie de convenios importantes desde el punto de vista de la contratación⁴.

II. LA IGUALDAD COMO PUNTO DE PARTIDA

El compromiso de la OIT con el fenómeno migratorio se remonta a sus orígenes, esto es, a los inicios del siglo XX⁵. En el Preámbulo

³ Véase los textos de los convenios y recomendaciones, así como otra información en: <<https://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>>. Asimismo, en: GIL Y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., *Social Justice as Expressed in International Labour Standards. Documents and Materials*, Curitiba, Juruá Editorial, 2015.

⁴ OIT, *Principios y directrices prácticas relativos a la contratación equitativa y la Definición de las Comisiones de Contratación y Gastos Conexos*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo-Servicio de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (FUNDAMENTALS)-Servicio de Migraciones Laborales (MIGRANT), 2019, p. 9 y *Anexo*, pp. 33-36.

⁵ Véase, entre otros: SERVAIS, J.-M., *International Labour Law*, Wolters Kluwer, Alphen ann der Rijn, 2020, pp. 233 y ss.; GIL Y GIL, J. L. “la OIT y las migraciones laborales”, en Gil y Gil, J. L. (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Juruá, Lisboa, 2013, pp. 53-104; GIL Y GIL, J. L., “Los trabajadores migrantes y la OIT”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 15, 2009, pp. 241 y ss.; y USHAKOVA, T., “El trabajo decente en el contexto de la migración internacio-

de la Constitución, de 1919⁶, se hace una mención expresa a la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y de proteger “los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”. Más adelante, en la *Declaración de Filadelfia* de 1944, incorporada como anexo a la Constitución, se afirma que todos los seres humanos, “sin distinción de raza, credo o sexo”, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual. En los albores del siglo XXI, la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, de 18 de junio de 1998⁷, señala que estos se aplican también a los migrantes. El Preámbulo de la Declaración confiere a la OIT el deber de “prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movili-

nal”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica. Monografía: La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera*, núm. 15-18, 2012, pp. 239 y ss, y “International Labour Migration and Decent Work: Reaffirming the ILO Right-based Approach”, en Carby-Hall, J. (ed.), *Essays on Human Rights: A Celebration of the Life of Dr. Janusz Kochanowski*, Varsovia, Ius et Lex Foundation, 2014, pp. 493-519.

⁶ Cabe recordar que la idea de reglamentar el trabajo a nivel internacional se iba gestando progresivamente en el curso del siglo XIX. La Primera Guerra Mundial marcó un momento crucial para este movimiento: la Conferencia de la Paz, iniciada el 25 de enero de 1919, creó la Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, encargada de elaborar la constitución de una organización internacional permanente. El texto titulado “Trabajo” se adoptó el 11 y el 28 de abril de 1919, y se convirtió en la Parte XIII del Tratado de Versalles que forma la Constitución de la OIT. El Tratado de Versalles se aprobó en su totalidad por la Conferencia de la Paz el 28 de junio de 1919. Los artículos 387 al 427 tratan sobre la estructura de la OIT. Citado por “La creación de la Organización Internacional del Trabajo”, disponible en: <<https://www.ilo.org/legacy/spanish/lib/century/>>.

⁷ La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento se adoptó por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 87a. reunión, en Ginebra.

zar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo” (párr. 4).

La Declaración de 1998 pretende destacar la importancia de los derechos previamente consagrados en la Constitución y la Declaración de Filadelfia y desarrollados en los convenios reconocidos como fundamentales⁸. En rigor, se refiere a los cuatro principios y derechos: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación⁹.

⁸ Los ocho convenios fundamentales son los siguientes: Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958; Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951; Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948; Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949; Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso, de 1930; Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957; Convenio núm. 138 sobre la edad mínima, de 1973 y Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999. Según la información disponible en la página de la OIT, en actualidad, existen más de 1.367 ratificaciones de estos convenios, lo que representa el 91,4% del número posible de ratificaciones. Se necesitan aún 129 ratificaciones para lograr el objetivo de la ratificación universal de todos los convenios fundamentales. El Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999, se ha convertido en el primer tratado ratificado por todos los Estados miembros de la OIT. Desde el 4 de agosto de 2021, entra en vigor para Tongo y, de este modo, cuenta con 187 instrumentos de ratificación.

⁹ En enero de 2019, al principio de las celebraciones del Centenario de la OIT, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo recomendó el establecimiento de una garantía laboral universal, que incluye los derechos fundamentales de los trabajadores, un ‘salario vital adecuado’, límites máximos respecto a las horas de trabajo y la garantía de unos lugares de trabajo seguros y saludables. La Comisión también instó al reconocimiento de la seguridad y

La Declaración de 2008 institucionaliza el concepto de trabajo decente y proclama los objetivos del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos en el marco de una globalización equitativa¹⁰. En palabras del Director General de la OIT Juan Somavia, esta Declaración promueve la renovación más importante desde la adopción de la Declaración de Filadelfia. En sus primeras líneas, se afirma que el contexto actual de la globalización se caracteriza por una serie de fenómenos, incluida “la circulación de personas, especialmente de trabajadoras y trabajadores”¹¹.

La *Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo*, de 2019¹², conecta el ejercicio del mandato constitucional de la OIT con “las profundas transformaciones en el mundo del trabajo” y el “enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas”. En este sentido, 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”¹³.

La migración ha sido el objeto de regulación de la OIT desde los primeros años de su existencia, también mediante los instru-

salud en el trabajo como principio y derecho fundamental del trabajo”. OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 71.

¹⁰ “Prefacio” de la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 97a. reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, p. 1. Véase, entre otros, LANTARÓN BARQUÍN, D., “Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal”, *Temas laborales*, núm. 152, 2020, p. 53.

¹¹ *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, p. 5.

¹² La *Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo*, adoptada el 21 de junio de 2019 por la Conferencia General de la OIT, 108ª reunión celebrada en Ginebra.

13 Párr. A (xvi) del Capítulo II de la Declaración del Centenario.

mentos dedicados especialmente a esta materia. Es muy ilustrativo que la segunda Recomendación por orden cronológico, de 28 de noviembre de 1919 (actualmente retirada), aborda el asunto¹⁴. La Recomendación establece la reciprocidad de trato, a saber, sugiere a los Estados miembros de la OIT garantizar a los trabajadores extranjeros y a sus familiares, sobre una base de reciprocidad y en las condiciones convenidas entre los países, el beneficio de las leyes y reglamentos de protección obrera y el goce del derecho de asociación legalmente reconocido a sus propios trabajadores.

Pocos años después, la OIT toma pulso al problema migratorio en el ámbito de la estadística. La Recomendación núm. 19, de 2 de noviembre de 1922, propone a los Estados miembros de la OIT comunicar la información relativa a la emigración, inmigración, repatriación y tránsito, así como a las medidas adoptadas al respecto. Siguiendo el orden cronológico, hay que mencionar la Recomendación núm. 26 sobre la protección de las mujeres y muchachas emigrantes a bordo de buques, de 5 de junio de 1926, retirada, entre otras, al mismo tiempo que la citada Recomendación núm. 2.

Más de una decena de años después, se adoptan las recomendaciones núm. 61, sobre el reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, y núm. 62, sobre la colaboración entre los Estados en materia de reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes, ambas de 28 de junio de 1939, reemplazadas por la Recomendación núm. 86 sobre los trabajadores migrantes (revisada), de 1 de

¹⁴ La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 1 de junio de 2004, en su nonagésima segunda reunión, después de haber examinado una proposición de retiro de dieciséis recomendaciones internacionales del trabajo, cuestión que constituye el séptimo punto en el orden del día de la reunión, decide, con fecha de 16 de junio de 2004, retirar la Recomendación sobre la reciprocidad de trato, 1919 (núm. 2).

julio de 1949. El Anexo a la Recomendación contiene un modelo de acuerdo bilateral sobre migración laboral, que ha servido de modelo a los Estados Miembros de la OIT para concebir sus propios acuerdos.

La Recomendación núm. 86 completa el Convenio núm. 97 relativo a los trabajadores migrantes (revisado), de la misma fecha, al igual que la Recomendación núm. 151 sobre los trabajadores migrantes, de 24 de junio de 1975 (disposiciones complementarias), completa el Convenio núm. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), de la misma fecha.

Queda por mencionar la Recomendación núm. 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados, de 22 de junio de 1955, cuyo estatus se caracteriza como situación provisional.

Junto con los instrumentos específicamente destinados a la regulación de los trabajadores migrantes, la temática de la migración, del reclutamiento y de la colocación de trabajadores migrantes está directa e indirectamente afectada por otros instrumentos de la OIT, entre los cuales cabe destacar los referentes al trabajo forzoso (convenios núms. 29 y 105), a la eliminación del trabajo infantil (convenios núms. 138 y 182), o a los convenios relativos a las oficinas y agencias de colocación y servicios de empleo (convenios núms. 88, 96 y 181), en la medida en que los Estados de salida estén vinculados por los mismos y asuman el compromiso de cumplir con las reglas contenidas en esos instrumentos.

Asimismo, en todas las normas de la OIT relativas a la seguridad social vigentes, se define el grado personal de cobertura sin tener en cuenta la nacionalidad¹⁵ y, en casi todas ellas, hay cláu-

¹⁵ Entre otros aspectos, confirma su aplicabilidad a los trabajadores migrantes el hecho de que los órganos de control de la OIT se hayan referido concretamente a ellos en su labor ordinaria de control, por ejemplo, a propósito de la aplicación del Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del

sulas similares sobre la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los extranjeros en el país de inmigración.

Entre los últimos instrumentos, adoptados por la OIT, de relevancia para la migración, hay que señalar el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)¹⁶, acompañado por la Recomendación núm. 201. El Convenio reconoce el trabajo doméstico como empleo y pretende mejorar la protección y garantizar la igualdad de trato de todos los trabajadores domésticos, tanto nacionales como no nacionales. Como es bien sabido, y lo pone de manifiesto el Preámbulo, “el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible”, realizado principalmente por “las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas”, y “particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo y de trabajo, así como a otros abusos de los derechos humanos”. Para afrontar esta situación, el art. 8 establece obligaciones de los Estados parte en el Convenio de disponer, en la legislación nacional, que “los trabajadores domésticos migrantes ... contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo”, que incluya las condiciones de empleo señaladas en el art. 7 del Convenio, y que se especifiquen “las condiciones según las cuales los trabajadores domésticos migrantes tienen derecho a la repatriación tras la expiración o terminación del contrato de trabajo...”.

Las referencias a la igualdad de trato aparecen en los convenios sobre determinadas materias objeto de protección, con ante-

trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121) y del Convenio sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 130). OIT. *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en una economía globalizada. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo. 92a. reunión*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2004, p. 88.

¹⁶ El Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) entró en vigor el 5 de septiembre de 2013.

rioridad a los convenios sobre los trabajadores migrantes, como, por ejemplo, el Convenio núm. 19 relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, de 5 de junio de 1925¹⁷, o con posterioridad a estos, como el Convenio núm. 118 relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social, de 28 de junio de 1962¹⁸.

En cuanto a los convenios dedicados específicamente al tema migratorio, en 1939, el art. 6 del Convenio núm. 66 relativo al reclutamiento, colocación y condiciones de los trabajadores migrantes (retirado), de 28 de junio de 1939¹⁹, logra consagrar la igualdad de trato entre nacionales y migrantes como uno de los ejes esenciales de la política de inmigración, por cuanto que, de conformidad con lo previsto en este artículo, todo Estado parte en el Convenio se obligaba a conceder a los extranjeros un trato no menos favorable que el que se aplicara a sus propios nacionales en relación con una serie de materias: las condiciones de trabajo y en particular la remuneración de los servicios, y el derecho de afiliación a las organizaciones sindicales, siempre y cuando estos puntos estuvieran reglamentados por la legislación o dependieran de las autoridades administrativas.

También se extendía este principio de igualdad de trato a los impuestos, derechos y contribuciones que debía pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada, y a las acciones judiciales relativas a los contratos de trabajo.

¹⁷ El Convenio núm. 19, en vigor desde el 8 de septiembre de 1926, cuenta con 121 instrumentos de ratificación. España lo ratificó el 22 de febrero de 1929.

¹⁸ El Convenio núm. 118, en vigor desde el 25 de abril de 1964, cuenta con 37 Estados parte, entre los cuales no está España.

¹⁹ El Convenio núm. 66, retirado el 30 de mayo de 2000, nunca entró en vigor y fue cerrado a la ratificación a consecuencia de la entrada en vigor del Convenio núm. 97.

Al igual que en este primer Convenio²⁰, el art. 6 del Convenio núm. 97, actualmente en vigor²¹, establece la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes, que supone la aplicación a los inmigrantes que se encuentren legalmente en el territorio del Estado Parte, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, de un trato no menos favorable del que se les concede a sus propios nacionales en relación con: la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando estos formen parte de la remuneración, 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 organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos; y la vivienda, siempre y cuando estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas.

Del mismo modo, el citado principio se aplica a los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada, y a las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en ese Convenio.

Además, el Convenio núm. 97 pretende extender la igualdad de trato también a la seguridad social, es decir, a 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

²⁰ Hay que señalar al respecto, que, con anterioridad al Convenio núm. 66, fue adoptado otro Convenio en materia de migración, esto es, el Convenio núm. 21 relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, de 5 de junio de 1926, en vigor desde el 29 de diciembre de 1927. Este Convenio, actualmente superado y dejado de lado, contó con 26 Estados parte, dos ratificaciones condicionales y cinco denuncias. Hungría efectuó la última denuncia el 25 de mayo de 2010.

²¹ El Convenio núm. 97 entró en vigor el 22 de enero de 1952, después de ser ratificado por Nueva Zelanda, en 1950, y por el Reino Unido, en 1951.

acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social, a reserva de la existencia tanto de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición, como de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional.

El art. 6.2 regula la aplicación de la igualdad de trato en el caso de un Estado federal. Al respecto, a cada Estado parte en el Convenio le corresponde determinar en qué medida y en qué condiciones se aplican estas disposiciones a las cuestiones que estén reguladas por la legislación de los estados constitutivos, provincias, cantones, o que dependan de sus autoridades administrativas.

En este análisis, debe tenerse en cuenta la época en que se aprobó el Convenio núm. 97, el período inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial. Se trata de un momento histórico en el que era la distinción entre la inmigración con fines de poblamiento, también considerada como inmigración permanente, y la inmigración temporal, lo que facilitaba sin duda alguna la posibilidad de proclamar, de forma taxativa, la igualdad de trato entre los nacionales y los inmigrantes. Así, el art. 8 del Convenio hace una mención expresa de la admisión a título permanente. La disposición protege a esta categoría de trabajadores migrantes contra la devolución a su país de origen en el supuesto de no poder ejercer su oficio por motivo de enfermedad o de accidente, a menos que lo desee la persona interesada.

El Convenio núm. 143 adopta un enfoque distinto²². La igualdad de oportunidades y de trato se regula en su Parte II. El artículo 10 establece el compromiso de los Estados partes de formular y aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo

²² El Convenio núm. 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), de 24 de junio de 1975, en vigor desde el 9 de diciembre de 1978.

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.

Se observa que la igualdad de trato se aplica a los trabajadores migrantes y sus familiares en situación regular, al igual que en el art. 6 del Convenio núm. 97. No obstante, se añade la referencia a la igualdad de oportunidades lo que, al menos formalmente, amplía el ámbito de supuestos objeto de aplicación. Ahora bien, tal y como está configurada, la igualdad de oportunidades y de trato se convierte en un objetivo hacia el que debe tender la política nacional, pudiéndose optar por su aplicación progresiva o por el diseño y la aprobación de un programa o acción coordinada de medidas positivas.

III. LA EQUIDAD COMO UN ENFOQUE RENOVADO

No es completamente novedoso un planteamiento equitativo en relación con la migración. Desde hace décadas, la OIT se ha esforzado por garantizar la contratación equitativa de todos los trabajadores. Muchas de las disposiciones sobre la contratación se incluyeron en los anexos I *Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental* y II *Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental*, del Convenio núm. 97 y la Recomendación núm. 86, cuyo objetivo principal es proteger a los trabajadores migrantes, facilitar el control y la regulación de la contratación e impedir el empleo no autorizado.

Sin embargo, y pese a su carácter flexible, el Convenio núm. 97²³ y, en particular el Convenio núm. 143²⁴, no han obtenido un reconocimiento generalizado por los Estados miembros de la OIT²⁵. Así las cosas, la Organización se ha decantado por la adopción de instrumentos no vinculantes en materia migratoria. Es en este contexto, se ha promovido un diálogo de amplio alcance. En 2004, la 92.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo procedió a una discusión general sobre trabajadores migrantes y adoptó, por consenso, la *Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, en la que se insta al establecimiento de un plan de acción para los trabajadores migrantes²⁶. El eje del *Plan de acción* ha sido el desarrollo de un marco multilateral para las migraciones laborales basado en los derechos²⁷. Entre otros aspectos, pone en práctica

²³ En la fecha de 20 de diciembre de 2020, cuenta con 50 ratificaciones. Forman parte de este Convenio algunos Estados de la Unión Europea, entre ellos Alemania, Bélgica, Chipre, Francia, Italia y Portugal. España también formalizó su ratificación el 21 de marzo de 1967 (*BOE* núm. 135, de 7 de junio de 1967). Los últimos en ratificar el Convenio fueron Kirguizistán, en 2008; Filipinas, en 2009 y Marruecos, en 2019.

²⁴ En la fecha de 20 de diciembre de 2020, cuenta con 25 ratificaciones, las últimas de Madagascar y Mauritania, en 2019. De los Estados de la Unión Europea, forman parte del Convenio sólo Chipre, Portugal y Suecia. España no lo ha ratificado.

²⁵ USHAKOVA, T., “La protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios en el marco de la ONU: ¿Un intento fallido de regulación universal?”, en Gil y Gil, J. L. (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica. Compromisos de la OIT*, Lisboa, 2013, pp. 28-29.

²⁶ Citado por OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales*, p. VI.

²⁷ La OIT convocó una reunión tripartita de expertos, que se reunió en Ginebra del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2005, y debatió y adoptó 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*

la *Resolución* y las *Conclusiones sobre un compromiso equitativo*, y promueve los principios básicos de los convenios núms. 97 y 143 y sus correspondientes recomendaciones. Como se puede observar, la compañía ha cosechado escasas ratificaciones de los Estados. De este modo, no ha fomentado de manera significativa el compromiso de los países con las disposiciones convencionales.

Así las cosas, el *Marco multilateral*, de 2005, subrayó la necesidad del enfoque basado en los derechos y, por lo tanto, también en la igualdad y no discriminación, como el principio y derecho central en la materia. En particular el principio 1 (I. “Trabajo decente”) hace referencia a la igualdad y los derechos fundamentales en el trabajo²⁸.

La referencia a la equidad aparece en el principio 4 (IV. “Gestión eficaz de las migraciones laborales”) que alude a las normas internacionales como fuentes de inspiración para formular las políticas “coherentes, eficaces y equitativas”²⁹. La directriz correspondiente exhorta a “aplicar” dichas políticas “para gestionar con eficacia las migraciones laborales de manera que beneficien a to-

derechos. El Consejo de Administración de la OIT en su 295a. reunión, celebrada en marzo de 2006, decidió que el Marco debería publicarse y difundirse.

²⁸ OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales*, pág. 7. Sobre este Instrumento, en particular, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La OIT y los trabajadores migrantes”, en Javillier, C. (dir.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Génova, Bureau international du Travail, 2004, pp. 541 y ss.; ROJAS RIVERO, O, “El Marco Multilateral de la OIT para las migraciones”, en Ramos Quintana, M. I. (coord.), *Migraciones laborales, Acción de la OIT y política europea*, Albacete, Bomarzo, 2010, pp. 177 y ss., y CAIRÓS BARRETO, D. M., “La protección de los trabajadores migrantes y la prevención y protección contra las prácticas migratorias abusivas dentro del Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales”, en Ramos Quintana (coord.), *op. cit.*, pp. 193 y ss.

²⁹ OIT, *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales*, p. 13.

dos los trabajadores migrantes y a sus familiares, así como a los países de origen y de destino³⁰.

Este planteamiento expresado en los principios y directrices no vinculantes resurgió de nuevo en 2013³¹. En esta ocasión, se puso de manifiesto la necesidad de contar con principios y directrices para una contratación respetuosa con las normas internacionales, pero también beneficiosa, a saber, basada en las buenas prácticas para reducir los costes financieros y humanos de la migración. Sin embargo, el propósito recibió un impulso decisivo en 2014, cuando se puso en marcha la *Iniciativa para la equidad en la contratación*, adoptada por múltiples interesados, que integra el *Programa para una migración equitativa* y los *Principios generales y directrices prácticas para una contratación equitativa*³².

Cabe recordar que, en el mismo año, se adoptaron el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, núm. 29, de 1930, y la Recomendación (medidas complementarias) núm. 203 correspondiente. En el Protocolo, se reconoce que la protección de las personas, y en particular los trabajadores migrantes, contra posibles prácticas abusivas y fraudulentas en el proceso de contratación constituye una medida importante para prevenir el trabajo forzoso u obligatorio.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Conclusiones de la Reunión técnica tripartita sobre migraciones laborales, Ginebra, 4-8 de noviembre de 2013, párr. 5 (iii), citado por OIT, *Reunión tripartita de expertos sobre principios y directrices prácticas relativos a la contratación equitativa*, pp. 1 y 2.

³² Citado por OIT, *Reunión tripartita de expertos sobre principios y directrices prácticas relativos a la contratación equitativa*, Informe para la discusión en la Reunión tripartita de expertos sobre principios y directrices prácticas relativos a la contratación equitativa, Ginebra, 5-7 de septiembre de 2016, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, pp. 1 y 2.

El Director General presentó el informe titulado *Migración equitativa: un programa para la OIT*³³. El Programa resaltaba los propósitos de: promover el trabajo decente en los países de origen, inclusive con la contribución de los migrantes; formular programas de migración ordenada y equitativa en el marco de los procesos de migración regional; promover los acuerdos bilaterales (en sentido amplio) que aseguren una migración correctamente regulada y equitativa entre los Estados miembros; instaurar proceso de contratación equitativo; combatir situaciones inaceptables; poner en práctica el enfoque basado en los derechos, y reforzar el Programa multilateral sobre migración basado en los derechos.

En marzo de 2016, el Consejo de Administración de la OIT decidió convocar una reunión tripartita de expertos con miras a redactar orientaciones sobre condiciones equitativas de contratación y preparar un proyecto de principios y directrices³⁴. Autorizada por el Consejo de Administración, la Oficina Internacional del Trabajo publica los *Principios generales y directrices prácticas relativos a la contratación equitativa y la Definición de las Comisiones de Contratación y Gastos Conexos* en 2019. Este tipo de instrumento tiene por objeto servir de guía a las labores actuales y futuras de la OIT y de otras organizaciones, de los legisladores nacionales y de los interlocutores sociales para promover y garantizar la equidad en la contratación.

³³ OIT, *Migración equitativa: un programa para la OIT. Memoria del Director General. Informe I (B), Conferencia Internacional del Trabajo*. 103ª reunión, Ginebra, 2014.

³⁴ Documento GB.326/POL/2, párr. 37, citado por OIT, *Reunión tripartita de expertos sobre principios y directrices prácticas relativos a la contratación equitativa*, p. 2. Además, la contratación equitativa también constituye un elemento importante del compromiso de la comunidad internacional con la reducción de los costes de la migración laboral, tal como se refleja en la Agenda 2030. OIT, *Promover una migración equitativa: Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes. Informe de la CEACR. Conferencia Internacional del Trabajo*, 105a. reunión, Ginebra, 2016, párr. 197.

En este sentido, es interesante destacar que, aunque el proyecto se concibe en el contexto de la migración laboral, trata la cuestión de la equidad en la contratación desde la perspectiva general. Así, las normas aplicables se reúnen en una guía de principios rectores y establecen las responsabilidades de los actores pertinentes en la contratación de trabajadores nacionales y migrantes. Además, se toman en consideración las políticas y prácticas emergentes para luchar contra las contrataciones abusivas y fraudulentas, en especial la protección de los trabajadores migrantes poco calificados.

Según los *Principios y directrices*, “el término contratación incluye la publicación de anuncios, la difusión de información, la selección, el transporte, la colocación en el empleo y —en el caso de los trabajadores migrantes— el retorno al país de origen cuando proceda. Esto se aplica tanto a los solicitantes de empleo como a los que ya tienen una relación de trabajo”³⁵. La contratación internacional abarca un amplia gama de acciones: la contratación directa por parte de los empleadores o sus representantes; las operaciones llevadas adelante por los reclutadores de mano de obra públicos o privados; la contratación de posibles migrantes en un país por cuenta de un empleador en otro país, o los casos en los que el reclutador de un país se encarga de proporcionar empleo a migrantes de otro país; y las diversas operaciones relacionadas con el procedimiento de contratación, como la selección, introducción y colocación de trabajadores migrantes y el regreso de estos a su país de origen al término de un contrato de trabajo. Según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), “la regulación del reclutamiento es un componente importante de una gobernanza de la migración laboral justa y eficaz, que se beneficie de un enfoque basado en la aportación de diversas partes interesadas y anclado en el diálogo social”³⁶.

³⁵ OIT, *Principios y directrices*, p. 12.

³⁶ OIT, *Promover una migración equitativa...*, párr. 196.

El establecimiento de procesos de contratación equitativos también puede contribuir a una mayor protección de los trabajadores migrantes, especialmente frente al trabajo forzoso y la trata de personas, y a una reducción de la desigualdad y de las prácticas discriminatorias por múltiples motivos; unos mercados de trabajo más eficientes; mejores trabajos y una mayor articulación entre la oferta y la demanda de las calificaciones laborales; una competencia más sana entre empresas; y mejores resultados en materia de desarrollo sostenible para los trabajadores migrantes y sus familias.

En la actualidad, el panorama en torno a la contratación de trabajadores migrantes es cada vez más complejo e involucra a interlocutores muy diversos, tanto regulados como no regulados. En muchos casos, los trabajadores migrantes son contratados por servicios públicos de empleo y, en ocasiones, la legislación establece que estas sean las únicas entidades habilitadas a tal fin. Sin embargo, es cada vez más frecuente que los trabajadores migrantes sean contratados por agencias de empleo privadas. La influencia de estas agencias es cada vez mayor y, en consecuencia, se han convertido en un rasgo característico de los mercados de trabajo actuales a nivel mundial³⁷.

La iniciativa de la OIT para la equidad en la contratación prioriza la ayuda para prevenir la trata de seres humanos y el trabajo forzoso y la protección de los derechos de los trabajadores, en particular los de los trabajadores migrantes, frente a las prácticas abusivas y fraudulentas durante el proceso de contratación (entre otros, la preselección, la selección, el transporte, la colocación y la posibilidad de retorno).

La iniciativa es de carácter plural, por lo que su ejecución implica una estrecha colaboración con los gobiernos, las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores, el sector privado y otros interlocutores. La iniciativa para la equidad

³⁷ OIT, *Migración equitativa: un programa para la OIT*, Memoria del Director General, Informe I (B), CIT, 103a. reunión, 2014, párr. 85.

en la contratación se centra en: enriquecer el acervo mundial de conocimientos sobre las prácticas nacionales e internacionales de contratación; reforzar las leyes, las políticas y los mecanismos de control de la aplicación para fomentar prácticas de contratación éticas; promover normas y prácticas empresariales justas; y dar autonomía y protección a los trabajadores y las trabajadoras. Entre otros aspectos, los *Principios y directrices* promueven la contratación con el fin de satisfacer las necesidades establecidas del mercado de trabajo, y nunca como un medio para desplazar o reducir una fuerza de trabajo existente, para menoscabar los salarios o las condiciones de trabajo, o para socavar el trabajo decente³⁸. Además, no se debe cobrar comisiones de contratación ni gastos conexos a los trabajadores que se hayan contratado ni a los solicitantes de empleo³⁹.

Los *Principios y directrices* introducen una referencia novedosa a las empresas y los servicios públicos de empleo⁴⁰. Les confieren la responsabilidad en lo que respecta a la prevención de la contratación en condiciones abusivas o injustas. De este modo, las empresas y los servicios públicos de empleo tienen que respetar los derechos humanos al contratar a trabajadores, también a través de evaluaciones de la debida diligencia en materia de derechos humanos durante los procedimientos de contratación, y deben tener en cuenta las repercusiones negativas de sus actividades sobre los derechos humanos.

IV. CONCLUSIONES

1. La *Iniciativa sobre la contratación equitativa* continúa la línea de acción normativa de la OIT consistente en la adopción de instrumentos de carácter no vinculante. Esta tendencia se debe en

³⁸ Principio 6, OIT, *Principios y directrices*, p. 13.

³⁹ OIT, *Principios y directrices*, p. 13.

⁴⁰ OIT, *Principios y directrices*, pp. 20-24.

parte a un reconocimiento muy limitado de los convenios sobre los trabajadores migrantes núms. 97 y 143. La falta del consenso es evidente, si se tiene en cuenta el carácter flexible de los convenios mencionados: la necesidad de tan solo dos instrumentos de ratificación para su entrada en vigor (habitual para los convenios de la OIT), la posibilidad de excluir los anexos (Convenio núm. 97) o una de las partes (Convenio núm. 143) y el uso de fórmulas flexibles y referencias a la legislación y las prácticas nacionales en el texto. Además, la inclinación de la OIT por los instrumentos de *soft law* es un reflejo del panorama general. Valga recordar la iniciativa de la Naciones Unidas relativa al *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, de 2018⁴¹.

2. La contratación “equitativa” significa respetuosa con los derechos humanos, incluidas las normas internacionales del trabajo, y con las disposiciones legales, a condición de que éstas estén de conformidad con las normas internacionales mencionadas, e comprometida con una mayor protección de los trabajadores en situación de vulnerabilidad, incluidos los trabajadores migrantes. En este sentido, parece que se resalta la equidad frente a la igualdad y el enfoque basado en los derechos. Sin embargo, en el Anexo relativo a los *Principales fuentes de los Principios y directrices*, se indica claramente que son fuentes de inspiración para este instrumento los tratados de derechos humanos de carácter universal

⁴¹ ONU, Conferencia Intergubernamental encargada de aprobar el *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, Marrakech (Marruecos), 10 y 11 de diciembre de 2018, UN Doc. A/CONF.231/3, Anexo. La conferencia se convocó bajo los auspicios de la Asamblea General de las Naciones Unidas y se llevó a cabo de conformidad con la resolución 71/1 de 19 de septiembre de 2016, titulada “Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes”, que decidió iniciar un proceso de negociaciones intergubernamentales que conduzca a la adopción del Pacto Mundial sobre Migración. Las modalidades de la conferencia se detallan en las resoluciones 71/280, de 6 de abril de 2017, 72/244, de 24 de diciembre de 2017 y 72/L.67, de 31 de julio de 2018. Véase la información disponible en: <<https://www.un.org/es/conf/migration/>>.

y las normas de la OIT⁴². En cuanto al Derecho de la OIT, se trata no solo de los convenios y las recomendaciones, sino también de las declaraciones.

3. Por un lado, los *Principios y directrices* poseen un marcado carácter pragmático y se apartan del carácter más holístico de la *Iniciativa sobre la contratación equitativa*, tal y como estaba concebida en el inicio del proceso. Por otro lado, este planteamiento pragmático posee una vocación universal, es decir, se aplica a la contratación de todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes. El enfoque es novedoso, porque prevé la responsabilidad de los gobiernos y la responsabilidad de las empresas y los servicios públicos de empleo.

⁴² OIT, *Principios y directrices*, Anexo, pp. 33 y ss.

