



**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL**

**ESPECIALIZACION
EN DERECHO LABORAL.**

**"LA MIGRACIÓN EN MASA Y LA
RESPUESTA DEL DERECHO DEL TRABAJO".**

Alumno: Ricardo Bordato.

Año Corte 2018

INDICE:

I. INTRODUCCIÓN:

- 1.1. Hipótesis.....Pag 3
- 1.2. Objetivo General y Objetivos específicos. Pag 3

II. RELACIONES DE TRABAJO DE MIGRANTES ILEGALES:

- II.1 Breve Reseña Histórica.....Pag 4
- II.2. Concepto y naturaleza jurídica.....Pag 8
- II.3 La Hipótesis sobre la ilegalidad.....Pag 9
- II.4. Las relaciones de trabajo de migrantes ilegales, su tratamiento desde nuestro derecho.....Pag 16
- II.5. Los Resabios de la Legislación Nacional sobre las relaciones laborales Migrantes..... Pag 29
- III. Las Conclusiones.....Pag 32
- IV. BibliografíaPag 34

I. INTRODUCCION

I.1. Preguntas de investigación y/o hipótesis

Es necesaria una regulación desde el derecho laboral que se imponga por la situación de ilegalidad de los migrantes, que le permita a esto trabajar como lo hace un trabajador argentino con todos sus derechos y obligaciones reconocidos por el Estado, en el cual se le respete la contribución de su empleador al sistema laboral local.

I.2. Objetivo general y objetivos específicos

*** OBJETIVO GENERAL:**

- Obtener lineamientos o pensar una regulación para atacar las relaciones laborales de los migrantes ilegales en nuestro país.

*** OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

-Contextualización histórica

- Definir a las relaciones laborales migrantes ilegales, las relaciones laborales de migrantes ilegales dentro de nuestra legislación.

- Porque el derecho laboral debe imponerse por encima del derecho migrante y regular estas relaciones laborales para otorgarle un marco jurídico a la mismas y a sus protecciones a ambas partes evitando el trabajo informal que se genera o abusos en la misma relación laboral generando en muchas ocasiones una relación laboral de explotación.

II.1.- Breve referencia teórica:

Las diferentes realidades políticas de nuestro continente y sobre todo de los países limítrofes en los últimos años han convertido a nuestro país en un lugar de destino para miles de migrantes que año tras año arriban a nuestro país..

Argentina ha sido uno de los únicos países que ha quedado, en Latinoamérica, como un Estado que ofrece desde la gratuidad, educación y salud.

Esto a muchos ciudadanos latinos le otorga una seguridad que a diferencia de ciertos países con políticas sociales y educativas más duras como puede ser Estados Unidos o países integrantes de la unión europea, no les otorgan convirtiéndose estos en beneficios los que terminan generando un punto clave en la organización de la vida del individuo, sus proyecciones familiares y personales en nuestro país.

Nuestro país tiene una larga historia de apertura a la migración, en la década del siglo XX existieron diferentes políticas desde el Estado nacional orientadas a la migración y a la ubicación de estos en diferentes partes del país.

En los últimos años la migración de personas no ha sido una excepción en nuestro país y hemos tenido la entrada de muchos migrantes de países como, Paraguay, Bolivia, Chile, Uruguay, Venezuela y Colombia que eligen argentina con destino laboral y de estudio.

En décadas pasadas, los migrantes que llegaban a poblar nuestro país, venían de diferentes países europeos donde estaban viviendo en situaciones conflictivas de guerra, o por la pobreza agobiante producto de la misma como así también posteriormente se generaba un exilio a causa de la posguerra.

Estos grupos se instalaban a trabajar la tierra y la ganadería sobre todo en la Pampa húmeda o la Patagonia, construyendo y fundando en diferentes provincias colonias, ciudades, generando pequeños emprendimientos que hasta en los tiempos actuales se sostienen y se han convertido en grandes industrias; pero cabe destacar que estas migraciones eran producto de políticas que implementaba el Estado nacional en esos tiempos para poblar el país, caso contrario a lo que sucede en los tiempos actuales ya que es conocido que Argentina no ha llevado adelante este tipo de políticas, sino que solamente se ha dedicado a ir paleando diferentes situaciones que van surgiendo con la masiva llegada de migrantes latinos.

Si nos adentramos en un análisis más sociológico sobre esta problemática vamos a poder concluir que los migrantes consiguen diferentes tipos de trabajos según su nacionalidad sin importar su estudio o profesión. Desde la década del 80 los migrantes paraguayos y

bolivianos están relacionados al sector de la construcción como así también al trabajo de la tierra en la producción de verduras y frutas, trabajos fabriles, textiles y comercio.

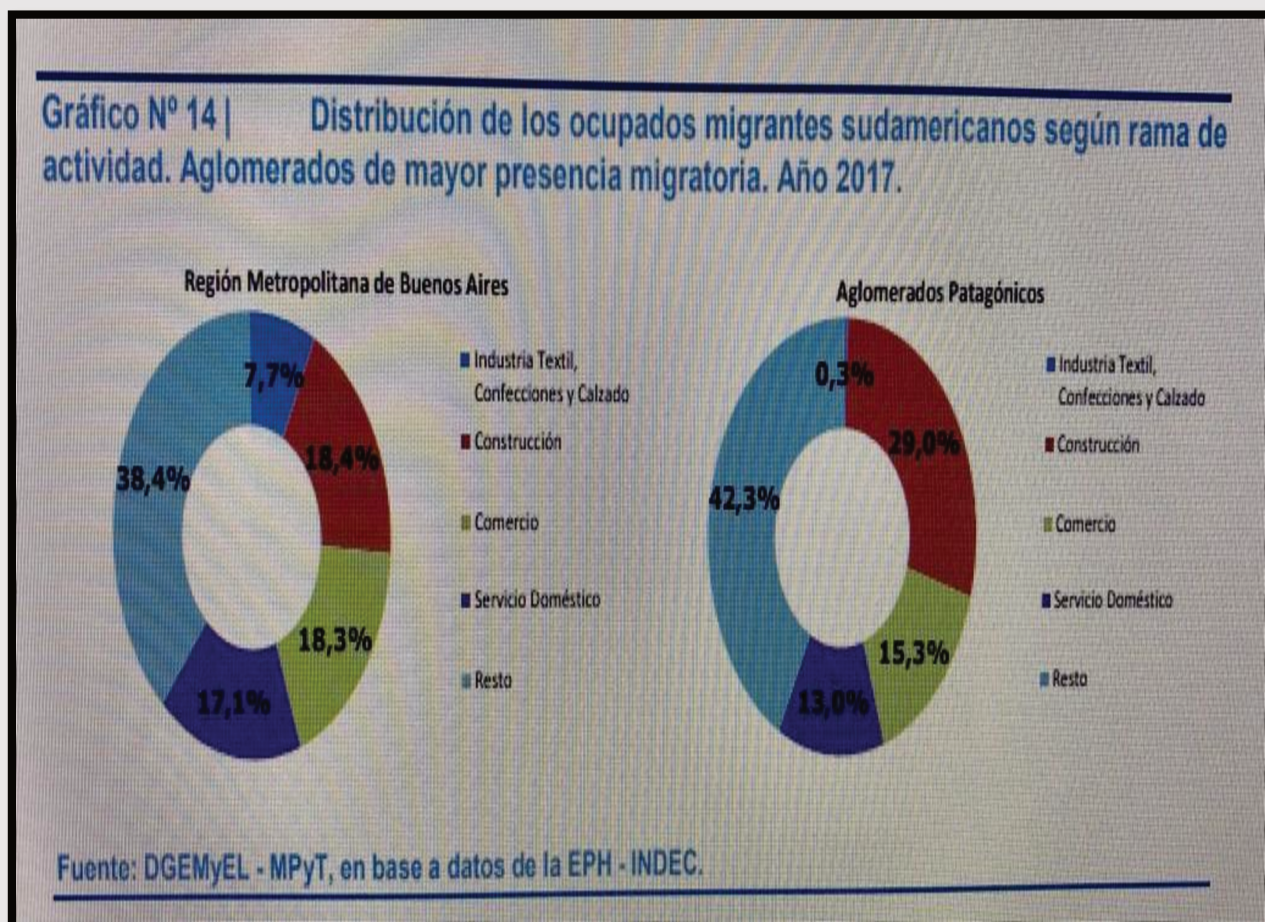
Algo muy diferente sucede con los migrantes africanos, ya que su llegada en los últimos 10 años es cada vez mayor; suelen concentrarse en las ciudades más importantes del país, pero todos se dedican al mismo rubro: ventas ambulantes de bijouterie, alhajas o relojes, pero su situación laboral se asemeja en muchas ocasiones a ser trabajadores autónomos, en esa misma línea están los migrantes asiáticos en su mayor medida de nacionalidad China que se dedican al rubro supermercado.

Otra es la situación de los migrantes colombianos y venezolanos que comienzan a extenderse ,a lo largo y ancho del país; son un tipo de migrante diferente a los demás porque por lo general, la historia de los migrantes en argentina (en el mundo laboral local) estaba dada en que estos llegaban hacer trabajos que los argentinos no hacían o no estaban preparados para hacer, algo que sucede por ejemplo en los Estados Unidos siendo este el país que más migrantes por mes recibe en el mundo y los mismos componen sectores de la economía Americana que son motorizados plenamente por migrantes ilegales, como es el sector de la construcción, por ejemplo.

Es de importancia acompañar datos concretos de nuestro país sobre lo que relatamos:

“En el total de aglomerados, los ocupados migrantes sudamericanos se ubican principalmente en cuatro ramas de actividad: comercio (18,8%), construcción (18,7%), servicio doméstico (16,6%) y la industria textil, confecciones y calzado (6,9%) (Ver Gráfico 17, Anexo estadístico). Pero se advierte una diferencia significativa entre la distribución en la RMBA y los Aglomerados Patagónicos. Justamente, en la RMBA se registra una mayor participación en el servicio doméstico (18,3%) y en el comercio (18,3%). En cambio, en los Aglomerados Patagónicos, se observa una mayor presencia en la construcción (29,0%) y disminuye significativamente la participación en la industria textil, confecciones y calzado (0,3%) lo que se corresponde con el escaso desarrollo de esta industria en la región. Igualmente, dentro de la RMBA se diferencia significativamente el Gran La Plata, donde la

mayor proporción de ocupados se encuentra en la rama de actividad de la construcción, alcanzando el 48,3%¹.



“En el caso de los Aglomerados Patagónicos, se advierte en general una importante presencia en la construcción salvo en Río Gallegos. Asimismo, tanto en este aglomerado como en Ushuaia se observa una importante proporción de ocupados en el Resto de las actividades. Abriendo esta categoría en Río Gallegos se registra una importante proporción de migrantes sudamericanos en la rama Otros servicios, sociales, comunitarios y personales (23,2%) y en Servicios Sociales y de Salud (10,1%). En Ushuaia encontramos un 12,6% de ocupados inmigrantes en Otras industrias y un 11,3% en Transporte, almacenamiento y comunicaciones. Esta distribución muestra que la inserción sectorial de los ocupados es diferenciada, los

¹ “Hermanos Latinoamericanos. Su inserción laboral en los aglomerados con mayor presencia migratoria” (Equipo de Estudios y Estadísticas sobre el Mercado de Trabajo Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales – MPyT - septiembre de 2018). pág. 22

*trabajadores migrantes se ocupan con mayor frecuencia en determinadas ramas de actividad y los nativos en otras. Entre los inmigrantes, en la mayoría de los casos, coincide con sectores con mayor precariedad laboral y de bajos requerimientos de calificación. Se presentan como ejemplos dos aglomerados distintos respecto a su estructura económica y su estructura ocupacional. En el caso de la CABA, es la jurisdicción más importante en cuanto al empleo, por un lado, por ser la sede política y administrativa del país y por otro, por la presencia del puerto. Es decir, una jurisdicción en que el sector servicios, tiene gran importancia. Mientras que en Ushuaia-Rio Grande el sector industrial tiene más peso y relevancia. En la CABA, la Construcción, el Comercio, el Servicio Doméstico y la Industria textil, indumentaria y calzado, concentra al 50,9% de los inmigrantes. En cambio para los nativos estas ramas absorben apenas el 20% de los ocupados 7,7% 18,4% 18,3% 17,1% 38,4% Industria Textil, Confecciones y Calzado Construcción Comercio Servicio Doméstico Resto Región Metropolitana de Buenos Aires 0,3% 29,0% 15,3% 13,0% 42,3% Industria Textil, Confecciones y Calzado Construcción Comercio Servicio Doméstico Resto Aglomerados Patagónicos Los ocupados migrantes de los aglomerados patagónicos presentan una estructura más heterogénea con relación a la actividad económica donde se desempeñan que en la RMBA. 24 En Ushuaia-Rio Grande estas ramas de actividad ocupan al 47% de los inmigrantes y sólo el 22% de los nativos. Es decir, que aun cuando los mercados de trabajo de CABA y de Ushuaia-Rio Grande tienen perfiles económicos y laborales diferenciados, el patrón de concentración en determinadas ramas de actividad para los inmigrantes se mantiene. Reflejando – probablemente- que estos mercados de trabajo destinan determinados nichos laborales para los inmigrantes, que se ocupan de manera complementaria a la mano de obra nacional”.*²

El problema de vulneración de derechos de los migrantes no es un tema nuevo del cual solo nuestro país o región sea parte en el mundo es un tema debatible constantemente en cada foro sobre los derechos humanos ya que la globalización del planeta conflictos regionales y hambruna sostenible en ciertas partes de la tierra han hecho que la migración sea aún cada vez mayor.

El derecho laboral tiene una relación fuerte en tu totalidad con esta problemática que ha sido inclusive puesta en debate por la propia OIT, Comisión interamericana de Derechos Humanos por eso es que me he propuesto trabajar sobre este presupuesto, intentando y

² “Hermanos Latinoamericanos. Su inserción laboral en los aglomerados con mayor presencia migratoria” (Equipo de Estudios y Estadísticas sobre el Mercado de Trabajo Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales – MPyT - septiembre de 2018). pág. 23.

buscando pensar como nuestro derecho del trabajo local puede comenzar a tratar estas nuevas relaciones laborales, ilegales que se crean en el mundo laboral migrante y son una realidad inocultable.

II.2 Concepto de relaciones de trabajo Migrantes:

A lo largo del intento de la regulación de este tipo de relaciones laborales migrantes se han ido construyendo diferentes conceptos que no dejan de ser similares.

Para comenzar me parece importante citar el concepto que ha establecido las ONU “*Persona ocupada o que ha estado ocupada en una actividad remunerada en un Estado en el cual él o ella no sea nacional*”³.

La OIT también se encargó de construir una definición y en su normativa ha sostenido “*...la expresión trabajador migrante comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia, incluye también toda persona admitida regularmente como trabajador migrante. Luego inclusive hace una enumeración expresa de quienes no son considerados trabajadores Migrantes, y específica, Trabajadores Fronterizos, los artistas y personas que ejercen una profesión liberal y que entren en un país por un periodo de corta duración, la gente de mar, las personas que hayan entrado al país con fines especiales de formación o de educación, las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en un país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicas por un periodo definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al termino de sus trabajos o funciones.*”⁴.

En el glosario sobre la Migración se establece que la migración laboral es Movimiento de personas del Estado de origen a otro con un fin laboral.

La migración laboral está por lo general regulada en la legislación sobre migraciones de los Estados. Algunos países asumen un papel activo al regular la migración laboral externa y buscar oportunidades de trabajo para sus nacionales en el exterior. También se encarga de conformar una definición sobre el migrante económico que trae una relación directa con el migrante laboral, “Persona que habiendo dejado su lugar de residencia o domicilio habitual busca mejorar su nivel de vida, en un país distinto al de origen. Este término se

³ La Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores Migratorios y sus Familiares 1990. art 2 inc. 1

⁴ ART 11 Convenio sobre Trabajadores Migrantes C143 OIT.

distingue del de “refugiado” que huye por persecución o del refugiado de facto que huye por violencia generalizada o violación masiva de los derechos humanos. También se usa para hacer referencia a personas que intentan ingresar en un país sin permiso legal y/o utilizando procedimientos de asilo de mala fe. Asimismo, se aplica a las personas que se establecen fuera de su país de origen por la duración de un trabajo de temporada (cosechas agrícolas), llamados “trabajadores de temporada” o temporeros. Ver también migrante por pobreza, trabajador fronterizo, trabajador migrante, trabajador de temporada”.⁵

Otra definición que encontramos en la búsqueda para enriquecer esta sección traduciéndola al español es “*Extranjeros admitidos por un Estado receptor con el propósito específico de que puedan ejercer una actividad económica remunerada desde dentro del país receptor. La duración de la estancia suele estar restringida, al igual que el tipo de empleo que pueden aceptar. Cuando son admitidos, los familiares a cargo están comprendidos también en esta categoría*”.⁶

Desde nuestro lugar también hemos construido nuestro concepto de trabajo Migrante sosteniendo que son aquellos trabajadores en búsqueda de poder realizarse laboralmente migran a sitios en los cuales la prosperidad laboral les permite poder realizarse económicamente y profesionalmente, esto en muchas ocasiones requiere admitir condiciones laborales desventajosas en términos de derechos pero la falta de oportunidades de trabajo en su lugar de origen hace que esto en un principio no sea considerado por el trabajador.

Las definiciones y los conceptos no hacen más que encaminarnos a una introducción concreta y concisa de lo que buscaremos expresar es por eso que intente entregar diferentes conceptos para poder generar una mayor apertura conceptual sobre lo tratado en este trabajo.

II.3.- La hipótesis sobre la ilegalidad:

Los migrantes en su gran mayoría son personas que en nuestro país se encuentran ilegales, es decir, no están registrado para el Estado por lo que son personas que para este no existen y de esta manera, ingresan al mercado laboral como mano de obra barata a explotar sin la presión de que los mismos puedan ocasionarle problemas dada su situación ilegal en el país.

⁵ <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo4.pdf>.

⁶ <https://unstats.un.org/unsd/statcom/48th-session/documents/BG-4a-Migration-Handbook-E.pdf>

Es por eso por lo que las cuestiones que me planteo en este trabajo es justamente dilucidar cómo el derecho laboral puede proteger y regular relaciones laborales en la que unas de las partes o ambas partes se encuentran ilegales en el país por ser migrantes. Pienso y creo que la situación ilegal de estos sujetos no puede excluirlos de ciertos derechos del trabajo que por el solo hecho de estar llevando a cabo tal actividad deberían tenerlos.

Durante todo la mitad del siglo XX y en lo que transcurre del siglo XXI el derecho laboral ha tenido la obligación de avanzar en la regulación de las relaciones ilegales de trabajo que se crean a consecuencia del avance constante de los migrantes a lo largo y ancho del planeta y nuestro continente no ha quedado al margen y de eso se han encargado los diferentes organismos internacionales, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desde sus recomendaciones antes las consulta de los países que la componen, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir de los diferente informes que ha producido sobre todo en relación a los Migrantes que atraviesan centros de los diferentes países de centro América para llegar al sueño americano de los Estados Unidos.

Cuando se hace un análisis de qué tipo de relaciones de trabajo componen los trabajadores migrantes en su mayoría son relaciones de trabajo informales, encontrar un trabajo rápidamente es el objetivo más importante de los migrantes al llegar a nuestro país, pero encontrar uno que este regulado por todas las garantías que entrega el derecho laboral nacional se convierte en un desafío, esto se verá reflejado más adelante en trabajos que ha realizado el propio INDEC.

Adentrándonos en la situación de nuestro país en Argentina los trabajadores migrantes cubren en su mayoría espacios laborales de alto riesgo o precarios que los nacionales buscan no realizar, es una constante que los trabajadores migrantes ocupen espacios laborales similares y en gran medida son empleados de manera informal a consecuencia de su irregularidad migratoria, cuando hablamos de informalidad queremos referirnos a la falta de condiciones de trabajo según lo reglado por las leyes laborales y convenios colectivos aplicables.

“Generalmente, cuando se aborda el tema de la migración, el punto de partida son las cifras. Si comprendemos los cambios de escala, las tendencias emergentes y la evolución de las variables demográficas que traen consigo las transformaciones sociales y económicas mundiales causadas por fenómenos como la migración, entenderemos mejor los cambios del mundo en que vivimos y podremos planificar mejor el futuro. Según la estimación más reciente, en 2020 había en el mundo aproximadamente 281 millones de migrantes internacionales, una

cifra equivalente al 3,6% de la población mundial. Globalmente, el número estimado de migrantes internacionales ha aumentado en las últimas cinco décadas. El total estimado de 281 millones de personas que vivían en un país distinto de su país natal en 2020 es superior en 128 millones a la cifra de 1990 y triplica con creces la de 1970.”⁷

Estas cifras que también están compuestas por los migrantes que llegan a nuestro país no dejan de reflejar que estos son trabajadores que colaboran de manera esencial para el desarrollo de los países que eligen trabajar en sectores productivos o de servicios de la economía nacional donde la fuerza de trabajo de los argentinos no llega o no elige cubrir tal demanda, aunque parezca un poco contradictorio el trabajo informal e ilegal se convierte en un motor que mantiene encendida la economía, aunque este no se aun punto que nos este encomendado plantear no podemos dejar de expresarlo, de hecho por ejemplo en el estado de california en Estados Unidos en los años 90 existieron estudios que sostenían que el sector de la construcción estaba en un 80 % cubierto por migrante en su gran mayoría centro americanos.

El glosario que ya hemos utilizado anteriormente sobre este tema expresamente define como migración irregular: *“Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país. Hay sin embargo una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de migración ilegal a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.”⁸*

La determinación de partir de esta hipótesis de la ilegalidad ha estado dada porque en el recorrido que haremos sobre el trabajo migrante siempre se parte de una misma situación y es su ilegalidad la regla que impera en su gran mayoría al mercado laboral migrante, y esto se convierte en un puente conector que genera similitud entre las diferentes relaciones laborales migrantes que se dan en mundo, con esto quiero decir que no es algo propio de nuestro país una

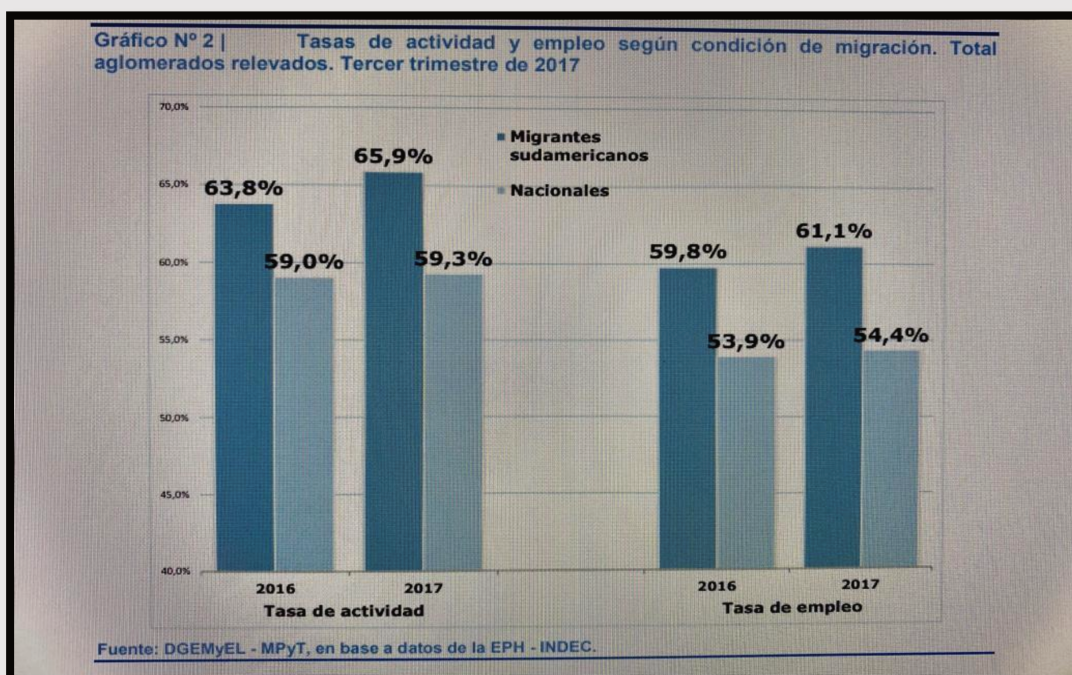
⁷ <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/?lang=ES>.

⁸ <https://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo4.pdf>

problemática laboral que solo nosotros debemos abordar y eso se ve reflejado en lo que remarcábamos anteriormente de como los organismos internacionales vienen tratando esta problemática cada vez con más ímpetu.

Para poder comenzar a visualizar lo que venimos manteniendo en este trabajo es importante comenzar a poder reflejar ciertos datos que se han ido construyendo últimamente en nuestro país con relación al trabajo migrante, más allá de que como también ya lo hemos dicho ha sido compleja la búsqueda porque existe una gran carencia de datos sobre el tema tratado en el presente trabajo:

“En cuanto al desempleo se verifica que los inmigrantes presentan tasas bastante bajas, en el tercer trimestre de 2017 la tasa de desocupación fue de 7,2% lo que significa 1,2 p.p menos que los nacionales. Pero presentan mayores dificultades con respecto a la cantidad de horas que se emplean, la subocupación llega a afectar casi al 16% de los ocupados, mientras que para los nativos este indicador es bastante más bajo, 10,5%. Junto a la subocupación, también el empleo no registrado, se presenta como una problemática laboral muy relevante. Para los asalariados inmigrante la informalidad llega algo más del 50%, mientras que entre los nativos es del 33%. La brecha entre ambos colectivos de trabajadores es de 17 puntos porcentuales. 63,8% 65,9% 59,8% 61,1% 59,0% 59,3% 53,9% 54,4% 40,0% 45,0% 50,0% 55,0% 60,0% 65,0% 70,0% 2016 2017 2016 2017 Migrantes sudamericanos Nacionales Tasa de



de actividad Tasa de empleo Los migrantes sudamericanos tienen tasas de actividad y empleo

superiores a los nativos. Es decir, que los inmigrantes sudamericanos no tienen problema para participar en el mercado de trabajo ni para conseguir empleo. Su desventaja frente a los nativos se manifiesta en la forma que adquiere la inserción laboral fuertemente asociada a la informalidad y la precariedad”⁹.

“Según datos del último censo nacional, los inmigrantes internacionales de todas las nacionalidades representan al 4.5% de la población total. Si concentramos la mirada en la población económicamente activa asentada en las áreas urbanas del país, se registra que los ocupados inmigrantes de origen sudamericano tienen una incidencia de 7,7% en el total de ocupados. Tradicionalmente las migraciones internacionales que recibe la Argentina tienen carácter laboral, llegan al país en edades laborales activas y se incorporan mayoritariamente al mercado de trabajo local. En efecto, mientras la población en edad de trabajar de los inmigrantes representa el 78,1%1, entre los nativos alcanza sólo al 65,6%. La estructura socio-ocupacional de la población inmigrante de origen sudamericana muestra que cerca de dos tercios de la población se encuentran dentro de la Población Económicamente Activa (PEA), entre ellos casi el 93% se encuentra ocupado, y la principal relación laboral en la que se insertan es como asalariado (67,7%). Aunque también la actividad por cuenta propia es relevante: 27,7%”¹⁰.

Es importante remarcar lo que comenzamos a visualizar en los primeros datos reflejado en el grafico es que los trabajadores migrantes que llegan a nuestro país en su gran mayoría son personas muy jóvenes que rápidamente ingresan al mercado laboral y son componentes fundamentales de los diferentes sectores que potencian la economía argentina.

Un dato muy importante que vamos a comenzar a reflejar y que es fundamental para entender porque el trabajo migrante es de importancia para el derecho laboral local está dado en que las tasas de ocupación laboral son mayores dentro del trabajo migrante que dentro de nuestra población nacional laboral en periodo de actividad.

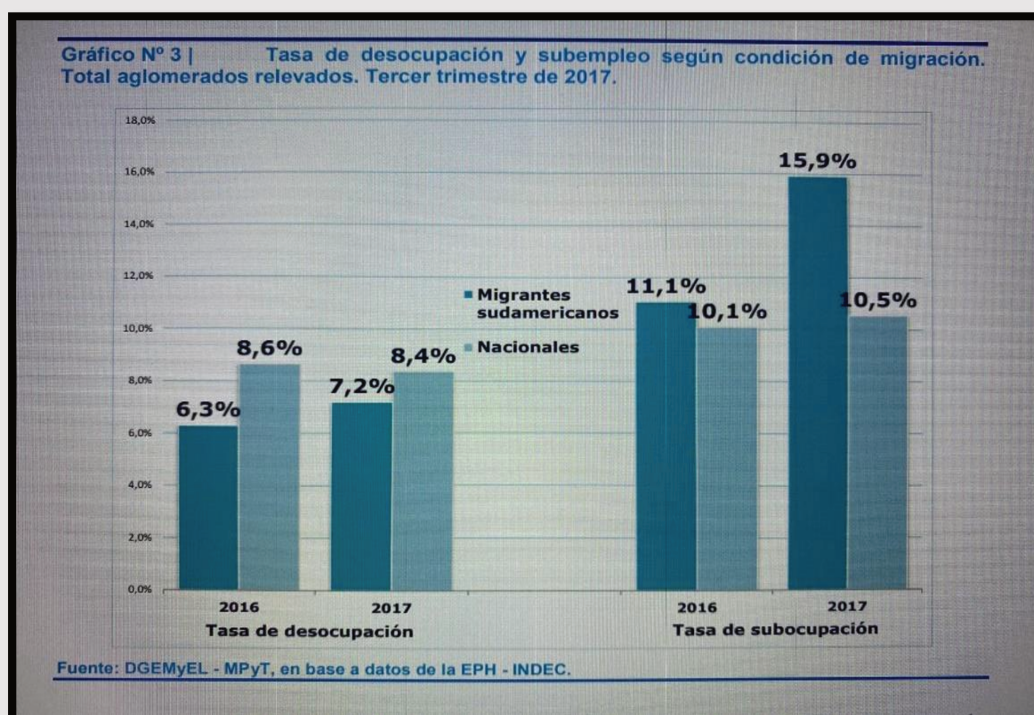
“En cuanto al desempleo se verifica que los inmigrantes presentan tasas bastante bajas, en el tercer trimestre de 2017 la tasa de desocupación fue de 7,2% lo que significa 1,2 p.p menos que los nacionales. Pero presentan mayores dificultades con respecto a la cantidad de horas que se emplean, la subocupación llega a afectar casi al 16% de los ocupados, mientras

⁹ “Hermanos Latinoamericanos. Su inserción laboral en los aglomerados con mayor presencia migratoria” (Equipo de Estudios y Estadísticas sobre el Mercado de Trabajo Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales – MPyT - septiembre de 2018). pág. 6

¹⁰ “Hermanos Latinoamericanos. Su inserción laboral en los aglomerados con mayor presencia migratoria” (Equipo de Estudios y Estadísticas sobre el Mercado de Trabajo Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales – MPyT - septiembre de 2018). pág. 4 y 5

que para los nativos este indicador es bastante más bajo, 10,5%. Junto a la subocupación, también el empleo no registrado, se presenta como una problemática laboral muy relevante. Para los asalariados inmigrante la informalidad llega algo más del 50%, mientras que entre los nativos es del 33%. La brecha entre ambos colectivos de trabajadores es de 17 puntos porcentuales. 63,8% 65,9% 59,8% 61,1% 59,0% 59,3% 53,9% 54,4% 40,0% 45,0% 50,0% 55,0% 60,0% 65,0% 70,0% 2016 2017 2016 2017 Migrantes sudamericanos Nacionales Tasa de actividad Tasa de empleo Los migrantes sudamericanos tienen tasas de actividad y empleo superiores a los nativos. Es decir, que los inmigrantes sudamericanos no tienen problema para participar en el mercado de trabajo ni para conseguir empleo. Su desventaja frente a los nativos se manifiesta en la forma que adquiere la inserción laboral fuertemente asociada a la informalidad y la precariedad.”¹¹

Cabe destacar que han sido los datos más recientes que hemos encontrado de INDEC, que seguramente en estos años pueden a ver sufrido modificaciones luego de transcurrido el periodo pandémico, pero son solo mostrados a términos ejemplificativos para visualizar lo que se intenta expresar en el trabajo realizado, en relación a la problemática del trabajo migrante irregular en nuestro país.



¹¹ “Hermanos Latinoamericanos. Su inserción laboral en los aglomerados con mayor presencia migratoria” (Equipo de Estudios y Estadísticas sobre el Mercado de Trabajo Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales – MPyT - septiembre de 2018). pág. 6 y 7

Los gráficos no hacen más que reflejar que las tasas de ocupación de empleos de trabajadores migrantes son altas pero lo que debemos preguntarnos y es ahí donde intentamos llegar es:

¿Bajo qué condiciones laborales las tasas de empleo de trabajadores migrantes son altas?,

Para contestar esta pregunta debemos partir de que los números de estas tasas son elevadas porque se genera una desigualdad en la competencia laboral entre trabajadores nacionales y trabajadores migrantes dentro del mercado laboral argentino, ya que las condiciones laborales ofrecidas a los trabajadores migrantes están en su mayoría por fuera de la legislación laboral y de la seguridad social, lo cual deja desprotegidos a estos trabajadores de todo el paraguas de derechos laborales y constitucionales que existen en nuestro sistema del derecho del trabajo nacional, la hipótesis sobre la ilegalidad está fundada sobre este último punto que es la desventaja en el mercado laboral que existe entre un trabajador que se encuentra en condiciones normales para ser registrado y un migrante que no, pero el principal inconveniente es que tampoco puede aspirar a estarlo por problemas netamente migratorios, lo cual esto termina favoreciendo el trabajo no registrado.

Los trabajadores migrantes terminan siendo víctimas de su condición migratoria y a consecuencia de eso perdiendo derechos laborales que le corresponderían como trabajador formalizado, pero como contracara su propia condición termina favoreciendo su rápido ingreso al mercado laboral local la perversión de esta situación es la que el derecho laboral debe seguir tratando, luchando y reclamando desde el estado y las diferentes instituciones de este para poder construir justicia antes este tipo de relaciones laborales, los datos siguen dejando al descubierto que no es solo una cuestión de reconocimiento de derechos reconocidos en tratados, leyes y constituciones sino de cómo esos derechos son ejecutados por los trabajadores dentro de un sistema que en muchas ocasiones no sabe el trabajador cómo receptorlos porque el reconocimiento de ciertos derechos entra en conflicto directo con otras normativas, en este caso migratoria.

En estados Unidos que es uno de los países del planeta que mayor cantidad de trabajadores migrantes recibe todos los años en búsqueda de un futuro laboral más próspero se ha puesto en discusión este último tema que planteamos en el párrafo anterior, porque se daban cientos de casos al año de trabajadores migrantes ilegales que eran capturados por la policía migratoria americana ICE (Immigration and Customs Enforcement), que cuando era entrevistado por el juez migratorio que trataría su caso sobre su deportación se encontraban con

trabajadores migrante que no solo tal vez estaban en el territorio americano hace décadas sino que habían trabajado en diferentes sectores de la economía, cumpliendo con sus impuestos y obligaciones como al igual que cualquier otro ciudadano americano, no poseían antecedentes penales, no tenían multas de tránsito, en síntesis enveían un rol de ciudadano intachable como consecuencia del ingreso al mercado laboral y hay fallos en los cuales se les ha permitido a estos trabajadores migrantes no ser deportado por a ver ejercido una especie de posesión de conducta de un ciudadano americano regularizado o nativo, o a ver tenido un comportamiento intachable como cualquier ciudadano americano.

Este comentario es traído a colación a que la situación migratoria de un trabajador no puede en tiempos actuales seguir siendo un impedimento para que este sea considerado un trabajador que goce todos los derechos laborales del sistema laboral y social, será más adelante en este trabajo donde intentaremos construir una respuesta que colabore con esta problemática laboral del trabajo migrante ilegal.

II.4. Las relaciones de trabajo de migrantes ilegales, su tratamiento desde nuestro derecho.

En los párrafos anterior ya hemos hablado en términos generales sobre lo que intentare especificar bajo este título porque creo que es importante siempre poder visualizar los cimientos de la problemática que intentamos atacar en este trabajo. Los fundamentos de las relaciones migrantes ilegales no solo están dados por las necesidades socioeconómicas, políticas y personales de los lugares de orígenes de aquellos trabajadores migrantes que eligen venir a trabajar a nuestro país, sino que también existen fundamentos jurídicos que aportan a estas relaciones de trabajo que se van creando con las llegadas de los trabajadores migrantes.

Sería más sencillo para comenzar a construir los fundamentos partir de una simple diferenciación de las relaciones de trabajo en la cuales no intervienen migrantes como contra posición, pero he tomado la determinación de partir desde el principio de todo, los fundamentos del derecho laboral, los conocidos principios.

Esta elección viene fundada en lo que expresa el propio artículo 11 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo: *“Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los*

*principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe*¹².

En muchas ocasiones el principio de justicia social, las generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe quedan marginado por la hiperinflación legislativa que soportamos en nuestro ordenamiento jurídico, cuando estos terminan siendo la base resolutive de conflictos por ser la herramienta más noble de construcción de justicia.

No hay a esta altura casi debate sobre cuáles son los principios del derecho laboral en la mayoría de la doctrina se señalan como los más importantes a los siguientes:

- 1) Principio protectorio. Se manifiesta en tres reglas:
 - a) In dubio pro-operario;
 - b) Regla de la aplicación de la norma más favorable;
 - c) Regla de la condición más beneficiosa.
- 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos.
- 3) Principio de primacía de la realidad.
- 4) Principio de no discriminación e igualdad de trato.
- 5) Principio de gratuidad.

Cuando tratamos las relaciones de Trabajo migrantes partimos de la base que la ley de contrato de trabajo N°20.744 nada establece porque parecería que no importa la nacionalidad del trabajador o del empleador cuando tenemos una relación de trabajo, o que el derecho laboral nada tiene que hacer ante la situación migratoria de los sujetos que componen la relación de trabajo, y que sin importar su nacionalidad la ley de contrato de trabajo le será aplicada del mismo modo, conjuntamente con toda la legislación laboral, y normas constitucionales. La realidad en muchas circunstancias evoluciona más rápido de lo que pudo prever el legislador a la hora de pensar la legislación.

Los Trabajadores migrantes se ven imposibilitados en grandes ocasiones de poder acceder a la protección de nuestro derecho laboral. Un trabajador migrante irregular es una persona que por su condición no posee número de identificación personal, tampoco CUIT, por lo que, aunque quisiera su empleador registrar la relación laboral le sería imposible, parecería que esto tendría una solución rápida si el migrante trabajador regulariza su situación o llega al

¹² Artículo 11 de LCT.

país ya regularizado, no se encontraría con estos inconvenientes, pero la realidad no indica que todo sea tan sencillo, las situaciones socioeconómicas o educacionales que anteriormente hemos descrito determinan que la llegada de los trabajadores migrantes a nuestro país no sea de una manera tan organizada como lo requiere la ley migratoria.

De los principios descritos anteriormente los que mejor se aplican a los conflictos que pueden suscitarse en las relaciones de trabajo migrantes a nuestro comprender son, *el Principio protectorio, Regla de la aplicación de la norma más favorable; Principio de irrenunciabilidad de los derechos, Principio de primacía de la realidad, Principio de no discriminación e igualdad de trato, Principio de equidad, Principio de gratuidad.*

No será mi objetivo adentrarme hacer una reinterpretación de los principios, sino solo entregar un enfoque orientado al tema tratado.

PRINCIPIO PROTECTORIO:

“Es considerado —junto con el principio de irrenunciabilidad— el más importante. Tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana. Página 64 de 893 Consiste en distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre trabajador y empleador, evitando que quienes se desempeñan bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos. Puede analizarse desde dos aspectos. Por un lado, como una directiva al legislador para que adopte las técnicas necesarias para cumplir con el art. 14 bis en cuanto consagra que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...". Por otro lado, como una directiva dirigida al juez para interpretar la norma laboral respetando las fuentes y los principios propios. El principio protectorio se manifiesta en tres reglas:

1.1. La regla in dubio pro-operario Es una directiva dirigida al juez (o al intérprete) para el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma o en la apreciación de las pruebas. El párr. 2º del art. 9º, LCT disponía que "si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador". La ley 26.428 (BO del 26/12/2008) modificó el párr. 2º del art. 9º de la LCT y extendió su alcance a la apreciación de la prueba. Su actual redacción es la siguiente: "...Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se

decidirán en el sentido más favorable al trabajador". Tiene su antecedente en el aforismo del derecho romano según el cual en la duda había que estar a favor del acusado o reo (in dubio pro-reo), que pasó al derecho civil como in dubio pro solvendo, es decir que en caso de duda el privilegiado era el deudor. En lo atinente a "la interpretación o alcance de la ley", significa que, si una norma resulta ambigua, y puede ser interpretada de varias formas y con distintos alcances, el juez debe, obligatoriamente, inclinarse por la interpretación más favorable al trabajador. Resulta obvio que sólo debe aplicársela cuando existan dudas razonables en el alcance o interpretación de una norma legal o convencional, pero no cuando el texto es claro. En la práctica, por lo general, las dudas se plantean respecto de las cláusulas de los convenios colectivos de trabajo. Hasta la reforma introducida por la ley 26.428, la postura mayoritaria entendía que no era aplicable en los casos de valoración de pruebas en un litigio judicial, ya que, en el momento de fallar, el juez debía tener la plena convicción de la razón de quien resulte vencedor en el pleito, y, en caso de duda, debía seguir produciendo pruebas e investigando para alcanzar la certeza. Con la reforma de la ley 26.428 al art. 9º de la LCT, es aplicable en los casos de valoración de pruebas en un litigio judicial, y en el momento de fallar, el juez, en caso de duda razonable en la apreciación de la prueba en los casos concretos, debe resolver en el sentido más favorable al trabajador, sin perjuicio de su facultad de seguir produciendo pruebas e investigando para alcanzar la certeza y la plena convicción de la razón de quien resulte vencedor en el pleito. La modificación incorpora la frase que la ley 21.297 había eliminado de la ley 20.744, extendiendo su alcance no sólo en la apreciación de la ley, sino también a la prueba. El in dubio pro-operario es una derivación del principio protectorio; de allí que no resultaba lógico reducir su aplicación a la duda en la interpretación de la ley, sino que también debía proyectarse a los casos en que Página 65 de 893 existiera una duda razonable del juzgador, una vez valorada con las reglas de la sana crítica la totalidad de las pruebas producidas en un litigio.

1.2. La regla de la norma más favorable, Así como en el caso anterior la duda recaía en la interpretación de una norma, aquí se presentan dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica; en tal caso, el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior. Es decir, mientras que la in dubio pro-operario es una regla de interpretación, ésta es una regla de aplicación. El párr. 1º del art. 9º, LCT establece que "en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo". Por lo

tanto, adopta el sistema de conglobamiento de instituciones. Cabe recordar que en el fallo plenario 82 del 22/8/1961 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había optado por el sistema de la acumulación, estableciendo que correspondía aplicar ambas normas según cuál fuera más favorable al trabajador. La solución fue criticada por Deveali y parte de la doctrina, sosteniendo el sistema de conglobamiento que implicaba adoptar en un rubro determinado una u otra norma, pero no las partes más convenientes de ambas. Esta regla también se manifiesta en la redacción del art. 8º, LCT, al consignar que "las convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, que contengan normas más favorables a los trabajadores, serán válidas y de aplicación. Las que reúnan los requisitos formales exigidos por la ley y que hubieran sido debidamente individualizadas, no estarán sujetas a prueba en juicio".

1.3. La regla de la condición más beneficiosa Dispone que cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar: la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos. El punto de partida es el reconocimiento en el contrato individual de trabajo de una situación concreta más favorable al trabajador que la que establece la nueva norma que se habrá de aplicar. Resulta indiscutible que el contrato no puede ser modificado en perjuicio del trabajador por debajo del orden público laboral, que está compuesto por las normas imperativas que surgen de la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo y que constituyen mínimos inderogables. A dichas fuentes se suma ahora el propio contrato de trabajo, ya que el art. 12 de la LCT fue modificado por la ley 26.574 (BO del 29/12/2009) que agregó al texto la expresión "contratos individuales de trabajo" en la enumeración de fuentes. Al respecto, el art. 7º, LCT prescribe que "las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley". El art. 13, LCT dispone que "las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán sustituidas de pleno derecho por éstas". Es decir que las condiciones de trabajo individualmente pactadas por las partes no pueden ser modificadas para el futuro en perjuicio del trabajador, aun cuando surjan de un convenio colectivo homologado. Página 66 de 893 Tampoco las cláusulas de un convenio colectivo pueden reducir los derechos del trabajador más allá de los límites de la ley. Como excepción a esta regla cabe señalar los arts. 90 y ss., ley 24.467 (Ley de PyMEs) que fija un

régimen de disponibilidad colectiva por el cual, por un lado, se "pueden modificar en cualquier sentido las formalidades, requisitos, aviso y oportunidades de goce de la licencia anual ordinaria", excepto en lo que se refiere al derecho de gozarla, por lo menos cada tres años en el período de verano, cuando ella no se concede en forma simultánea a todo el personal (art. 154, párr. 3º, LCT) y, por otro lado, se puede autorizar el fraccionamiento del pago del sueldo anual complementario en tres períodos (art. 91, ley 24.467)".¹³

El principio protectorio se convierte en la base de la comprensión de las relaciones laborales migrantes por ser una regla que busca proteger los valores más importantes que posee el trabajador en su carácter de ser humano, pero está ligado al orden que inspiró al legislador para que pueda realizarse lo que se expresa en el artículo 14 bis de nuestra constitución nacional, aplicable a cualquier trabajador en el territorio argentino.

Las tres reglas que contiene este principio están direccionadas directamente a los aplicadores de las leyes, que podrán utilizarla como herramienta fundamental para comprender relaciones laborales migrantes que se detectan en la realidad y no pueden ser interpretadas por las limitaciones que entrega la condición del migrante irregular que trabaja en nuestro país.

PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS:

"Previo a analizar el principio de irrenunciabilidad resulta necesario precisar los conceptos de imperatividad, irrenunciabilidad y disponibilidad, que pueden llevar a confusiones y, por ende, ser utilizados en forma equívoca. Cuando hablo de imperatividad, me refiero a normas. Las normas imperativas son aquellas que no pueden ser modificadas o sustituidas por la voluntad de las partes, y se oponen a las normas supletorias o dispositivas, que pueden ser alteradas o dejadas sin efecto por las personas. Es decir, las normas imperativas son una valla, un freno a la autonomía de la voluntad. En el derecho del trabajo se presenta un fenómeno particular, ya que casi todas las normas son imperativas, pero tienen una peculiaridad que las caracteriza: no pueden ser dejadas sin efecto por las partes si establecen condiciones menos favorables a los trabajadores; pero pueden libremente disponer de ellas en la medida en que mejoren los derechos allí consagrados. Es decir que se trata de una categoría especial de normas denominadas "imperativas-dispositivas", las cuales, como apunta De la Fuente, pasaron inadvertidas hasta que aparecieron las normas laborales dictadas para proteger al trabajador; eran imperativas si se trataba de disminuir los derechos

¹³ .” Manual de Derecho Laboral de Julio Armando Grisolia” (edición año 2016). pag 62,63 y 64

que acordaban, y dispositivas en caso de aumentarlos. Así se establecen mínimos infranqueables que permiten la consagración de mayores beneficios para el trabajador en virtud de acuerdos individuales o colectivos. Según el autor, este tipo de normas constituye una categoría especial perfectamente diferenciada, ya que no son imperativas ni dispositivas exclusivamente, sino las dos a la vez: imperativas en un sentido y dispositivas en sentido contrario, por lo que propicia que a estas normas se las individualice como imperativas-dispositivas, o viceversa (dispositivas-imperativas). En consecuencia, a la clasificación tradicional de las normas en imperativas y dispositivas, según sea su grado de eficacia frente a la autonomía de la voluntad, se debe agregar, como un tercer género, las normas imperativas-dispositivas”.¹⁴

“Esta Regla aparece como el aspecto más relevante del principio protectorio y consiste en la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de derechos concedidos en su beneficio por la ley, el convenio colectivo de trabajo o el contrato individual. El art. 12 de la L.C.T. establece que será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo o los contratos individuales, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. El sentido literal de la cláusula es claro en cuanto a que se nulifica toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la ley (L.C.T., estatutos profesionales y otras leyes) o en las convenciones colectivas de trabajo o en el contrato individual. Según Caubet, la irrenunciabilidad está ligada a un derecho de mínima que se estructura en consideración de la falta de capacidad negocial del dependiente. Resultaría inútil que el ordenamiento jurídico impusiera la tutela del trabajador, contratante necesitado e hiposuficiente, y que luego dejara sus derechos en su propio poder con la consiguiente posibilidad de que este, ante el estado de necesidad y de dependencia laboral, dispusiera o renunciara a ellos, lesionando los derechos que la norma pretendía proteger y regular ante la desigualdad del poder de negociación de las partes”.¹⁵

La irrenunciabilidad de los derechos laborales en las relaciones de trabajo que analizamos se convierte en un principio que se encuentra en una situación de abuso constante ya que los trabajadores migrantes renuncian a sus derechos en cada una de las relaciones en las cuales son sujetos de la misma, quisimos citar dos autores diferentes intentando buscar

¹⁴ Manual de Derecho Laboral de Julio Armando Grisolia” (edición año 2016). pág. 66.

¹⁵ Trabajo y Seguridad Social de Caubet, Amanda B.

perspectivas distintas del principio, que en definitiva no deja de ser un principio que busca romper con la desigualdad de fuerzas que se producen entre los sujetos de una relación laboral.

Los trabajadores migrantes desde que comienzan a ser parte de una relación laboral renuncian involuntariamente a sus derechos por encontrarse fuera del sistema laboral local que los protege, la irrenunciabilidad ergo no es un principio que se aparte o sea indistinta de las posibilidades de fundamentar la protección de los trabajadores migrantes.

PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD:

“Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un "contratorealidad". Prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que realmente sucedió. Tiene su origen en la doctrina mexicana elaborada por De la Cueva. Página 80 de 893 Por lo tanto, a diferencia del derecho civil, que le da especial relevancia a lo pactado por las partes (a quienes entiende libres para disponer de sus derechos), en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos. Prima la verdad de los hechos —la esencia de la relación que vinculó a las partes— sobre la apariencia, la forma o la denominación que asignaron éstas al contrato. El art. 23, LCT, sostiene que "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio". En ese sentido, el art. 14, LCT, determina que "será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley". Se actúa con simulación ilícita cuando se pretende disfrazar la verdadera naturaleza dependiente de la relación bajo ropajes de figuras extralaborales (locación de servicios, locación de obra), perjudicando al propio trabajador, a quien se le niegan los beneficios que la legislación laboral establece en su favor, y a la sociedad toda, al sustraer recursos —aportes— destinados a los organismos de previsión y seguridad social.”¹⁶

¹⁶ Manual de Derecho Laboral de Julio Armando Grisolia (edición año 2016).pag 80

Este principio es importante en nuestra apreciación en las relaciones laborales migrante no solo por el hecho en sí en relación a la realidad de las relaciones laborales migrantes en condiciones de irregularidad si no porque en alguna medida este principio genera la motivación de este trabajo, porque la realidad de las relaciones de trabajo son el fundamento de la expansión del derecho laboral, el análisis de la realidad ha sido la motivación del legislador en la creación de leyes y la conquistas de nuevos derechos, siempre ha sido la expresión de las demandas de ciertos sectores de trabajadores que luchan por la consagración de nuevos derechos.

El principio de primacía de la realidad debe ser la guía para que las relaciones de trabajadores migrantes se regulen porque son una realidad inocultable en el derecho laboral local.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION E IGUALDAD DE TRATO:

“Por un lado, el art. 16, CN consagra el principio de igualdad ante la ley y hace alusión a la "igualdad entre iguales y en igualdad de situaciones". Se extiende al plano salarial con lo dispuesto en el art. 14 bis, CN, al establecer el principio de igual remuneración por igual tarea. Este principio, cuyo antecedente se remonta a uno de los principios de la OIT ("salario igual, sin distinción de sexo, para un trabajo de igual valor"), fue acogido en el plano internacional en la Declaración de Montevideo de 1991. En distintos artículos la LCT se refiere a este principio que comprende la obligación del empleador de no discriminar por razones de sexo, religión, estado civil, raza, ideas políticas, razones gremiales, edad, etc. (arts. 17, 70, 72, 73, 81, 172 y 187, LCT), lo cual también se puede hacer extensivo al aspecto físico y a la discapacidad. Cabe recordar que el art. 11, ley 25.013 (derogado por la ley 25.877), creaba la figura del despido discriminatorio. El art. 17 bis, incorporado por la ley 26.592 (BO del 21/5/2010), prevé que "las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación". La norma reconoce una realidad ampliamente receptada por los tribunales que fue uno de los principales motivos de la escisión de nuestra disciplina del derecho civil: la existencia de una disparidad negocial entre las partes, que fue compensada progresivamente por normas protectoras de los derechos de los trabajadores. Sostuve que el artículo "...constituye un avance hacia la intención de volver a la redacción original de la Ley de Contrato de Trabajo, restableciendo así el texto del originario art. 19 de la ley 20.744, neutralizado por la ley 21.297 del gobierno militar del año 1976 (...) dando un marco adecuado de interpretación a la regla en que se funda el principio in dubio pro-operario: la discriminación inversa. En efecto, como lo ha establecido

la jurisprudencia de modo inveterado, la igualdad entre las partes contratantes (premisa basal del derecho común) no está presente en el ámbito laboral, donde existe diferencia negocial, de poder e intereses, y también —en ocasiones— de nivel de instrucción entre los que son parte del contrato de trabajo. Justamente, la incorporación del art. 17 bis, LCT, implica el reconocimiento normativo del poder estatal para introducir desigualdades jurídicas, como mecanismo de nivelación de la disparidad negocial existente entre las partes de la relación jurídica contractual laboral. Página 82 de 893

Con la reforma de la Constitución de 1994 adquirieron rango constitucional los tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22), entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica que prohíbe la discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social (art. 1.1). Asimismo, la OIT puso en marcha una política activa para combatir la discriminación y la desigualdad en materia laboral; como ejemplos cabe citar el convenio 111, sobre la discriminación en el empleo y en la ocupación, y el convenio 100, sobre igualdad de la remuneración. También adquirió jerarquía constitucional la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 75, inc. 22, CN). El dec. 254/1998 (BO del 11/3/1998) dispuso que se acuerden propuestas entre el Consejo Nacional de la Mujer y el Ministerio de Trabajo a fin de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y varones en el ámbito del trabajo. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe dejar aclarado que lo que prohíbe la ley son las discriminaciones arbitrarias entre el personal, es decir, distinciones infundadas; no impide que el empleador otorgue un trato desigual en situaciones desiguales: el principio se refiere a identidad de situaciones. Por un lado, el trabajador que invoca la existencia de un trato discriminatorio debe acreditarlo, pero, a su vez —de existir un tratamiento distinto—, la empresa puede excepcionarse demostrando que ese trato desigual no es arbitrario ni discriminatorio, sino que responde a causas objetivas. El criterio de otorgar igual trato a los trabajadores en igualdad de situaciones y la posibilidad del empleador de premiar los méritos de un trabajador por encima de la remuneración establecida en el convenio colectivo fue sostenido por la Corte Suprema en la causa "Ratto, Sixto, y otros v. Productos Stani SA" (28/6/1966) —luego incorporado al art. 81, LCT—, y posteriormente en el caso "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes SA" (23/8/1988). En esa inteligencia, se ha resuelto que el criterio del principio de "igual remuneración por igual tarea", radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, doctrina que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado también reiteradamente al decidir que frente a circunstancias disímiles nada impide un trato también diverso, de manera que resulte

excluida toda diferencia injusta o que responda a criterios arbitrarios —Corte Sup., Fallos 265:242, "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes SA", 25/8/1988— (sala 2ª, 23/8/2004, "Kury, Mario Oscar v. Argencard SA"). También sostuvo la Corte que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallen en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución (Corte Sup., 2/6/2000, "Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo nacional s/empleo público", Fallos: 313:1513, consid. 57 y sus citas). Lo que la ley castiga es la discriminación arbitraria. Resulta claro que no implica violar el principio de igualdad, si por causas objetivas —por ejemplo, mayor laboriosidad— el empleador abona una remuneración mayor a determinados dependientes y no a otros, siempre que se respeten los salarios mínimos del convenio colectivo de aplicación. Se ha señalado en doctrina que el principio de no discriminación no sólo rige desde el inicio, durante el desarrollo del contrato y hasta su extinción, sino también antes, o sea en la etapa de selección de postulantes; es precisamente allí donde se advierten más claramente los efectos de una cultura discriminatoria. Por tratarse el estadio precontractual de una "zona gris" donde resulta dificultoso dilucidar cuáles son los derechos que le asisten a la persona discriminada frente al abuso de que es objeto, son escasas las ocasiones en las que este tipo de casos llegan a los tribunales. Ello obedece principalmente a dos motivos. El primero reside en la dificultad probatoria de los actos de discriminación emanados de particulares. En este sentido, Kiper —en criterio que comparto— ha sostenido que "teniendo en cuenta que la no discriminación es un principio que cuenta con sustento constitucional (la Página 83 de 893 protección emana de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con similar jerarquía), cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas, el onus probandi pesa sobre el empleador. Ocurre que es mucho más difícil para el primero probar la discriminación, que para el segundo acreditar la justa causa, si es que existe". Esta posición se sustenta en lo que en doctrina y jurisprudencia se conoce como principio de carga dinámica de la prueba. El segundo se basa en la circunstancia de que el damnificado no es "trabajador" en el sentido estricto de la expresión (todavía no ha sido incorporado, y consecuentemente no existe contrato de trabajo), y no está alcanzado por las leyes especiales y protectorias en materia laboral, pese a que indubitablemente se encuentran vulnerados los derechos consagrados en los arts. 14, 14 bis y 16, CN, y aquellos plasmados en los tratados internacionales con rango constitucional incorporados a partir de la Reforma de

1994 en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna. La traba que supone la dificultad probatoria puede salvarse efectuando una correcta interpretación de la normativa reseñada, que permitirá en muchos casos, alcanzar soluciones más justas. En este sentido, fallos de la Cámara Nacional en lo Civil como "Sendoya, Josefina O. v. Travel Club SA s/daños y perjuicios" (sala H, 4/9/2000, DT 2001-A-784) y "Asociación Mujeres en Igualdad v. Freddo SA s/amparo" (sala H, 16/2/2002) —ambos con votos de Kiper— han destacado en forma detallada la correcta interpretación de la normativa vigente, al hacer lugar en el primer caso, a una indemnización por daños y perjuicios por la no incorporación al empleo de una trabajadora diabética, y en el segundo a un amparo promovido por una asociación de mujeres (Mujeres en Igualdad), tendiente a que la empresa procediese a incorporar a futuro a su plantel sólo trabajadores de sexo femenino hasta compensar la desigualdad producida por la toma casi exclusiva de personal de sexo masculino, debiendo, a tal fin, presentar un informe anual y permitir el acceso a la información correspondiente, bajo apercibimiento de multas, previa audiencia de las partes. Cabe destacar que, si bien la Constitución Nacional garantiza la libertad de contratar, también hay que tener en cuenta que los derechos que ella ampara no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que los reglamentan. La prohibición de discriminar constituye, en este caso, un límite a dicha libertad, obligando al empleador a mantener un criterio neutro predicable por igual tanto para el hombre como para la mujer. Además de las políticas activas de la OIT para combatir la discriminación y la desigualdad en materia laboral (Convenios 111 y 100, entre otros), con la reforma constitucional de 1994 adquirieron rango constitucional tratados sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22), entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica, que prohíben la discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social. Discriminar implica ser tratado de manera distinta. En el ámbito de las relaciones laborales, la discriminación es ilegal cuando el tratamiento diferenciado sea, además, injusto. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se base en características personales o estado, tal como el sexo o la raza, por citar sólo algunos. La discriminación puede tomar distintas formas, y no es indispensable que sea intencional para que sea merecedora de reproche y reparación".¹⁷

Este principio se ve reflejado en los gráficos que hemos acompañado en este trabajo ya que la discriminación en su gran mayoría se produce o se ve concretada en el valor que entrega el empleador al trabajo migrante, ya que el trabajador migrante es un trabajador de bajo

¹⁷ Manual de Derecho Laboral de Julio Armando Grisolia" (edición año 2016). pág. 81,82,83

costo, producto de su informalidad y en muchas ocasiones puede serlo también producto de su necesidad de ingresar al mercado laboral de manera inmediata a que ingresa a nuestro país. Con el gran éxodo que ha existido en los últimos tiempos de Venezuela como ejemplo reciente muchos de ellos han elegido nuestro país para encarar sus nuevos proyectos de vida, y aunque no hemos podido encontrar números que vuelquen lo que vamos a expresar, en diferentes sectores laborales empezamos a notar trabajadores tecnificados y de conocimientos universitarios en trabajos que requieren cierto conocimiento específico, y aquí es donde puede llegar a visualizarse de manera bien marcada el principio de discriminación salarial ya que estos trabajadores son elegidos para ocupar ciertos puestos de trabajo por generar un bajo costo para los empleadores por su condición de migrante en contra posición con sus competidores, los trabajadores no migrantes o migrantes regularizados migratoriamente, en condiciones de ocupar ese mismo puesto de trabajo.

Por eso creemos que es importante marcar este principio para evaluar las brechas salariales presentes y existente en las relaciones migrantes ya que es uno de los puntos importantes en los cuales la discriminación hace de las suyas en las relaciones laborales migrantes.

PRINCIPIO DE GRATUIDAD:

Es el principio que garantiza el acceso gratuito de los trabajadores a la justicia para reclamar por sus derechos. Se materializa en la eximición a los trabajadores del pago de la tasa de justicia, y en la etapa prejudicial en la posibilidad de remitir intimaciones telegráficas y hacer denuncias en sede administrativa sin costo alguno. Con esta protección se trata de evitar que los trabajadores resignen sus derechos por falta de recursos económicos. Esta gratuidad se extiende también a los procedimientos administrativos. El art. 20, LCT dispone que "el trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno. En cuanto de los antecedentes del proceso resultase pluspetición inexcusable, las costas deberán ser soportadas solidariamente entre las partes y el profesional actuante". La ley 23.789 (BO del 31/7/1990) establece para los trabajadores dependientes (y para los jubilados y pensionados) un servicio de telegrama y carta documento gratuito para el remitente. El principio de gratuidad no debe confundirse con el beneficio de litigar sin gastos. El principio de gratuidad, como quedara dicho, implica desde una perspectiva protectora la

imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales o de las peticiones administrativas, pero no impide la condena en costas. Es decir, que no desplaza las normas contenidas en el art. 68, CPCCN respecto de la imposición de las costas, por lo que no incluye la eximición de su pago cuando el trabajador resulte vencido en el juicio y el fallo le imponga esa condena accesoria. El beneficio de litigar sin gastos está expresamente destinado a eximir total o parcialmente de las costas a aquellos que carecen de recursos o de la imposibilidad de procurárselos y debe ser formalmente solicitado, exigiéndose determinados requisitos para la solicitud (arts. 78 y 84, CPCCN). El beneficio de gratuidad establecido por el art. 20, LCT, sólo opera a favor del "trabajador o sus derechohabientes". Por lo tanto, si cuando se discute la existencia del contrato, no se prueba la relación laboral subordinada y la sentencia es desfavorable en tal sentido, dicho beneficio no se aplica. Su objeto fundamental es establecer la igualdad económica de las partes en juicio que resultaría afectada por sí, ante las inevitables desigualdades de fortuna entre las mismas, una de ellas se encontrara en situación de no poder hacer valer sus derechos por la carencia de bienes para solventar su actuación judicial, siendo una de las instituciones que tiende a hacer efectiva la garantía de la igualdad ante la ley consagrada en el art. 16, CN. Su fundamento radica, en última instancia en la inviolabilidad de la defensa en juicio. ”¹⁸

El principio de gratuidad se basa en entregarle al trabajador la mayor accesibilidad posible al ingreso a la justicia o permitirle el intercambio telegráfico sin que existan impedimentos económicos a generar un reclamo o denuncia de la realidad de la relación laboral de la cuales son sujetos, buscando que el intercambio telegráfico que no es más que el dialogo que debe existir entre ambos sujetos de la relación de trabajo sea de acceso directo para el trabajador para que este pueda de esa manera atreves de las intimaciones poder expresarse y denunciar si es necesario diferentes situaciones que vulnereen sus derechos como trabajadores.

II.5. Los Resabios de la Legislación Nacional sobre las relaciones laborales

Migrantes:

Ha sido de nuestro interés hacer una búsqueda en la legislación nacional de todos aquellos extractos normativos en los cuales el legislador ha buscado de manera directa o indirecta legislar materia sobre el presente trabajo. Es cierto que hasta acá nada hemos dicho de la ley 25.8871 de Migraciones pero esto ha estado ligado a que es muy escaso su enfoque al

¹⁸ Manual de Derecho Laboral de Julio Armando Grisolia” (edición año 2016). pag84

tema que tratamos en este trabajo, en ella se reconoce al trabajador migrante irregular pero no justamente desde el enfoque que hemos venido tratando de imponer en este trabajo ya que el tratamiento es profundamente diferente que se remarca respecto al trabajador no migrante o regularizado ya que en contraposición a nuestra postura la ley busca penar la contratación de trabajadores migrantes que se encuentran en situación de irregularidad migratoria.

Esta situación no hace más que penar una realidad laboral presente en nuestro país Esta lógica que impera en ley de migraciones va a contramano de lo que expresa nuestra constitución nacional y el satélite de tratados internacionales de derechos humanos ratificados en el artículo 75 inc. 22, de jerarquía constitucional.

En la Convención Internacional de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares aprobada por la ONU en diciembre de 1.990 que nuestro país ha ratificado en la ley 26.202 hay una amplitud de derechos que se reconocen al trabajador migrante y su familia, como es el derecho al tratamiento digno, iguales derechos de los trabajadores migrantes y sus familiares que el de los trabajadores nacionales o no migrantes, accesibilidad a la justicia, derechos de acceso al sistema indemnizatorio laboral, respeto a la identidad cultural y religiosa e involucra un derecho que poco suele ser nombrado dentro del sistema jurídico laboral que es el derecho a la información.

La constitución argentina contiene una serie de artículos que sirven a nuestro parecer de piedra fundamental al tema que tratamos el propio artículo 14 de la CN establece “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; *a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita*, de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”. Siguiendo dentro de la constitución el artículo 16 sostiene que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en el empleo sin otra condición que la idoneidad. El artículo 20 establece explícitamente que los extranjeros gozan en la nación de todos los derechos civiles de los ciudadanos, lo cual también le agregaríamos que gozan de los derechos laborales y continua, pueden ejercer su industria, comercio y profesión.

Haciendo un recorrido por la ley de migraciones argentina 25.871 nos encontraremos que su artículo 53 que a nuestro parecer es la expresión férrea del negacionismo legislativo sobre la realidad del trabajador migrante en nuestro país y el deber que debe tener el derecho Laboral local, el mismo expresa “Los extranjeros que residan irregularmente en el país

no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia”. En esa misma dirección continua el capítulo de dicha ley que es titulado “De las Responsabilidades y Obligaciones de los Dadores de Trabajo, Alojamiento y Otros”, pero si hay que destacar que es el artículo 56 el que abre el debate que más nos interesa “La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria”, es loable remarcar la frase cualquiera sea su condición migratoria, ya que ha sido uno de las mayores motivaciones de tratamiento de este tema, pero también creemos que entra en una profunda contradicción con el espíritu propio que tiene la ley de migraciones.

El capítulo al que pertenece este artículo es una sección profundamente punitoria en relación a las sanciones y multas que se estipulan, que no hacen más que contribuir al ocultamiento laboral migratorio existente, pero también entra en contradicción con el propio artículo 53 que ya ha sido remarcado anteriormente.

La norma estrella de nuestra legislación se encuentra en nuestra LCT y es uno de los basamentos potenciales para regular este tipo de relaciones laboral, artículo 42 “El contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo”, es nuestra norma estrella porque no hace más que poner en el centro de la escena al trabajador migrante en nuestra lectura según nuestro trabajo.

El trabajador migrante siguiendo la lógica establece la propia ley de migraciones podría ser un trabajador sujeto de un contrato de trabajo de objeto prohibido por ser un migrante irregular, recordemos que la ley de migraciones es posterior a la ley de contrato de trabajo, por esto es que aún nos parece tan importante este artículo de la ley ya que pone en resguardo de manera amplia aquellos trabajadores migrantes irregulares que son parte subjetiva de relaciones laborales, esta norma no hace más que poner de manifiesto que el trabajador no perderá sus derechos adquiridos de tal relación laboral, y los mismo les serán reconocidos.

Bajo este título lo que hemos intentado es hacer un recorrido por la legislación argentina para analizar como tratan las relaciones laborales de los trabajadores migrantes irregulares que año tras años llegan a nuestro país en búsqueda de un nuevo futuro laboral.

III. Las Conclusiones:

No pueden existir leyes labores para los residentes o argentinos y leyes laborales para los migrantes irregulares, todos son trabajadores independientemente de su condición migratoria.

Nuestro país opto por estar dentro de la esfera regulatoria de los derechos humanos, el trabajo es uno de ellos por eso no se puede tolerar jurídicamente la discriminación regulatoria laboral en perjuicio de los trabajadores migrantes irregulares, el trato diferente de aquellos documentados, de los indocumentados no puede generar violaciones de derechos laborales fundamentales como lo que ya hemos expresado a lo largo del trabajo, debemos comenzar a pensar un derecho laboral que incluya a los trabajadores migrantes irregulares ya que son una realidad del derecho laboral nacional y nada tienen que ver con el trabajador no registrado o popularmente llamado trabajador en negro.

Lo que he intentado en este trabajo es no solo expresar mi opinión de un tema que es una realidad de la cual el derecho laboral no puede dejar de expresarse sino también de hacer una recopilación de ciertas normas y datos que están netamente relacionadas con lo que se expone, como así también dejar plasmado un comentario sobre cada una de ellas.

Nuestro país no solo en el siglo XX fue un país elegido por los trabajadores migrantes, sino que también lo es en la actualidad, siendo hoy receptor de gran cantidad de ellos, la migración irregular de estos trabajadores es la regla, y esto ha llevado a que las relaciones de trabajo informal compuestas por trabajadores irregulares también hayan sido una salida para aquellos que quieren favorecerse de tal situación pagando salarios miserables, generando situaciones de trabajo indignas e inhumanas en búsqueda su favorecimiento económico, porque el objetivo en muchas ocasiones es bajar los costos de producción sin importar a costo de que derechos laborales se está atacando.

A lo largo de nuestras investigaciones nos hemos encontrado con extrema escases de material doctrinario y de investigación lo que no hace más que dejar evidenciado el poco interés de este tema, que no por eso deja de ser interesante dentro del mundo del derecho laboral

El comienzo del debate del tema debe estar en que esta problemática es una realidad a tratar, porque si no las consecuencias serán que los trabajadores migrantes irregulares seguirán siendo víctimas de tales situaciones vulnerables de derechos, la regulación del mercado laboral migrante debe ser parte de la agenda de todos aquellos que intentamos aportar a la consagración de un derecho laboral que tenga como objetivo la construcción en la medida de lo posible de una justicia que intente disminuir la brecha por naturaleza que existe entre el

empleador y el trabajador, sin perder de vista que el camino es la construcción de un derecho laboral totalmente inclusivo.

IV. BIBLIOGRAFIA

IV.1. “Migración y Trabajo en el Capitalismo Global de los Autores” (Jorge Olvera García, Norma Baca Tavira, Maurizio Ricciardi, Susana Sanhueza Henríquez, coordinado por la Universidad Autónoma del Estado de México, Alma Mater Studiorum Universita di Bologna, Universidad Católica del Maule y Gedisa)

IV.2. “Nuevas Tecnologías Presente y Futuro del Derecho del Trabajo”, (Director: Cesar Arese, Coordinadore: Ricardo León Chercoles y María de los Ángeles Ferrario).

IV.3.” Manual de Derecho Laboral de Julio Armando Grisolia” (edición año 2016).

IV.4. El concepto de “persona trabajadora migrante” como forma de discriminación de Jorge Olaso Álvarez, Costa Rica.

IV.5. “Hermanos Latinoamericanos. Su inserción laboral en los aglomerados con mayor presencia migratoria” (Equipo de Estudios y Estadísticas sobre el Mercado de Trabajo Dirección General de Estudios Macroeconómicos y Estadísticas Laborales – MPyT - septiembre de 2018).

IV.6. Ley de Migraciones 25.871.

IV.7. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 Solicitada Por los Estados Unidos Mexicanos (Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados).

IV.8. Manual de derecho Constitucional de German J Bidart Campos.

IV.9. Ley de Contrato de trabajo 20.744.

IV.10. “Si son Humanos no son Recursos” de Mario E Ackerman.