
**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO Y LA
CIUDADANIA LABORAL DE LOS TRABAJADORES
MIGRANTES. EN BUSQUEDA DE LA IGUALDAD Y EL
RESPECTO A LA LIBERTAD SINDICAL**

**THE FUNDAMENTAL WORK RIGHTS AND WORKING
CITIZENSHIP OF MIGRANT WORKERS. IN SEARCH OF
EQUALITY AND RESPECT FOR FREEDOM OF ASSOCIATION**

Mariela Inés LAGHEZZA

Abogada con orientación en Derecho del Trabajo y Docente, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Especialista en Migración y Asilo. Diplomada en Relaciones del Trabajo y Sindicalismo.

mariela_laghezza@yahoo.com.ar

Fecha de envío: 04/09/2023

Fecha de aceptación: 15/09/2023

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJO Y LA CIUDADANIA LABORAL DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES. EN BUSQUEDA DE LA IGUALDAD Y EL RESPETO A LA LIBERTAD SINDICAL

Mariela Inés LAGHEZZA

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Resumen: El derecho a la libertad sindical en algunas legislaciones se encuentra restringido a los trabajadores migrantes, por su condición extranjero. Los derechos fundamentales del trabajo son una herramienta que permite lograr la igualdad de derechos en igualdad de condiciones, y pone en discusión la relación que existe entre el matrimonio ciudadanía/nacionalidad. Aquí se abordará además la importancia de los acuerdos multilaterales, para evitar el dumping social. Finalmente, se analizarán desde cuatro ópticas (sindicatos, empleadores, estado y justicia), diversas propuestas y planes de acción, para lograr la incorporación de los trabajadores migrantes a la sociedad de destino.

Palabras clave: Libertad sindical - Migraciones - Nacionalidad - Derechos fundamentales

Sumario: 1. Introducción. 2. La importancia de los derechos fundamentales del trabajo. 3. Propuestas. 4. Dialogo social y migración laboral. 5. Colofón.

Abstract: The right to freedom of association in some legislation is restricted to migrant workers due to their foreign status. Fundamental labor rights are a tool that allows achieving equal rights under equal conditions, and brings into discussion the relationship that exists between the citizenship/nationality marriage. Here the importance of multilateral agreements will also be addressed to avoid social dumping. Finally, various proposals and action plans will be

analyzed from four perspectives (unions, employers, state and justice) to achieve the incorporation of migrant workers into the destination society.

Keywords: Freedom of association - Migrations - Nationality - Fundamental rights

Summary: 1. Introduction. 2. The importance of fundamental labor rights. 3. Proposals. 4. Social dialogue and labor migration. 5. Colophon.

1. Introducción

La aceleración de la globalización económica ha generado más trabajadores migrantes, que lo ocurrido en cualquier otro tiempo. El desempleo y la creciente pobreza han determinado que muchos trabajadores de los países en desarrollo busquen trabajo en el extranjero. Los países desarrollados han aumentado su demanda de trabajadores, especialmente de trabajadores no calificados. Como consecuencia de ello, son millones los trabajadores y sus familias que viajan a otros países para encontrar trabajo.

A partir de 2020, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas estima que aproximadamente 281 millones de hombres y mujeres son migrantes internacionales en todo el mundo, de los cuales, el 73 % tienen entre 20 y 64 años de edad.

La pandemia, provocó un impacto en los flujos migratorios, dado a que redujo la cantidad de migrantes internacionales en alrededor de 2 millones a nivel mundial para mediados de 2020, lo que equivale a una disminución de aproximadamente el 27 % en el crecimiento esperado a partir de julio de 2019.

La OIT estima que 169 millones de hombres y mujeres migran por trabajo. Esta cifra supone un incremento de 5 millones de migrantes trabajadores en comparación con las estimaciones de 2017, y un aumento porcentual aún mayor con respecto a las estimaciones de 2013, donde existían 150 millones de trabajadores migrantes internacionales. Entre los trabajadores migrantes internacionales, 99 millones son hombres (58,5 %) y 70 millones son mujeres (41,5 %).

La migración laboral es un fenómeno dinámico que afecta a todas las regiones del mundo, el 67,4 % se concentran en países de altos ingresos y países de ingresos medianos altos el 19,5 %. El resto se encuentra en países de ingresos medios-bajos (9,5%) y países de bajos ingresos (3,6 %).

Con respecto a la distribución regional, los trabajadores migrantes internacionales se pueden encontrar de la siguiente manera: Europa y Asia Central (37,7 %); las Américas (25,6 %); los Estados Árabes (14,3%); Asia y el Pacífico (14,2 %); y África (8,1 %). Curiosamente, los Estados Árabes son la

región con el mayor porcentaje de trabajadores migrantes en proporción de los trabajadores nacionales (41,4 %).

A nivel mundial, la mayoría de los trabajadores migrantes se concentran en el sector de los servicios (66,2 %); mientras que el 26,7% están en la industria y el 7,1% en la agricultura. Dentro de estos sectores hay importantes diferencias de género, con casi el 80 % de las trabajadoras migrantes que prestan sus tareas en el sector de los servicios, el 14,2 % en la industria y el 5,9% en la agricultura. Por el contrario, la distribución de varones migrantes entre el sector de servicios e industria está más equilibrado, con un 56,4 % de hombres trabajando en servicios y un 35,6 % por ciento en la industria. Esta mayor representación de las trabajadoras migrantes en el sector de los servicios puede deberse, al menos en parte, a la creciente demanda de mano de obra en la economía del cuidado, incluida la salud y el hogar trabajar.

En este escenario, es muy importante destacar la importancia de la desmercantilización de los derechos políticos sociales-sindicales, dado que dicho binomio constituye el piso mínimo de todas las personas que viven en comunidad. Su impronta más allá de los mercados, se refiere a la posición que ocupa el ser humano independientemente su rol en la economía, con un claro fin garantizador igualitario de derechos sin importar su nacionalidad, con el fin de evitar su exclusión en la sociedad. Posicionar a la persona contextualizada en su rol laboral desde la universalidad y la inherencia de los derechos humanos, y no desde el mercado, desnaturaliza su condición de mercancía, considerándola participe de comunidad política.

Ello es así debido a que la construcción del ámbito de representación se presenta como un proyecto en la era global, para construir un nuevo espacio de creación de representatividad.

2. La importancia de los derechos fundamentales del trabajo

De partida, la relación que encuentra intrínsecamente la idea de derechos fundamentales con las relaciones laborales, es su carácter pluridimensional, dado que el trabajador se sumerge en una relación de carácter económico en

una sociedad capitalista, y al mismo tiempo, se inserta como un ciudadano en la empresa, amparado por un sistema de constitucionalización de los derechos humanos fundamentales. Ello se caracteriza “por cuatro extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con rango máximo, y segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima determinación”¹.

Así, la norma constitucional no solo va a regir las relaciones entre particulares (eficacia vertical) entre Estado y ciudadanos, sino que también, abarcará las relaciones entre particulares (eficacia horizontal).

La eficacia horizontal es una novedad que irradia en las relaciones privadas, toda vez que los sujetos pueden reclamarse entre sí derechos subjetivos públicos, como puede ser perfectamente el derecho de participación política de trabajadores migrantes en los órganos internos de las asociaciones sindicales, sin ninguna distinción.

Esta idea de ciudadanía sirve de soporte para la expansión jurídica de los derechos fundamentales, desde un espacio teleológico y axiológico, porque como explicará Marsahll (Marshall, 2005), la ciudadanía se “expande desde lo civil a lo político y desde allí a lo social”².

El derecho a la no discriminación, en este caso concreto, la xenofobia, se posiciona en este aspecto, porque tiene consecuencias relevantes en la vida del trabajador, dado a que el trato desfavorable, conlleva al desprecio de un determinado colectivo, por su condición, en este caso su condición de no nacional.

Y como vimos existe un cierto límite entre el derecho a la distinción permitida, porque la norma posee dos mandatos: un trato igualitario por un lado, y un trato diferenciado por el otro, que “prohíbe tratar desigual a los iguales y prohíbe tratar igual a los desiguales”³.

¹ Robert, Alexy, “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático. En AAVV Neoconstitucionalismo, Madrid: Trotta, 2003 p. 32.

² Thomas Humphrey, Marshall, . Ciudadanía y clase social. Buenos Aires, Losada, 2005, p. 21.

³ Jose Luis, Ugarte Cataldo, Derechos Fundamentales, tutela y trabajo. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, p. 141.

Entonces, la discriminación que se encuentra justificada es aquella razonable y objetiva, es decir, el límite es la arbitrariedad razonablemente entendida. Eso sucede cuando existe una razón coherente y lógica en el ordenamiento jurídico para el trato diferenciado.

Deberíamos pensar, si existen causales de justificación o criterios, que soporten el juicio de reprochabilidad ante el acto discriminatorio.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales se presentan como un espacio para garantizar a los trabajadores para construir una posición mayor de poder, que unilateralmente no cuentan, mediante las organizaciones sindicales.

Esta idea central, se consolida con la idea de que el trabajador es un ser humano, escindido de su origen nacional, y como tal se le deben reconocer el acceso a sus derechos en igualdad de condiciones. Y por ello su relación con los derechos fundamentales, porque constituyen un conjunto de derechos que pertenecen de manera universal a todos los seres humanos, en cuanto son “dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”⁴, que son incorporados en los ordenamientos jurídicos de los estados en su Norma Fundamental.

Siguiendo a Ferrajoli⁵, son las constituciones que confieren este núcleo de derechos a la persona, independientemente de la ciudadanía, siendo los derechos de la ciudadanía una subclase dentro de los derechos fundamentales.

De esta manera, la positivización constitucional de los derechos les otorga mayor valor de reconocimiento, apoyándose en el sistema de garantías del propio ordenamiento jurídico. La OIT en el Convenio 87, en el art. 8 establece que “2. *La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio*”. Desde esa óptica, los derechos fundamentales se vinculan con el derecho del trabajo, porque la relación trabajador-empleador en sí, se subsume en una relación política, en una sociedad democrática.

⁴ Luis Angel Triguero Martinez, Los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores Migrantes, Granada 2012, p. 37, disponible en <http://hdl.handle.net/10481/22231>.

⁵ Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2007.

Esta concepción superadora sobre la importancia del reconocimiento y valorización de los derechos fundamentales, en un mundo globalizado donde predomina la economía, y mercantiliza la vida de las personas, es de vital importancia, para intentar cambiar la lógica del mercado global.

De esta manera, los sindicatos se consolidan como un movimiento social, pero también siguiendo a Baylos (2004)⁶ como una cultura política. Reconocer el derecho pleno a los trabajadores inmigrantes de participar en la vida política de los sindicatos, es una forma de repolitización de las fronteras, porque las políticas migratorias han sido un factor de atribución o de límites de la intervención estatal, generando disputas jurídicas a lo largo del tiempo.

La organización sindical, facilita la noción de colectividad de los trabajadores, siendo uno de sus grandes desafíos es tener en cuenta la diversidad de todos los trabajadores, y la heterogeneidad de sus intereses, dando así un proceso de inclusión en la ciudadanía.

Siempre “ser trabajador no depende de la nacionalidad del sujeto que trabaja. El trabajo, por sí sólo, justifica la aplicación de derechos, tanto en el ámbito individual como colectivo, sobre todo los derechos fundamentales. El trabajo iguala el disfrute de derechos, independiente de la condición de nacional o de otros motivos diferenciadores”⁷

Según la Confederación Sindical Internacional, en todo el mundo, menos del 1 %⁸ de los trabajadores migrantes se encuentran sindicalizados. La recopilación de datos relativos a la afiliación sindical de los trabajadores migratorios es bastante complejo, porque pocos sindicatos cuentan con datos desagregados por nacionalidad.

La repolitización de las fronteras debe ir en comunión con una acción colectiva a través de los sindicatos, donde se ponga en relevancia el respeto de la dignidad humana, más allá de su nacionalidad, y de las políticas migratorias.

⁶ Antonio Baylos Grau, *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 7.

⁷ Ricardo José Macedo De Britto Pereira, “Trabajadores inmigrantes indocumentados en tiempos de crisis y pandemia: exigencias morales y jurídicas para la repolitización de las fronteras”, en *e-Revista Internacional de la Protección Social(e-RIPS)*, 2020, Vol. V, Nº 2, ISSN 2445-3269, p. 256.

⁸ El dato estadístico fue recopilado del 3º Congreso Mundial de la CSI, Durante los días 18-23 de mayo del año 2014 en Berlín, disponible en https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc-3co-s-6_a_-_uniongrowth-es-210x297-01-2.pdf.

En el año 2020⁹ el Relator Especial de la ONU sobre los derechos humanos de migrantes, confeccionó un informe especial para el Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre el derecho a la libertad de asociación de los migrantes, en él se resaltó el contenido y alcance del art. 22, primer párrafo de la protección para el ejercicio de la libertad sindical del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo enfatiza en que varios países ofrecen buenos ejemplos del reconocimiento del pleno ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores migrantes.

Analiza además los tipos de limitaciones legislativas discriminatorias en tanto niegan o restringen el derecho a la libertad de asociación.

El Relator Especial en el informe recomienda a los Estados que se reconozcan en las legislaciones internas el derecho de los migrantes a la libertad de asociación, y que se los aliente a organizarse, fomentando prácticas que fomenten la afiliación sindical.

De partida, para comprender la concepción de los derechos fundamentales en su sentido y alcance, debemos analizar el papel que juega la ciudadanía. Para ello, hay que desligarla del concepto clásico, que es el vínculo que une al individuo con el estado del cual es nacional.

Siguiendo a Marshall¹⁰, la ciudadanía es la pertenencia de las personas que tienen capacidad de obrar, a una comunidad política que los incluye, otorgándole de esa manera, a la persona, dignidad en la existencia vital. Así, el concepto de ciudadanía, más allá de su dimensión jurídica, se materializa en la real inclusión de las personas en una comunidad política de residencia. Si se parte de este arquetipo, no solo la igualdad material y el acceso de los diversos derechos fundamentales estarían asegurados, sino que además, tendría un plus: se garantizaría el desarrollo del individuo en el sistema político, porque “constituye una aspiración que debería hacerse real desde estos postulados y desde el grado de desarrollo civilizatorio alcanzado por nuestra sociedad, en el

⁹ U.N. ,2020, Derecho a la libertad de asociación de los migrantes y sus defensores. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/44/42 disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/right-freedom-association-migrants-and-their-defenders-report-special>.

¹⁰ T. H. Marshall y T. Bottomore, Ciudadanía y clase social, Madrid, Alianza editorial. p.100.

que la ciudadanía se presenta como clave para el acceso a la institucionalización, titularidad y ejercicio real de los derechos humanos como instrumento de democratización social y jurídico- política de los Estados modernos”¹¹.

Lo más adecuado sería que exista un plazo razonable de residencia para que los trabajadores extranjeros puedan ser elegidos democráticamente en las organizaciones sindicales, y así poder ejercer libremente la libertad sindical.

El artículo 3 del Convenio 87 de la OIT es contundente al disponer que los trabajadores podrán tener derecho de elegir a sus representantes en plena libertad, por eso sostenemos que la legislación interna de un estado no debe restringir o inferir a la participación de los trabajadores migrantes. Pero menos cierto es que como los migrantes no pueden ocupar ciertos cargos en la política, menos probable será que puedan ejercer con plenitud el derecho legislativo que despliega la libertad sindical, al menos después de un periodo razonable de residencia en el país de acogida.

Dicho periodo de residencia debe ser razonable. Un extremo de este criterio, fue el establecido en La República Democrática del Congo, donde la ley 16/010, de 15 de julio de 2016, que modifica y completa la Ley 015/2002, sobre el Código del Trabajo, no había derogado la duración de residencia de veinte años como condición de elegibilidad para encargarse de la administración y de la dirección de una organización sindical, que a juicio de la Comisión, resulta un periodo excesivo.

Un plazo razonable de tres años de residencia, sería como lo entiende la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, un tiempo considerable. Y ha tomado nota con satisfacción los progresos de los siguientes países: Austria, Botswana, Burkina Faso, Luxemburgo, Mauritania, Nicaragua, Rumania, República Árabe Siria y Turquía. .

Existen números ejemplos de revisión legislativa que eliminan las restricciones para que los trabajadores migrantes puedan ejercer plenamente su derecho a la libertad sindical, veamos:

¹¹ Op. Cit 8, p. 52.

En Argelia, el 25 de abril del año 2022 se eliminó (Ley 20-06) el requisito de nacionalidad previsto en la Ley 90-14. Hoy en día los empleadores y trabajadores no nacionales pueden formar organizaciones sindicales, y ser miembro de las juntas directivas, con el único requisito de tres años de residencia en el país.

Por otra parte Turquía, desde el año 2012 mediante la Ley 6356 de sindicatos y convenios colectivos, se eliminó el requisito de ciudadanía para los fundadores de sindicatos.

En España, se revisó la Ley Orgánica 2/2009.

Otorgar participación política, en suma, ciudadanía migrante, evidencia una extensión del concepto de residencia, que implica cierto desacople del arraigado y del matrimonio nacionalidad/ciudadanía.

Mantener al margen a los trabajadores migrantes, silenciándolos, por el hecho absolutamente arbitrario y fortuito de su nacimiento, resulta al menos hoy un argumento xenófobo. Porque aunque la naturalización¹² pareciera ser una vía de privilegio para acceder a la ciudadanía y, a la integración plena del libre ejercicio de la libertad sindical, no puede ser el único camino para lograr una verdadera igualdad entre los trabajadores.

Por eso es vital, si la legislación no lo contempla, fijar un plazo de residencia razonable, para el libre acceso de derechos sindicales y en igualdad de condiciones con sus pares nacionales.

Un ejercicio democrático y participativo en contextos globales es fundamental para que los trabajadores migrantes puedan acceder a los lugares de decisión, porque como sostiene Hannah Arendt (1988) “nadie puede ser feliz sin participar en la vida pública. Nadie puede ser libre sin la experiencia de la libertad política. Nadie, finalmente, puede ser feliz o libre sin implicarse y formar

¹² La naturalización es el único modo de acceder a la ciudadanía plena, aunque implica abandonar la condición de migrante, y su identidad. En nuestro país, la Constitución Nacional de 1853, en su art. 20 expresaba que los extranjeros “obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación”. La Ley 346 de Ciudadanía y Naturalización, sancionada en 1896, estableció los criterios y modalidades de atribución de la nacionalidad argentina. Pueden ser ciudadanos argentinos: los nativos (jus soli), argentinos por opción (jus sanguini) o los ciudadanos por naturalización: los extranjeros mayores de 18 años que residen en la República dos años continuos y manifestasen ante los jueces federales de sección su voluntad de serlo.

parte del poder político”. La autora alemana, buscaba una comunidad política abierta al otro.

Con estas delimitaciones conceptuales, debemos realizar la distinción entre los derechos fundamentales del trabajador, en tanto sujetos de una relación laboral, y los derechos fundamentales “inespecíficos”, que son los atribuidos a todos los ciudadanos, que ejercen los trabajadores en su relación laboral. La persona que trabaja, lleva consigo derechos inherentes, por su condición de ser humano, cuyo ejercicio se interioriza en el contrato de trabajo. Ello es así, porque existe una titularidad inherente de los derechos fundamentales en el ciudadano, que cuando pasa a ser trabajador, no pierde su condición de tal. Pero lo que puede suceder es que, luego que acepta un compromiso contractual, los derechos fundamentales, pueden sufrir una mínima alteración en su campo de ejercicio. Si bien existe un déficit en la normativa de análisis, debe pensarse, en todo caso, el principal conflicto que sucede cuando se ven “degradadas para el trabajador las libertades en el ámbito de la empresa”¹³, disminuyendo así su categoría de ciudadano.

El recorte de derechos, únicamente puede ser considerado cuando su restricción afecta otros derechos, bienes o valores de igual rango. Por eso consideramos que hay una especie de distinción permitida, ligada claro está a la dualidad nacionalidad/soberanía estatal. Dicho obstáculo, puede saldarse al establecer ciertos estándares de desplazamiento normativo, como sucede al imponer plazos mínimos de residencia, para poder acceder al goce y ejercicio igualitario de los derechos.

Esa fragmentación provoca intereses contrapuestos entre el conjunto de los trabajadores en general y los trabajadores de la especificidad, entre los dentro y fuera del mercado, pero sobre todo la sociedad en general ¿quién representa a quién? Lo cierto es que, la globalización hace más notoria la crisis de la representación de los sindicatos, porque ellos no pueden definir su acción de tutela del interés legítimo de los trabajadores tal cual se encuentra el mercado laboral: empresas multinacionales, trabajadores que pueden migrar de país en

¹³ García Moreno, La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p. 286 Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 13, Nº 38, 1993, págs. 263-296.

país y una economía globalizada. Sin embargo no es únicamente la representatividad sindical que se encuentra en crisis, se le suman a ella la ruptura del concepto de soberanía y fronteras tradicionalmente entendidas, junto con la fragmentación de las normas laborales in pelius del mercado comercial,

Así, se aprovecha de manera menos efectiva de “las normas por ineficacia de los sistemas de control (ausencia de la inspección del trabajo) o debilidad del sujeto sindical – y con ello valerse del dumping social. Y es con ello que se revela la insuficiencia normativa y el propio desajuste del espacio de regulación”¹⁴.

Se debe general un cambio, o por lo menos, generar oportunidades en este proceso de desarrollo económico, donde imperen los valores sociales de la igualdad, bajo la concepción de la dignidad humana, poniendo en práctica el dialogo y la justicia social.

Tampoco hay que pasar por alto, la relación existente entre las dificultades que presentan los trabajadores migrantes para ejercer la libertad sindical, con las prácticas xenófobas, discriminatorias y sexistas, pensemos los inconvenientes adicionales que se les presentan en relación al género, y al grupo minoritario de personas LGBTI+¹⁵. También, los trabajadores migrantes pueden pertenecer a una afiliación religiosa o a un grupo étnico determinado, representando una barrera para la sindicalización.

Sumamos, las actitudes reales, o percibidas y las practicas racistas, junto con los prejuicios e intolerancias, todos ellos pueden alejar a los trabajadores de los sindicatos.

El fantasma latente a la deportación o la detención, el miedo a perder el trabajo, la falta de información o la barrera idiomática, constituyen escollos para el libre ejercicio de la libertad sindical.

¹⁴ Guillermo Gianibelli, Cuestiones conceptuales: cadenas de valor y acuerdos marco, 2018, disponible en <http://www.relats.org/documentos/PIICV.Gianibelli2018.pdf>.

¹⁵ Para más información ver Lucha contra la discriminación en el ámbito laboral por razones de orientación sexual e identidad de género, de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/04/informe-discriminacion-empleo-LGBTIQ.pdf> y Documento de Trabajo N° 2/2015, de la OIT, Orgullo (Pride) en el trabajo, disponible en https://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_368648.pdf.

3. Propuestas

Para lograr una verdadera participación de los trabajadores migrantes como sujetos políticos en las asociaciones sindicales, existen diversos focos de acción desde diversas perspectivas:

- Desde el Estado:

Creando espacios propicios a través del diálogo social eficaz, que incluya el diálogo intersectorial entre las organizaciones de trabajadores y de empleadores, para poder hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva.

Ratificar e implementar los Convenios y Recomendaciones de la OIT, específicos sobre el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, como así la normativa específica referida a los trabajadores migrantes, y aplicar en la legislación y en la práctica los instrumentos internacionales que involucra el derecho a la movilidad humana.

Asegurar la coherencia entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y la legislación interna, en lo referido a las políticas migratorias y las leyes laborales, para que no haya prohibición, restricción o anulación de derechos. Entre ellas, la legislación del estado deberá evaluar el obstáculo legal de eliminar la restricción de participación política en las asociaciones sindicales, reconociendo así que los trabajadores migrantes, independientemente de su regularidad migratoria, pueden ser ejercer libremente el derecho a la libertad sindical.

Confeccionar informes y estadísticas sobre la situación económica, social, y demográfica de los trabajadores migrantes, y su aporte al país para evitar situaciones de xenofobia y fomentar la integración. Debiendo incluir el número de trabajadores inmigrantes en los sindicatos, y cuántos de ellos están cubiertos por las disposiciones fruto de la negociación colectiva.

Promover campañas de sensibilización ciudadana, para evitar un discurso de odio, racismo y no tolerancia respeto de todos los trabajadores migrantes.

Extender la protección de las leyes laborales de manera implícita en los sectores donde predomina la mano de obra migrante: trabajo doméstico,

agricultura, construcción, economía informal, trabajo de plataformas y trabajo temporal, para garantizar la igualdad de protección legal.

Promover el diálogo social y los mecanismos tripartitos, sobre migración, empleo y protección laboral de los trabajadores migrantes, con participación de los empleadores y organizaciones de trabajadores.

Incluir en los procesos de diálogo social el diseño, desarrollo, implementación, evaluación y seguimiento de la migración laboral mediante acuerdos bilateral y multilateral entre los estados para fomentar la movilidad regional.

Garantizar el acceso a la justicia para la protección de los derechos de plena libertad sindical para los trabajadores migrantes.

En el país de origen, antes de la salida al país del destino, y en la medida de lo posible, se deberá asegurar el derecho a la información respecto de los derechos laborales.

- Los sindicatos:

Internacionales y nacionales, deberán considerar presentar ante la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindica más observaciones sobre la aplicación de los Convenios núms. 87 y 98 y otras Convenciones con respecto a los derechos de los trabajadores migrantes para permitir la revisión por el sistema de control de la OIT. También pueden enviar información en colaboración con organizaciones de la sociedad civil a los comités que supervisan la implementación de los instrumentos internacionales¹⁶ del sistema de Naciones Unidas.

Llevar a cabo actividades de divulgación para los trabajadores migrantes y abogar para promover el respeto de sus derechos laborales.

Adoptar estrategias en las prácticas de negociación colectiva para cubrir a los no sindicalizados y sectores no representados.

Emprender campañas de sensibilización con estrategias organizativas que tomen en cuenta las diversas identidades de los trabajadores migrantes.

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la ICRMW, la CEDAW y la ICERD.

Participando en los procesos de reforma legislativa y el desarrollo de políticas migratorias. Como así también en la cooperación bilateral y regional entre sindicatos en países de origen y destino.

Brindar a los trabajadores migrantes servicios de apoyo junto con la sociedad civil, en materia de educación y acceso a la justicia.

Adoptar una estrategia innovadora para la afiliación de los trabajadores migrantes con la finalidad de fortalecer la capacidad de representación y ampliar la cobertura de negociación colectiva.

Participar en redes transfronterizas de sindicatos, mediante la firma de acuerdos para la protección de derechos de los trabajadores a lo largo de su ciclo de desplazamiento.

- Empleadores:

Abstenerse de realizar cualquier acto que implique intimidación, inclusión en listas negras, violencia o acoso hacia los trabajadores migrantes, o impedir que ellos se pongan en contacto con los sindicatos.

Otorgar información en un idioma que sea comprendido por los trabajadores con información sobre los derechos y las normas laborales.

Negociar colectivamente con los sindicatos abarcando a la totalidad de los trabajadores, teniendo en cuenta la interseccionalidad y sus problemáticas específicas.

Promover el dialogo social, y cooperar proactivamente tanto en los países de origen y destino para implementar y garantizar una gobernanza de la migración laboral en clave de derechos, desarrollando así un ciclo migratorio seguro.

- Justicia:

El acceso a la justicia para personas que se encuentran en movilidad, es fundamental.

Los trabajadores migrantes, al igual que todos los trabajadores, deben tener igualdad de acceso a la justicia contra la violación de los derechos

laborales, incluidas las restricciones a la participación sindical, sin temor a sufrir represalias por su condición o situación migratoria.

Los principales obstáculos son la falta de información, el desconocimiento sobre sus derechos, y cómo hacerlos efectivos en el sistema judicial, el temor a la deportación, la desconfianza en el sistema judicial y la falta de asesoría legal gratuita.

Según un estudio realizado por CIVICUS, en el año 2019¹⁷, se desprende que “casi tres de cada cuatro personas entrevistadas (74%) dijeron tener poco o ningún conocimiento de las leyes nacionales de su país de destino, mientras que el 84% afirmó tener poco o ningún conocimiento de la normativa internacional que protege sus derechos”.

Se deberá brindar asistencia legal, sobre todo a aquellos trabajadores cuya lengua materna no es el español. También, los servicios de la inspección laboral son fundamentales para garantizar la protección legal. Debiendo prestar especial atención, a aquellas personas que se encuentren en una situación irregular, en este punto la CEACR, estableció “ la Comisión recuerda su Estudio General sobre la inspección del trabajo, 2006, en el que señaló que la cooperación entre la inspección del trabajo y las autoridades de inmigración debería llevarse a cabo con prudencia, teniendo presente que el objetivo principal de la inspección es proteger los derechos y los intereses de los trabajadores, y mejorar sus condiciones de trabajo en vez de aplicar la Ley de Migración”¹⁸. Dicha cautela se relaciona con los conflictos existentes entre las leyes laborales y de inmigración, sobre todo en contextos o legislaciones donde se prioriza la seguridad nacional sobre la protección laboral¹⁹.

¹⁷ Este informe es el resultado de un proyecto de dos años asumido de manera conjunta por CIVICUS – la alianza global de la sociedad civil – y el Centro de Solidaridad, enfocado en la promoción de los derechos de las personas trabajadoras en todo el mundo. Titulado Libertades en movimiento. El espacio cívico de las personas trabajadoras migrantes y refugiados. Resumen ejecutivo, disponible en <https://www.civicus.org/index.php/freedoms-on-the-move>.

¹⁸ Promover una migración equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 105º Reunion, año 2016, d Párrafo 482, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf.

¹⁹ En Argentina, durante la vigencia del decreto 70/17 se consolidó el paradigma de seguridad, por sobre el principio emanado de la Ley 25.871, que entiende en su art. 4 a la migración como un derecho humano.

La falta de alineación entre las leyes laborales y las políticas inmigración pueden incentivar las restricciones de acceso a la justicia, sobre todo por el temor de deportación.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha señalado que “en los países donde el estatus migratorio tiene prioridad sobre los derechos de reparación, los trabajadores indocumentados pueden dudar si los frutos de su asociación y promoción valen el riesgo”²⁰

En la reunión preparatoria de la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Guadalajara, México, se aprobó —por unanimidad— la realización del Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, con especial énfasis en justicia con enfoque de género, de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas. Este protocolo, se alinea con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008), donde se reconoce a los en su regla número 6 que el “desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo”.

Si bien hasta el momento no se han realizado presentaciones judiciales, declarar la inconstitucionalidad del artículo 18 inciso C., primer supuesto de la Ley 23.551²¹.

²⁰ Op cit 10 párr. 43.

²¹ Para integrar los órganos directivos, se requerirá: a) Mayoría de edad; b) No tener inhabilidades civiles ni penales; c) Estar afiliado/a, tener dos (2) años de antigüedad en la afiliación y encontrarse desempeñando la actividad durante dos (2) años. El setenta y cinco por ciento (75%) de los cargos directivos y representativos deberán ser desempeñados por ciudadanos/as argentinos, el/la titular del cargo de mayor jerarquía y su reemplazante estatutario deberán ser ciudadanos/as argentinos.

4. Dialogo social y la migración laboral

El diálogo social constituye el núcleo central del mandato de la OIT y se considera fundamental para “la elaboración de una legislación y unas políticas transparentes y coherentes sobre migración laboral basadas en los derechos, que tengan en cuenta las necesidades del mercado de trabajo”²²

En su Estudio General de 2016²³, la CEACR reconoció «la función primordial» que desempeñan los interlocutores sociales en la gobernanza eficaz de la migración laboral, entre otras cosas «en relación con la elaboración, la aplicación y la adaptación continua de la legislación y la política en lo que respecta a la regulación de la migración laboral y a la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes».

Además, constituye la clave para el desarrollo de una migración laboral basada en derechos. Por ejemplo los Principios Generales y Directrices Prácticas de la OIT para el Reclutamiento Justo, instruye a los gobiernos para que consulten con las organizaciones de empleadores y trabajadores para garantizar el cumplimiento en todo el sector de la contratación de las leyes y reglamentos pertinentes (Pauta IV).

Se destacan los siguientes acuerdos multilaterales y de integración regional, esenciales para que el dialogo social y el tripartismo funcionen:

- Acuerdo Multilateral de Seguridad Social
- Acuerdo Regional de 2002 sobre Residencia para Nacionales de los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile.
- Declaración Sociolaboral del Mercosur.
- El Acuerdo Multilateral de Seguridad Social
- Foro Consultivo Económico y Social (FCES)

²² Reunión técnica tripartita sobre la migración laboral de la OIT, Ginebra, 4 a 8 de noviembre de 2013, Conclusiones, párrafo 8. Véase también: 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, 2006, pág. 8, Principio 6: «El diálogo social es esencial para formular una política de migraciones laborales adecuada, y debería promoverse y ponerse en práctica».

²³ Op. cit 18, parr. 131 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf.

- Plan Regional de Facilitación de la Circulación de Trabajadores en el Mercosur.
- Plan de Acción de Brasilia

Asimismo existen ejemplos de acuerdos bilaterales para la protección del derecho de libertad sindical a los trabajadores migrantes:

- Memorando de Entendimiento entre Bangladesh y Jordania en el Campo de Manpower, 2012, artículo 3: “Ambas partes se comprometen a preservar los derechos de los trabajadores y empleadores por la legislación y la ley en coherencia con los estándares internacionales y tratados al respecto”.
- Memorándum de Entendimiento sobre Movilidad Laboral Alianza entre la República de la India y el Reino de Dinamarca, 2009, artículo 4: “A menos que se disponga lo contrario en este memorando de entendimiento, las personas especificadas en el artículo 3, recibirán igualdad de trato con los nacionales del Estado Receptor en la aplicación de las disposiciones pertinentes leyes laborales y de empleo de ese Estado contratante”.
- Acuerdo de Cooperación Bilateral sobre Migración Laboral entre Italia y Sri Lanka, 2011, Preámbulo: “En cumplimiento de los principios de las disposiciones internacionales sobre los derechos de los migrantes y los derechos fundamentales de los trabajadores”
- Los acuerdos de Nueva Zelanda con las Islas del Pacífico bajo la RSE brindan un buen ejemplo: “Los trabajadores disfrutarán de la plena protección del empleo de Nueva Zelanda y la legislación sobre el lugar de trabajo, en particular la legislación relativa a las condiciones de trabajo seguras y se aplicará el pago de las tasas de salario mínimo. Los trabajadores son elegibles para afiliarse a sindicatos en acuerdo con esas leyes.”

A pesar de estos ejemplos, el informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2017 subrayó “en muchos países las políticas relativas a la migración, incluidas las que se centran en la migración laboral, corresponden mayormente al ámbito de los ministerios del interior, de inmigración o de

relaciones exteriores, que en general se ocupan más de los criterios para la admisión de extranjeros y de las cuestiones de seguridad conexas pero menos de una colaboración regular y sistemática con interlocutores sociales y otros agentes no gubernamentales”²⁴ .

Además, en el informe analítico “La Migración laboral temporal: desentrañar sus complejidades”²⁵, se señaló que “Tomando las normas de la OIT y de la ONU como marco normativo, y reconociendo y aprovechando el carácter complementario de los instrumentos del derecho internacional, los gobiernos y los interlocutores sociales de los países de origen y de destino pueden reforzar los mecanismos de diálogo social para mejorar la gobernanza de la migración laboral teniendo en cuenta las necesidades del mercado de trabajo y contribuyendo a la coherencia de las políticas.

La OIT considera que las políticas relativas a la migración, incluidas las que se centran en la migración laboral, corresponden mayormente al ámbito de los ministerios del interior (como es el caso de estudio), de inmigración o de relaciones exteriores, que en general se ocupan más de los criterios para la admisión de extranjeros y de las cuestiones de seguridad conexas pero menos de una colaboración regular y sistemática con interlocutores sociales y otros agentes no gubernamentales.

5. Colofón

Hay que avanzar en la implementación de políticas de carácter verdaderamente universal e inclusivo para que los migrantes puedan acceder a derechos en igualdad de condiciones con sus pares nacionales.

En estas líneas se pretendió abordar el planteo desde el punto de vista jurídico, y político, quienes en su conjunto deberían brindar una respuesta superadora. El otro migrante se presenta frente al espejo como doble, como

²⁴ Op. cit 18, párr. 59.

²⁵ Migración Laboral Temporal: desentrañar sus complejidades. Informe OIT, año 2022, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_859128.pdf.

recurso de los opuestos, para cuestionar la identidad. El doble surge como búsqueda del otro.

La mayor movilidad de la mano de obra abre objetivamente oportunidades para mantener y ampliar la práctica actual del ejercicio de la libertad sindical. El creciente número de trabajadores migrantes encierra un potencial natural importante para la afiliación sindical.

Las condiciones de trabajo y el nivel de remuneración que no se ajustan a las normas mínimas, sumados al abuso del que podrían ser objeto los trabajadores migrantes, son argumentos convincentes de que los sindicatos deben amparar a esos trabajadores.

Garantizar en la práctica el derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva de los trabajadores migrantes, de acuerdo con los principios universales que son ampliamente reconocidos, es un componente esencial en la prevención y la mejora de sus condiciones en el trabajo. También es un componente que propicia el ejercicio de otros derechos laborales. Además, la falta de protección laboral, debilita en su conjunto la protección de todos los trabajadores.

Las sociedades democráticas exigen debates que deben efectuar modificaciones que den cuenta de los reparos efectuados por los órganos de control de la OIT sobre algunos de sus aspectos. Para poder garantizar de manera efectiva los contenidos de la libertad sindical.

Hay que hacer frente a un debate necesario y complejo de la forma de gestionar las migraciones y cómo repercuten en el mercado laboral. La condición básica de la política migratoria basada en la gobernanza global de las migraciones implica gestionar la movilidad migratoria en beneficio de todos los trabajadores, más allá de su nacionalidad.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2003). “Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en AA.VV., *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta.
- MARSHALL, T. H. (2005). *Ciudadanía y clase social*. Buenos Aires, Losada.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2018). *Derechos Fundamentales, tutela y trabajo*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- FERRAJOLI, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- BAYLOS GRAU, A. (2004). *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete.
- MACEDO DE BRITTO PEREIRA, R. J. (2020). “Trabajadores inmigrantes indocumentados en tiempos de crisis y pandemia: exigencias morales y jurídicas para la repolitización de las fronteras”, *e-Revista Internacional de la Protección Social(e-RIPS)*. Vol. V . N° 2.
- MARSHALL, T. H. y BOTTOMORE, T. (1997). *Ciudadanía y clase social*. Madrid, Alianza editorial.
- MORENO GARCÍA, A. (1993). “La buena fe y los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*. Año nº 13. N° 38.

Recursos electrónicos

- GIANIBELLI, G. (2018). *Cuestiones conceptuales: cadenas de valor y acuerdos marco*. Disponible en <http://www.relats.org/documentos/PIICV.Gianibelli2018.pdf>.
- NACIONES UNIDAS (2020). *Derecho a la libertad de asociación de los migrantes y sus defensores*. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, A/HRC/44/42. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/right-freedom-association-migrants-and-their-defenders-report-special>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). Promover una migración equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 105° Reunion.

Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2022). *Migración Laboral Temporal: desentrañar sus complejidades*. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_859128.pdf.

TRIGUERO MARTINEZ, L. A. (2012). *Los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores Migrantes*, Granada. Disponible en <http://hdl.handle.net/10481/22231>.