THOMSON REUTERS
LA LEY

REVISTA DE DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

VOLUMEN II N° 1 - 2014

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

Fundamentos de la protección del trabajador migrante: Problemas nuevos versus cuestiones viejas*

Pablo Arellano O.**
Sergio Gamonal C.***

1. Los trabajadores olvidados por el derecho del trabajo: los migrantes

El derecho del trabajo comienza su desarrollo unido a la Revolución Industrial en Inglaterra, a inicios del siglo XIX, por medio de leyes que tímidamente buscaban tutelar a los niños de las durezas del trabajo industrial[1].

La historia es larga y por todos conocida. Durante el siglo XIX se van conformando distintas tendencias que permitirán la consolidación, en el siglo XX, del derecho del trabajo propio de las economías desarrolladas. Confluyen en esta tendencia el movimiento sindical, las corrientes políticas socialdemócratas y marxistas, la doctrina social de la Iglesia Católica, y el convencimiento de que el Estado no puede quedar ajeno al destino de los trabajadores.

Tres hechos específicos terminan por consolidar la idea de protección del trabajador. El primero está dado por la Primera Guerra Mundial, que implica la necesidad de que el movimiento obrero participe y apoye a los gobiernos en conflicto, lo cual redundará, en una elevación del status sindical[2].

---

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en inglés bajo el título "Foundations of mobile workers' protection: new problems versus old issues", en The Eleventh International Conference in Commemoration of Profesor Marco Biagi, The transnational dimension of labour relations: a new order in the making? The transnational dimension of labour relations: a new order in the making, congreso realizado los días 18 y 19 marzo de 2013, organizado por la Fondazione Marco Biagi y la Universita degli Studi di Modena e Regio Emilia, Modena, Italia.

** Para este autor este trabajo forma parte de los proyectos Fondecyt Iniciación N° 11121677, "La coordinación de sistemas de seguridad social: Estudio comparado Unión Europea e Iberoamérica" y del Proyecto DID N° S-2012-44 Universidad Austral de Chile, "Los mecanismos de coordinación de sistemas de seguridad social: Europa e Iberoamérica".

*** Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez.

1 Ramm, Thilo (1994), "El *Laissez-Faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado", *La Formación del Derecho del Trabajo en Europa*. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945. Traducción de José Rodríguez de la Borbolla, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, pp. 104 y ss.

2 Por ejemplo, en Gran Bretaña: "En realidad, la guerra hizo necesario incrementar notablemente el número de trabajadores en la fabricación de armamentos y las industrias mecánicas, y el Gobierno se vio en la necesidad, antes de que hubiera transcurrido un año desde la iniciación del conflicto bélico, de pedir a los sindicatos el sacrificio sin precedentes de su renuncia, mientras durara el conflicto, a todo el entramado de 'condiciones sindicales' que había sido construido lentamente, por

El segundo hecho está dado por la Revolución Rusa, de 1917, cuya exitosa consolidación causa gran temor en Europa occidental, frente a la posibilidad de que situaciones revolucionarias análogas a las de Rusia pudieran producirse en otras naciones. Claramente un camino de resistencia está dado por la mejora de las condiciones laborales de la clase obrera, conformando la finalidad de "pacificación social" que tiene el derecho del trabajo, esto es que, junto con proteger a los obreros de la arbitrariedad patronal, este derecho permite el logro no menor de consolidar el sistema capitalista controlando a los sindicatos y cautelando también los intereses de los empresarios[3].

El tercer hecho está dado por la Revolución Mexicana de 1917, que genera la Constitución de Querétaro, aún vigente, y que es el primer texto constitucional en incluir derechos económicos y sociales (y obviamente laborales) dentro del catálogo de derechos humanos. Luego, en 1919 le seguirá la Constitución de Weimar.

En este contexto histórico se consolidará la idea de la necesidad de proteger al trabajador, lo cual generará como hito de vital importancia, la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el mismo Tratado de Paz de Versalles.

Se trata de un proceso capitalista, donde la sobrevivencia del sistema se basa en la mejora relativa de la clase trabajadora[4]. Se trata, también, de una redistribución de poder que reconoce agencia a los trabajadores.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, entre 1945 y 1973, tenemos los años del esplendor o mayor desarrollo del derecho del trabajo[5].

Este derecho protector se expandió a otras latitudes, a Estados Unidos por la Ley Wagner de 1935 y a América Latina que, desde el primer decenio del siglo XX, adoptó algunas leyes laborales y que en 1931 ya contaba con dos Códigos del Trabajo (de Chile y de México). Luego del proceso de descolonización a mediados de siglo,

medio del esfuerzo de muchas generaciones, para la protección del nivel de vida de los trabajadores. Estas enormes exigencias al patriotismo de los obreros sólo podían cumplirse si se conseguía contar con el apoyo de los representantes oficiales del mundo sindical, a los que, en realidad, se otorgó un papel único y sin precedentes, el de verdaderos representantes diplomáticos de la clase obrera". Cfr. Webb, Sidney y Webb, Beatrice (1990), *Historia del Sindicalismo, 1666-1920*, traducción de Antonio Gimeno, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, p. 592.

3 Däubler, Wolfgang (1994), *Derecho del Trabajo*, traducción de Pío Acero y María Paz Acero, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, pp. 93 y ss.

4 Palomeque es explícito al respecto: "La burguesía más consciente había logrado entender que la alternativa presentada por la lucha social no era otra que reforma-revolución, y que lo más conveniente a todas luces para el orden burgués, era apartar a las clases trabajadoras de las predisposiciones revolucionarias, mediante una política de concesiones y reformas". Cfr. Palomeque López, M. Carlos (1995), *Derecho del Trabajo e Ideología*, 5ª edición revisada, Madrid, Tecnos, p. 113.

5 Para algunos desde 1935 a 1970. Cfr. Ojeda Avilés, Antonio (2010), *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La ley, pp. 45 y ss.

también se expande a algunos de los nuevos países. También encontramos derecho del trabajo en los países del extremo oriente como Japón, Corea y Taiwán.

Obviamente, los estándares en general no son de nivel europeo, pero la idea protectora y sus técnicas son similares.

Cabe precisar que este derecho laboral tuvo trabajadores olvidados. La mujer, los inmigrantes, los ilegales y los obreros del sector informal tendieron a quedar fuera de protección. Por tanto, el tema de este artículo no es nada nuevo, sólo que en la actualidad la globalización ha agudizado estos problemas y ha precarizado a numerosos trabajadores que estaban antes bajo el amparo protector del clásico derecho laboral.

Primero revisaremos la situación general de los trabajadores migrantes, así como los instrumentos internacionales de protección existentes. Luego, nos detendremos en los aspectos de seguridad social de los migrantes, enfatizando la gran precariedad de estos trabajadores nómades, y finalmente haremos algunas sugerencias de cómo debiera regularse el tema de los trabajadores migrantes, desde la óptica de las propuestas de segunda generación, de las propuestas basadas en los derechos y de las propuestas institucionales.

2. Globalización y migraciones en el siglo XXI: cambio en los ejes de poder

En la década de los ochenta, se inicia la crisis del derecho del trabajo. En estos tiempos ha predominado la revolución neoliberal y hoy en la Globalización nos encontramos con un mundo en donde el centro de poder se ha desplazado a los oscuros y anónimos recovecos del poder financiero y de las empresas transnacionales.

En este contexto no es de extrañar que el derecho laboral esté en crisis. El ideal neoliberal es el trabajador sin ningún derecho, como una simple mercancía, desechable en palabras de David Harvey[6] y los flujos migratorios colaboran en la extensión de este ideal.

Los actuales movimientos migratorios, en contra de lo que intuitivamente pudiera pensarse, son mucho menores que en otras épocas históricas, dado que los países ricos imponen diversas trabas (Europa), aunque por otro lado se crean nuevas vías de migración (Asia)[7].

En la actualidad la migración legal es más propicia respecto de los trabajadores calificados, conformando la denominada "fuga de cerebros" de los países más pobres[8]. Respecto de los trabajadores no calificados, en sectores como la agricultura,

6 Harvey, David (2007), *Breve Historia del Neoliberalismo*, Madrid, Ediciones Akal, p. 185.

7 Gunter, Bernhard G. y Van der Hoeven, Ralph (2004), "La cara social de la globalización, según la bibliografía especializada", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 123, núm. 1-2, pp. 28 y 29.

8 Gunter y Hoeven, 2004, p. 29.

servicio doméstico o construcción, existen muchos abusos y precariedad, además de condiciones degradantes, por ejemplo, en los trabajos que implican servicios sexuales.

Debemos distinguir entre el trabajador migrante legal del ilegal. El migrante legal debe reunir una serie de requisitos y no está a salvo de discriminaciones (raciales, género, nacionalidad, etc.). Aunque esté con sus papeles al día puede ser objeto de numerosos abusos en el país receptor. Peor aún es el caso del migrante ilegal o en situación irregular, que también es un trabajador abusado.

En ambos casos, el temor a ser deportado se agrega al ya natural déficit de poder del trabajador frente al empleador. Esto último, unido a la falta de control estatal de estos abusos constituye un incentivo a la explotación y el crecimiento del mercado informal[9]. Complementariamente, los trabajadores legales y nacionales también pierden poder frente a la posibilidad de que los empleadores contraten inmigrantes ilegales, mucho más baratos y de los que pueden abusar y despedir con total impunidad[10].

Las leyes de inmigración juegan un rol constitutivo en la precariedad laboral de los migrantes. La precariedad está dada por el estatus que puede variar desde la ilegalidad hasta la ciudadanía, con categorías intermedias como la temporalidad permanente (*permanent temporariness*) o transitoria (*transitional temporariness*) [11].

En Canadá, por ejemplo, los trabajadores migrantes no calificados tienen diversos límites para buscar otros trabajos, su movilidad en el mercado está restringida y requieren de la ayuda de sus propios empleadores. Constituyen una fuerza de trabajo estable y precaria a costa de sus derechos[12].

Incluso, como ha sugerido Thomas, la prohibición penal del tráfico de migrantes no ha reducido su incidencia e incluso ha exacerbado sus peores características[13]. Además, los instrumentos adoptados, como por ejemplo el protocolo sobre tráfico de personas, utiliza un lenguaje perentorio respecto de la criminalización de estas conductas y sólo aspiracional (no obligatorio) respecto de las víctimas y la protección de sus derechos humanos[14].

9 Taran, Patrick A. y Geronimi, Eduardo (2003), *Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, p. 6.

10 Thomas, Chantal (2010), "Undocumented Migrant Workers in a Fragmented International Order", *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25, p. 226.

11 Fudge, Judy (2012), "Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 34, pp. 96 y ss.

12 Fudge, 2012, pp. 121 y 122.

13 Thomas, 2010, p. 188.

14 Thomas, 2010, p. 210.

La precariedad de los trabajadores migrantes muchas veces es ocultada o ignorada por los Estados[15]. Muchos Estados toleran estos abusos y aunque se declaran en favor de los derechos humanos nada hacen para reprimirlos, utilizando de esta manera mano de obra barata y "desechable"[16]. En el caso de Estados Unidos, luego de los atentados del año 2011, la situación de los trabajadores inmigrantes incluso ha empeorado[17].

No obstante existir tratados internacionales que buscan tutelar a los migrantes, como el Convenio N° 97, de 1949, de la OIT, el Convenio N° 143, de 1975, de la OIT y la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias, de 1990, el panorama no es para nada alentador.

Estos instrumentos internacionales son incompletos, dado que no hacen referencia al caso de los migrantes con residencia temporal o restricciones de trabajo. Además, reconocen el principio de la soberanía nacional en el tema de la inmigración, lo que permite la precarización del trabajo de los migrantes[18]. Por último, no han sido ratificados por muchos países.

Por otro lado, desde su redacción hace ya varios años, ha habido cambios importantes en la situación de los migrantes, como por ejemplo, el aumento del rol que cumplen las agencias privadas de intermediación, la feminización de los migrantes sobre todo en los servicios sexuales, el crecimiento de la transitoriedad de algunas labores efectuadas por migrantes y el aumento excesivo de la inmigración irregular[19].

En la Unión Europea la Directiva 2009/52/CE por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, establece en su art. 6° la obligación de

15 Desde una perspectiva ideológica, en el caso de los trabajadores migrantes de temporada, por ejemplo, se presenta esta situación como algo casi natural y mutuamente beneficioso para los actores involucrados. Aparentemente, los migrantes transitorios aprovechan la oportunidad de obtener residencia o permiso permanente (lo que pocas veces se concreta) y, desde esta perspectiva "neutral" aceptan gozar de menos derechos. Pero la temporalidad permite disminuir derechos a los migrantes y aumentar el control estatal, así como invisibilizar la falta de paridad en el trato entre trabajadores de alta cualificación y de baja cualificación. Por otra parte, las empresas ganan en flexibilidad y los Estados aumentan su productividad y en tiempos de recesión "exportan" o devuelven a estos migrantes a sus países de origen lo que permite invisibilizar el desempleo. Vid. Dauvergne, Catherine y Marsden, Sarah (2011), *The Ideology of Temporary Labour Migrations in the Post-Global Era*, disponible en la web: http://www.migrantworkersrights.net/en/resources/the-ideology-of-temporary-labour-migration-in-the- (visitada el 21 de enero de 2013), pp. 5, 12 y 15.

16 Taran y Geronimi, 2003, pp. 7 y ss.

17 García, Rubén J. (2012), *Marginal Workers*, New York, New York University Press, p. 69.

18 Fudge, 2012, p. 123.

19 Cholewinski, Ryszard (2006), "International labour law and the protection of migrant workers: revitalizing the agenda in the era of globalization", *Globalization and the Future of Labour Law*, editado por John D. R. Craig y S. Michael Lynk, New York, Cambridge University Press, p. 417.

los empleadores de pagar las remuneraciones atrasadas, las cotizaciones sociales e impuestos, y el coste derivado de los envíos atrasados al país al que haya retornado o haya sido devuelto el nacional del tercer país. Luego precisa que deben crearse mecanismos para cobrar efectivamente estos créditos, así como responsabilidad subsidiaria o solidaria en el caso de la subcontratación.

Con todo, esta Directiva no ha tenido aplicación generalizada, Dinamarca, Reino Unido e Irlanda quedan fuera de esta normativa y muchos Estados hicieron reservas acerca de su contenido[20].

La adopción de normas de *soft-law* (no vinculantes) tampoco ha solucionado la situación de los migrantes. En el año 2005 la OIT adoptó el *Multilateral Framework on Labour Migration*, y la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) adoptó en el 2006 el *Framework on Migration*. La esterilidad del *soft-law* para tutelar a los trabajadores ha sido evidente en los tratados de libre comercio y es difícil que pueda operar en otros casos[21].

La perspectiva global es de un orden internacional fragmentado, donde por un lado están las regulaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), por otro, están los tratados sobre derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de la ONU sobre migrantes o los Convenios de la OIT, y por último, la penalización por medio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000, y sus protocolos, contra el contrabando de migrantes y el tráfico de personas[22].

De todos estos instrumentos, los de la OMC cuentan con un sistema de solución de controversias que favorece su aplicabilidad y obligatoriedad. A diferencia de los relativos a derechos humanos y los relativos a delincuencia organizada que adolecen de la fragilidad que caracteriza a los instrumentos de derecho internacional público[23].

3. Migraciones e inseguridad global

No sólo la libertad individual y colectiva de los trabajadores se ve afectada por los procesos migratorios y su relación con la globalización neoliberal.

20 Inghammar, Andreas (2010), "The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Inmigration Policy and Employment Law", *European Journal of Migration and Law*, N° 12, p. 199.

21 Gamonal C., Sergio (2011),"Labour Obligations in the USA-Chile Free Trade Agreement: The Illusion of Soft Law", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 27 N° 4, pp. 407 y ss.

22 Thomas, 2010, pp. 196 y ss.

23 Thomas, 2010, p. 208.

Los derechos relativos a la protección de riesgos sociales se ven igualmente vulnerados por los flujos migratorios. Así, por ejemplo, el nacional de país X en donde trabajaba se desplaza para trabajar en un país Y, por el hecho de salir del sistema de seguridad social de sus país X y entrar en el Y, verá limitada la posibilidad de obtener beneficios tales como salud y vejez. Las prestaciones sociales son a menudo limitadas por las legislaciones nacionales a tiempos de afiliación o tiempos de residencia o tiempos de cotización. Por tanto, la migración trae como consecuencia que el beneficio en curso de adquisición será perdido. Para evitar la pérdida de estos derechos se han creado una serie de mecanismos que buscan dar continuidad a las prestaciones. Sin embargo, esto no siempre se logra.

3.1. Inseguridad social inherente del migrante

Antes de referirnos a los mecanismos actuales, nos gustaría hacer una pequeña referencia a la protección de riesgos sociales y migraciones. Esta desprotección producto de las migraciones no podemos considerarla como un fenómeno nuevo. Primero que nada, el hombre desde que existe que se está moviendo a través del planeta y se ha desplazado desde una parte a otra del globo o a través de distintas regiones. En la medida que las distintas sociedades se han ido desarrollando el hombre se ha ido moviendo. Una de las principales razones para estos desplazamientos es por trabajo, buscando mejores condiciones de vida. Desde que se han formado las sociedades, desde que encontramos los primeros orígenes de las sociedades, como son las sociedades agrícolas, el hombre tenía necesidades. En el origen de las sociedades el hombre tiene una necesidad básica: comer. Entonces, aparecen lo que podemos denominar los primeros riesgos sociales. Las sociedades evolucionan y van adoptando distintos riesgos a proteger. Llegamos a nuestros días en que tenemos una serie de riesgos que se denominan en seguridad social los riesgos sociales clásicos[24]. La sociedad contemporánea o post moderna opta entonces por una serie de riesgos a proteger. Entonces, a lo largo de la historia el hombre siempre ha tenido una serie de riesgos de protección dentro de los distintos tipos de sociedades. Debemos recalcar que dentro de la evolución de las sociedades el hombre ha constantemente migrado.

Debemos señalar además que el hombre cuando migra no lo hace solo. Un número importante de los migrantes se desplaza en forma individual; sin embargo, su movimiento produce efectos también en su familia. Ya sea porque viaja con su familia o porque le migración afecta directamente el nivel de vida de ésta. Entonces, las estadísticas que se manejan no necesariamente reflejan el impacto del fenómeno. No basta con contar individualmente quienes se desplazan. No basta con proteger

24 Según el Convenio N° 102 de la OIT las 9 ramas clásicas de la seguridad social son : Asistencia Médica, Nacimiento o maternidad, Salud, Vejez, Invalidez, Muerte, Sobrevivencia, Cesantía y Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales

sólo al migrante. Es por ello que se estudia y se analizan dentro de este tema las remesas de dineros de un país a otro, y así poder cuantificar con otros criterios el impacto de la presencia de nacionales en otros países.

Existe, además, una cierta relación que se puede establecer entre los trabajos precarios, los trabajos temporales o trabajos sin mucha regulación que afectan a los trabajadores migrantes. Además, hay que observar la relación entre los países que envían y los países que reciben de estos trabajadores migrantes, en miras de su protección y a la entrega de prestaciones básicas. Tenemos que ver también que las relaciones de las instituciones de los países que van a regular a los migrantes, las cuales pueden resultar frágiles, tanto en el país que envía, en el país que recibe o en ambos.

Frente a las situaciones descritas resulta necesario buscar el cómo encontrar un mecanismo mediante el cual el derecho, y más particularmente la seguridad social, responda a estos problemas. Si bien se trata de un problema global se debe señalar desde ya que el fenómeno produce efectos adversos más graves en el hemisferio sur que en el hemisferio norte.

3.2. Protección de las prestaciones[25]

Como ya hemos señalado existen instrumentos en materia de derechos humanos y otros de la OIT que protegen al migrante. En este trabajo no desarrollaremos aquellos relativos a normas de derechos humanos. Dentro de los instrumentos de la OIT encontramos algunos en materia de seguridad social adoptados con el objeto de poder regular y favorecer la protección de seguridad social de estas personas que se desplazan[26]. Estos instrumentos han establecido ciertos principios a través de los cuales se busca proteger los derechos a la seguridad social de los trabajadores migrantes. En este quehacer podemos notar además que ha habido una evolución en el contenido de estos convenios.

Los principios que ordenan estos instrumentos son[27]:

25 Para más detalle sobre lo que se trata en este acápite ver Arellano Ortiz, Pablo (2013), "Trabajadores migrantes y seguridad social: aproximación nacional e internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a sus prestaciones, I Parte", *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Departamento de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol. 3, N° 6, pp. 87-109.

26 Hirose, Kenichi; Nikac, Milos y Tamagno, Edward (2011), *Social security for migrant workers. A right-based approach*, International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Eastern Europe – Budapest, ILO, pp. 6 y ss.

27 Para más detalle sobre cada uno de estos principios ver Arellano Ortiz, Pablo (2013), "Social Security Protection for Migrants: A Need for Legal Intervention", in Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gisjbert Vonk (eds.), Bulletin of Comparative Labour Relations Vol. 84, *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer, pp. 31- 45; Arellano Ortiz, Pablo (2013), "Trabajadores migrantes y seguridad social: aproximación

a) Igualdad de trato
b) Determinación de la legislación aplicable para asegurar
c) Mantenimiento de los derechos adquiridos
d) Mantenimiento de derechos en curso de adquisición
e) Colaboración administrativa y técnica entre instituciones nacionales con el objeto de facilitar la gestión a los beneficiarios.
f) Reciprocidad

Los instrumentos relativos a la protección de trabajadores migrantes emanados de la OIT han sido adoptado en dos períodos muy diferentes[28]: el primero en 1949, después de la Segunda Guerra Mundial, y más tarde, en 1975, a raíz de la crisis del petróleo de 1973.

En el primer período los instrumentos fueron adoptados debido, entre otras razones, al interés por facilitar el movimiento del excedente de mano de obra de Europa a otras partes del mundo. Las disposiciones del Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado) N° 97, de 1949 y de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada) N° 86, de 1949 complementaria se centran en las normas aplicables a la contratación de trabajadores migrantes para el empleo y a sus condiciones de trabajo.

En el segundo período a los gobiernos les preocupaba cada vez más el desempleo y el aumento de la migración irregular, por lo que se produce un cambio de enfoque. Así se dejó de incentivar la migración del excedente de mano de obra y la atención pasó a centrarse en controlar los flujos migratorios. La OIT adopta en esta etapa dos nuevos instrumentos: el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) N° 143, de 1975 y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes N° 151, de 1975. Se puede afirmar que estos instrumentos constituyen el primer intento multilateral de abordar el problema de los migrantes irregulares y también de buscar el estableciemitno de sanciones contra los "traficantes" de personas.

En cuanto a la protección que entregan las prestaciones de la seguridad social a los trabajadores migrantes la situación es bastante compleja por las características propias de esta rama. Ello debido a que los derechos a las prestaciones son establecidos como ya hemos señalado en función de la duración del empleo, de

nacional e internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a sus prestaciones, I Parte", *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Departamento de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Vol. 3, N° 6, pp. 87-109; Hirose, Kenichi; Nikac, Milos y Tamagno, Edward (2011), *Social security for migrant workers. A right-based approach*, International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Eastern Europe – Budapest, ILO, pp. 6 y ss.

28 OIT (2004), *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*, Informe VI, Sexto punto del orden del día Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión, p. 86.

las cotizaciones o de la residencia, por lo tanto, estos trabajadores corren el riesgo de perder sus derechos a las prestaciones de seguridad social en su país de origen debido a una ausencia prolongada y estar al mismo tiempo sometidos a condiciones restrictivas en el país de destino. En este sentido, la OIT ha señalado que para los trabajadores migrantes es particularmente importante[29]: *a)* tener el mismo acceso a la cobertura y el mismo derecho a las prestaciones que los nacionales; *b)* conservar los derechos adquiridos al irse del país (incluida la exportación de las prestaciones) y *c)* poder acumular derechos adquiridos en países diferentes. De esta manera, diversas normas internacionales de la OIT buscan de alguna manera poder darle una respuesta al migrante en relación a los tres puntos enunciados.

En todas las normas de la OIT relativas a la seguridad social vigentes se determina a quienes están protegidos sin tener en cuenta la nacionalidad y en casi todas ellas hay cláusulas similares sobre la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los extranjeros en el país de inmigración. Así encontramos diversos convenios que incluyen a los migrantes en sus normas relativas al campo de aplicación personal. En el Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo) N° 19, de 1925, se establece específicamente el derecho a la igualdad de trato de los trabajadores extranjeros de cualquier otro Estado que haya ratificado el Convenio, en lo relativo a la indemnización en caso de accidentes de trabajo, incluyéndose la exportación de las prestaciones de los trabajadores extranjeros. De una manera más genérica el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) N° 118, de 1962, se estipula el derecho a la igualdad de trato en las nueve ramas clásicas de la seguridad social[30].

El principal convenio de la OIT sobre seguridad social, el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) N° 102, 1952, consagra su Parte XI totalmente a la igualdad de trato de los residentes no nacionales. Se establece entonces que en el establecimiento de una sistema nacional de seguridad social se debe tener en cuenta la cuestión migratoria. El artículo 68 de dicho Convenio establece: "*1. Los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales y para los nacionales nacidos fuera del territorio del Miembro, en lo que respecta a las prestaciones o partes de prestaciones financiadas exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos, y en lo que respecta a los regímenes transitorios.*

2. En los sistemas de seguridad social contributivos cuya protección comprenda a los asalariados, las personas protegidas que sean nacionales de otro Miembro que haya aceptado las obligaciones de la parte correspondiente del Convenio deberán tener, respecto de dicha parte, los mismos derechos que los nacionales del Miembro interesado. Sin embargo, la aplicación de este párrafo podrá estar condicionada a la existencia de un acuerdo bilateral o multilateral que prevea la reciprocidad".

29 OIT (2004) p. 88.

30 Ramas establecidas en el Convenio N° 102.

En cuanto a la conservación de derecho de seguridad social el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social N° 157, de 1982 y la Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social N° 163, de 1983, constituyen una evolución en las normas de la OIT en esta materia formando un sistema internacional para el mantenimiento de los derechos adquiridos, o en curso de adquisición, de los trabajadores que trasladen su residencia de un país a otro, y para asegurar una protección real de las prestaciones adquiridas en el extranjero cuando regresen a su país de origen.

El siguiente un cuadro refleja el número de ratificaciones de los principales instrumentos de la OIT relativos a los migrantes y a la protección de seguridad social de éstos.

Convenio	Ratificaciones
Convenio N° 19	121 países
Convenio N° 48	12 países (4 denuncias)
Convenio N° 102	49 países
Convenio N° 118	38 países (1 denuncia)
Convenio N° 157	4 países

Fuente : Ilolex visitado el 2 de febrero de 2014, 17.00 hrs.

Al parecer existe una baja tasa de ratificación de los instrumentos internacionales de la OIT que protegen las prestaciones de seguridad social del migrante. De esta manera, se puede afirmar el marco internacional no ha tenido el impacto querido. Sin embargo, existen experiencias regionales y nacionales importantes a través de medidas unilaterales, bilaterales y las multilaterales, que tienden a coordinar las legislaciones permitiendo así que los trabajadores no vean disminuidos sus derechos a prestaciones.

Las medidas unilaterales son aquellas que son adoptadas por el Estado anfitrión o por el Estado que envía a los migrantes, a fin de proteger a los migrantes en su territorio o a sus nacionales en el extranjero. Se trata entonces de una decisión soberana de un país que pretende entregar cobertura de seguridad social a poblaciones móviles y frágiles. Ejemplos de estas medidas se pueden encontrar en diversas partes del globo. Se pueden destacar las experiencias en Asia y en Oceanía, en donde no existen por el momento acuerdos regionales en materia de coordinación de sistemas de seguridad social. Filipinas es un caso interesante que ha optado por adoptar medidas unilaterales[31], a un nacional filipino emigra la legislación de su país lo protege en el extranjero.

Las medidas bilaterales y multilaterales son las que tienen más larga data. Éstas consisten en la celebración de convenios de seguridad social bajo la premisa los trabajadores que pagan cotizaciones en dos o más países para cubrir el mismo riesgo

31 Hirose y otros, 2011, p. 14.

no pierdan los períodos cotizados o los derechos adquiridos cuando se desplazan a otro país. Así, lo aportado al sistema de seguridad social en un país en donde no han completado suficientes cotizaciones para adquirir el derecho a la prestación servirá en el otro país para poder adquirir la misma prestación. Estos convenios de seguridad social contienen disposiciones para una o varias ramas de la seguridad social de los países involucrados o se referirán al sistema en su conjunto. En general, se regulan las prestaciones relativas a pensiones y a la salud.

Actualmente, se puede notar una fuerte tendencia a la implementación de mecanismos de coordinación regionales, sobre todo ya que éstos permiten una mayor integración. Estos intentos regionales se presentan en diversas partes del globo[32], no siendo una estrategia exclusiva de países con un alto nivel de desarrollo.

Los primeros en establecer reglas regionales en esta materia fueron las Comunidades Europeas. Se ha obervado una evolución desde primitivas reglamentaciones de los años 1950 hasta los recientes reglamentos 883/2004 y 987/2009[33] de la Unión Europea. La reglamentación europea permite la co-existencia de prestaciones de seguridad social de modelos de estado de bienestar diferentes dentro del mismo mecanismo. Se incluyen además prestaciones contributivas así como no contributivas de todas las ramas de la seguridad social. Constituye un modelo a seguir tanto por su detalle como por su ámbito de aplicación[34].

En otras regiones también se pueden observar intentos legislativos que permiten al migrante obtener prestaciones que los protegan ante el acaecimeinto de riesgos social. La región latinoamericana ha tenido una serie de intentos de coordinación

[32] Sobre los ejemplos de acuerdos multilaterales regionales ver: Hirose y otros, 2011, p. 49; Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gisjbert Vonk (eds.) (2013) Bulletin of Comparative Labour Relations Vol. 84, *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer.

[33] Sobre la coordinación europea ver Sánchez-Rodas, C. (Dir.) (2010), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum; Jorens, Yves (Ed.) *50 years of social security coordination. Past – Present – Future, Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security*, European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Publication Office of the European Union, y Maudet-Bendahan, Marilyn (2012), *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, París, Bibliothèque de Droit Social, Tome 57, L.G.D.J.

[34] Para una comparación entre los mecanismos Europeos y Latinoamericanos ver Arellano Ortiz, Pablo y Briganti, Francesco (2012), "Europa y América Latina: encuentros y desencuentros en la búsqueda de la coordinación de los sistemas de seguridad social", in Programa de Estudios Europeos UDEC, *Europa y América Latina. Dos caminos, ¿un destino común?*, Programa de Estudios Europeos Universidad de Concepción, RIL Editores, pp. 125-155. Para un informe sobre los modelos sociales ver: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Subsecretaría de Estado de la Seguridad Social, España, "El modelo social europeo y los procesos de reforma de la seguridad social en los países latinoamericanos", Conferencia de Ministros de Seguridad Social de Europa y Latinoamérica, Valencia, 13, 14 y 15 de mayo de 2002.

regional y subregional[35], algunos con más éxitos que otros. Se puede citar las normas establecidas en el Mercosur[36], en la Caricom[37] y también en la Comunidad Andina[38]. Sin embargo, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social[39] ha llevado la protección de la seguridad social de los migrantes en esta región a un nivel superior. Se debe destacar además que la región no tiene una unión política y que se incluye además a Portugal y España.

Por su parte, en África encontramos a la Conferencia Inter Africana de Previsión Social (Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale[40]), CIPRES, que en 1996, adoptaron un Convenio Multilateral de Seguridad Social del CIPRES (Convention Multilatérale de Sécurité Sociale) siendo un acuerdo sin precedentes para esta región. Lamentablemente, este convenio aún no entra en vigor por falta del número suficiente de ratificaciones para ello. Además, en el mismo continente encontramos la Comunidad para el Desarrollo Sudafricano (SADC)[41], en cuyo seno se estudia desde hace ya algún tiempo la posibilidad de adoptar algún tipo de instrumento para proteger a los trabajadores migrantes que circulan en los países miembros de dicha comunidad[42].

4. Conclusiones: derechos y consecuencia política

¿Qué hacer frente a esta difícil situación? Hay numerosas propuestas que agruparemos de la siguiente forma: propuestas de segunda generación, propuestas basadas en los derechos y propuestas institucionales.

[35] Vid. Arellano Ortiz, Pablo (2012), "New developments in social security protection for migrants in Latin-American region", presentado en la Conferencia "Acces Denied. Working on a new paradigm, International conference on social protection and migration", organizada por la Universidad de Amsterdam, Holanda, realizada los días 13 y 14 de marzo de 2012.

[36] Más detalles sobre este acuerdo subregional en http://www.mercosur.int/

[37] Más detalles sobre este acuerdo regional en http://www.caricom.org/index.jsp

[38] Más detalles sobre este acuerdo subregional en http://www.comunidadandina.org/

[39] Al respecto ver www.oiss.org. Además, ver al respecto: Arellano y Briganti, 2012; Arellano, 2012; Sánchez-Rodas, C. (2011) "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", IUSTEL, junio 2011, y Jiménez, Adolfo (2011) "Una experiencia inédita", en *Miradas al Exterior*, Revista de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, ABRIL-JUNIO 2011. N°18, p. 19,

[40] Reunión de 15 países de habla francesa.

[41] Sobre esta comunidad ver http://www.sadc.int/

[42] Olivier, Marius (2012), "Social security developments in the SADC region and future prospects for coordination", trabajo presentado en el seminario "Seguridad social y trabajadores migrantes", realizado el día 24 de septiembre 2012 - Auditorio 4, Edificio Nahmías, U. Austral de Chile, Campus Isla Teja, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile.

Propuestas de segunda generación: Buscan un cambio de sistema, o sea, una reformulación del sistema internacional, que sea menos neoliberal y más social, etc. Hasta el momento, este tipo de ideas han carecido de apoyo político[43].

Una interesante propuesta interdisciplinaria es la sugerida por Vosko, quien considera los siguientes principios para elaborar una alternativa frente al abuso generalizado de los trabajadores migrantes: principio de paridad, principio de inseparabilidad de los derechos humanos y de los derechos laborales, principio que disponga de un estatuto legal de los migrantes independiente de su género, situación familiar o laboral, principio de internacionalización y principio de transculturalismo[44]. El problema es que estamos a años luz de que haya acuerdos en estos lineamientos.

Propuestas basadas en los derechos: Otra alternativa es recurrir a los Convenios esenciales de la OIT que tutelan derechos humanos básicos[45], y que están en la *Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo*, de 1998. Pero esta vía queda sujeta a la interpretación que se haga de los mismos, y a su falta de coercibilidad.

Un matiz de la anterior constituye el llamado a adoptar normas laborales nacionales que recojan los estándares de la OIT[46].

Por otra parte, es posible intentar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que asegura a todas las personas la no discriminación (art. 2.1) y el derecho a organizarse y fundar sindicatos (arts. 22.1 y 22.2). Pero esta vía también queda sujeta a la interpretación que se haga de este instrumento y a la falta de coercibilidad individual de estos tratados[47].

Una propuesta interesante ha sido la sugerencia de utilizar la Convención de la ONU sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por más de 180 países, y que, por lo tanto, goza de amplia cobertura en el mundo. Esta Convención garantiza la equidad sustancial respecto de las mujeres y obliga a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación por parte de cualquiera persona, organización o empresa[48].

[43] Gunter y Van der Hoeven, 2004, p. 38.

[44] Vosko, Leah F. (2011), "Out of the Shadows? The Non-Binding ;unilateral Framework on Migration (2006) and Prospects for Using International Labour regulation to Forge Global Labour Market Membership", *The Idea of Labour Law*, editado por Guy Davidov y Brian Langille, New York, Oxford University Press, pp. 380 y ss.

[45] Fudge, 2012, p. 130.

[46] Gunter y Van der Hoeven, 2004, p. 35.

[47] Thomas, 2010, p. 202.

[48] Hainsfurther, Jennifer S. (2009), "A Rights-Based Approach: Using CEDAW to Protect the Human Rights of Migrant Workers", *American University International Law Review*, vol. 24 N° 5, p. 847.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, *relativa a la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*, enfatiza que "el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*"[49].

Respecto de los migrantes indocumentados la Corte Interamericana señala: "Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos"[50].

Sobre los derechos laborales de los migrantes indocumentados la Corte enfatiza: "Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna"[51]. La Opinión consultiva agrega sobre este punto: "El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación

[49] Opinión consultiva OC18/03, parágrafo 110.

[50] Id. parágrafo 119.

[51] Id. parágrafo 133.

regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral"[52].

Para estos efectos, la Corte Interamericana identifica un núcleo duro de derechos laborales inalienables: "En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1° de la Declaración Universal, según el cual "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[53].

Propuestas institucionales: Otra vía ha sido adoptada por algunos países que han buscado ayudar a sus trabajadores migrantes que van a terceros países que los contratan. Por ejemplo, Filipinas, Sri Lanka y Pakistán han adoptado programas de asistencia, exigiendo que la firma del contrato sea antes de que el trabajador parta, registrando a las agencias de reclutamiento, o comprometiendo la responsabilidad del empleador frente a la agencia y al país de origen en caso de incumplirse los términos del acuerdo[54].

También podría sostenerse que los países debieran estatuir instituciones en ayuda de los migrantes, sean éstos legales o ilegales, por ejemplo, por medio de un Ombudsman de Trabajadores Migrantes[55].

Estimamos que todas estas propuestas son válidas y que una estrategia en favor del trabajador migrante debiera contemplarlas de esta forma:

(1) En el largo plazo debiera estar siempre presente una estrategia de segunda generación. El sistema económico y de vida que se ha impuesto en el mundo no es sustentable en el largo plazo y urge un cambio de sistema. Con todo y concordando con estas propuestas, su naturaleza excede el ámbito de este trabajo.
(2) En el mediano plazo, debiera reforzarse el énfasis en los derechos, dotando de mayor imperio a los tratados de derechos humanos, por ejemplo, vinculando a la OMC con su cumplimiento. O sea, si un país desea participar en el "libre comercio" debe respetar los estándares internacionales de derechos humanos. No sólo tendría que cumplir las directivas de la OMC sobre aranceles o mercado libre, sino también los estándares de derechos humanos.
(3) En el corto plazo, los Estados debieran realizar cambios institucionales como los descritos en Filipinas, en el caso de los países de origen de los inmigrantes, y como la creación de un Ombudsman de Trabajadores Migrantes, en el caso de los países receptores.

[52] Id. parágrafo 134.

[53] Id. parágrafo 157.

[54] Cholewinski, 2006, pp. 431 y 432.

[55] Inghammar, 2010, p. 212.

Sin duda, estas reformas en el mediano y corto plazo pueden facilitar las propuestas de segunda generación. No se ve fácil el futuro en este tema, dado que las medidas que hemos sugerido requieren consecuencia política en todos los Estados, y por el momento pareciera que estamos lejos de un cambio de rumbo a nivel global.

Bibliografía

Arellano Ortiz, Pablo y Briganti, Francesco (2012), "Europa y América Latina: encuentros y desencuentros en la búsqueda de la coordinación de los sistemas de seguridad social", in Programa de Estudios Europeos UDEC, *Europa y América Latina. Dos caminos, ¿un destino común?*, Programa de Estudios Europeos Universidad de Concepción, RIL Editores.

Arellano Ortiz, Pablo (2013), "Social Security Protection for Migrants: A Need for Legal Intervention", in Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gisjbert Vonk (eds.), Bulletin of Comparative Labour Relationsm Vol. 84, *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer.

Arellano Ortiz, Pablo (2013), "Trabajadores migrantes y seguridad social: aproximación nacional e internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a sus prestaciones, I Parte", *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Departamento de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Däubler, Wolfgang (1994), *Derecho del Trabajo*, traducción de Pío Acero y María Paz Acero, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Dauvergne, Catherine y Marsden, Sarah (2011), *The Ideology of Temporary Labour Migrations in the Post-Global Era*, disponible en la web: http://www.migrant-workersrights.net/en/resources/the-ideology-of-temporary-labour-migration-in-the- (visitada el 21 de enero de 2013).

Cholewinski, Ryszard (2006), "International labour law and the protection of migrant workers: revitalizing the agenda in the era of globatization", *Globalization and the Future of Labour Law*, editado por John D. R. Craig y S. Michael Lynk, New York, Cambridge University Press.

regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral"[52].

Para estos efectos, la Corte Interamericana identifica un núcleo duro de derechos laborales inalienables: "En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores migrantes, teniendo presentes el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1° de la Declaración Universal, según el cual "[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"[53].

Propuestas institucionales: Otra vía ha sido adoptada por algunos países que han buscado ayudar a sus trabajadores migrantes que van a terceros países que los contratan. Por ejemplo, Filipinas, Sri Lanka y Pakistán han adoptado programas de asistencia, exigiendo que la firma del contrato sea antes de que el trabajador parta, registrando a las agencias de reclutamiento, o comprometiendo la responsabilidad del empleador frente a la agencia y al país de origen en caso de incumplirse los términos del acuerdo[54].

También podría sostenerse que los países debieran estatuir instituciones en ayuda de los migrantes, sean éstos legales o ilegales, por ejemplo, por medio de un Ombudsman de Trabajadores Migrantes[55].

Estimamos que todas estas propuestas son válidas y que una estrategia en favor del trabajador migrante debiera contemplarlas de esta forma:

(1) En el largo plazo debiera estar siempre presente una estrategia de segunda generación. El sistema económico y de vida que se ha impuesto en el mundo no es sustentable en el largo plazo y urge un cambio de sistema. Con todo y concordando con estas propuestas, su naturaleza excede el ámbito de este trabajo.
(2) En el mediano plazo, debiera reforzarse el énfasis en los derechos, dotando de mayor imperio a los tratados de derechos humanos, por ejemplo, vinculando a la OMC con su cumplimiento. O sea, si un país desea participar en el "libre comercio" debe respetar los estándares internacionales de derechos humanos. No sólo tendría que cumplir las directivas de la OMC sobre aranceles o mercado libre, sino también los estándares de derechos humanos.
(3) En el corto plazo, los Estados debieran realizar cambios institucionales como los descritos en Filipinas, en el caso de los países de origen de los inmigrantes, y como la creación de un Ombudsman de Trabajadores Migrantes, en el caso de los países receptores.

Sin duda, estas reformas en el mediano y corto plazo pueden facilitar las propuestas de segunda generación. No se ve fácil el futuro en este tema, dado que las medidas que hemos sugerido requieren consecuencia política en todos los Estados, y por el momento pareciera que estamos lejos de un cambio de rumbo a nivel global.

[52] Id. parágrafo 134.

[53] Id. parágrafo 157.

[54] Cholewinski, 2006, pp. 431 y 432.

[55] Inghammar, 2010, p. 212.

Bibliografía

Arellano Ortiz, Pablo y Briganti, Francesco (2012), "Europa y América Latina: encuentros y desencuentros en la búsqueda de la coordinación de los sistemas de seguridad social", in Programa de Estudios Europeos UDEC, *Europa y América Latina. Dos caminos, ¿un destino común?*, Programa de Estudios Europeos Universidad de Concepción, RIL Editores.

Arellano Ortiz, Pablo (2013), "Social Security Protection for Migrants: A Need for Legal Intervention", in Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gisjbert Vonk (eds.), Bulletin of Comparative Labour Relationsm Vol. 84, *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer.

Arellano Ortiz, Pablo (2013), "Trabajadores migrantes y seguridad social: aproximación nacional e internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a sus prestaciones, I Parte", *Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, Departamento de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Däubler, Wolfgang (1994), *Derecho del Trabajo*, traducción de Pío Acero y María Paz Acero, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Dauvergne, Catherine y Marsden, Sarah (2011), *The Ideology of Temporary Labour Migrations in the Post-Global Era*, disponible en la web: http://www.migrantworkersrights.net/en/resources/the-ideology-of-temporary-labour-migration-in-the- (visitada el 21 de enero de 2013).

Cholewinski, Ryszard (2006), "International labour law and the protection of migrant workers: revitalizing the agenda in the era of globatization", *Globalization and the Future of Labour Law*, editado por John D. R. Craig y S. Michael Lynk, New York, Cambridge University Press.

Fudge, Judy (2012), "Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 34.

Gamonal C., Sergio (2011),"Labour Obligations in the USA-Chile Free Trade Agreement: The Illusion of Soft Law", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 27, N° 4.

García, Rubén J. (2012), *Marginal Workers*, New York, New York University Press.

Gunter, Bernhard G. y Van der Hoeven, Ralph (2004), "La cara social de la globalización, según la bibliografía especializada", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 123, núm. 1-2.

Hainsfurther, Jennifer S. (2009), "A Rights-Based Approach: Using CEDAW to Protect the Human Rights of Migrant Workers", *American University International Law Review*, vol. 24, N° 5.

Harvey, David (2007), *Breve Historia del Neoliberalismo*, Madrid, Ediciones Akal.

Hirose, Kenichi; Nikac, Milos y Tamagno, Edward (2011), *Social security for migrant workers. A right-based approach*, International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Eastern Europe – Budapest, ILO.

Inghammar, Andreas (2010), "The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Inmigration Policy and Employment Law", *European Journal of Migration and Law*, N° 12.

Jorens, Yves (Ed.), *50 years of social security coordination. Past – Present – Future, Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security*, European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Publication Office of the European Union.

Maudet-Bendahan, Marilyn (2012), *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, París, Bibliothèque de Droit Social, Tome 57, L.G.D.J.

Ramm, Thilo (1994), "El *Laissez-Faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado", La *Formación del Derecho del Trabajo en Europa.* Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945. Traducción de José Rodríguez de la Borbolla, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gisjbert Vonk (eds.) (2013), Bulletin of Comparative Labour Relations. Vol. 84, *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer.

Sánchez-Rodas, C. (2011), "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", IUSTEL, junio 2011.

Sánchez-Rodas, C. (Dir.) (2010), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum.

Taran, Patrick A. y Geronimi, Eduardo (2003), *Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

Thomas, Chantal (2010), "Undocumented Migrant Workers in a Fragmented International Order", *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25.

Ojeda Avilés, Antonio (2010), *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La ley.

Palomeque López, M. Carlos (1995), *Derecho del Trabajo e Ideología*, 5ª edición revisada, Madrid, Tecnos.

Vosko, Leah F. (2011), "Out of the Shadows? The Non-Binding ;unilateral Framework on Migration (2006) and Prospects for Using International Labour regulation to Forge Global Labour Market Membership", *The Idea of Labour Law*, editado por Guy Davidov y Brian Langille, New York, Oxford University Press.

Webb, Sidney y Webb, Beatrice (1990), *Historia del Sindicalismo, 1666-1920*, traducción de Antonio Gimeno, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Fudge, Judy (2012), "Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 34.

Gamonal C., Sergio (2011),"Labour Obligations in the USA-Chile Free Trade Agreement: The Illusion of Soft Law", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 27, N° 4.

García, Rubén J. (2012), *Marginal Workers*, New York, New York University Press.

Gunter, Bernhard G. y Van der Hoeven, Ralph (2004), "La cara social de la globalización, según la bibliografía especializada", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 123, núm. 1-2.

Hainsfurther, Jennifer S. (2009), "A Rights-Based Approach: Using CEDAW to Protect the Human Rights of Migrant Workers", *American University International Law Review*, vol. 24, N° 5.

Harvey, David (2007), *Breve Historia del Neoliberalismo*, Madrid, Ediciones Akal.

Hirose, Kenichi; Nikac, Milos y Tamagno, Edward (2011), *Social security for migrant workers. A right-based approach*, International Labour Organization, Decent Work Technical Support Team, and Country Office for Central and Eastern Europe – Budapest, ILO.

Inghammar, Andreas (2010), "The Employment Contract Revisited. Undocumented Migrant Workers and the Intersection between International Standards, Inmigration Policy and Employment Law", *European Journal of Migration and Law*, N° 12.

Jorens, Yves (Ed.), *50 years of social security coordination. Past – Present – Future, Report of the conference celebrating the 50th Anniversary of the European Coordination of Social Security*, European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Publication Office of the European Union.

Maudet-Bendahan, Marilyn (2012), *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, París, Bibliothèque de Droit Social, Tome 57, L.G.D.J.

Ramm, Thilo (1994), "El *Laissez-Faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado", La *Formación del Derecho del Trabajo en Europa*. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945. Traducción de José Rodríguez de la Borbolla, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Roger Blanpain, Pablo Arellano, Marius Olivier & Gisjbert Vonk (eds.) (2013), Bulletin of Comparative Labour Relations. Vol. 84, *Social Security and Migrant Workers, Selected Studies of Cross-Border Social Security Mechanisms*, Kluwer.

Sánchez-Rodas, C. (2011), "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", IUSTEL, junio 2011.

Sánchez-Rodas, C. (Dir.) (2010), *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum.

Taran, Patrick A. y Geronimi, Eduardo (2003), *Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

Thomas, Chantal (2010), "Undocumented Migrant Workers in a Fragmented International Order", *Maryland Journal of International Law*, Vol. 25.

Ojeda Avilés, Antonio (2010), *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, La ley.

Palomeque López, M. Carlos (1995), *Derecho del Trabajo e Ideología*, 5ª edición revisada, Madrid, Tecnos.

Vosko, Leah F. (2011), "Out of the Shadows? The Non-Binding ;unilateral Framework on Migration (2006) and Prospects for Using International Labour regulation to Forge Global Labour Market Membership", *The Idea of Labour Law*, editado por Guy Davidov y Brian Langille, New York, Oxford University Press.

Webb, Sidney y Webb, Beatrice (1990), *Historia del Sindicalismo, 1666-1920*, traducción de Antonio Gimeno, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.