

GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES
MIGRANTES EN COLOMBIA A LA LUZ DE LOS CONVENIOS 097 Y 143 DE LA
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

BRANDON CAMILO ARCHILA JAIMES

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA

2021

GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES
MIGRANTES EN COLOMBIA A LA LUZ DE LOS CONVENIOS 097 Y 143 DE LA
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

BRANDON CAMILO ARCHILA JAIMES

Trabajo de grado para optar título de Abogado

Directora:
Jackeline Granados Ferreira
Doctora en Derecho

UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA

2021

DEDICATORIA

A mi familia.

AGRADECIMIENTOS

Para aquellos que han puesto su vida al servicio de la academia y que inspiran con su calidez humana y profesionalismo a las nuevas generaciones. Mil gracias.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	14
1. PROBLEMÁTICA Y JUSTIFICACIÓN.....	16
1.1 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	18
2. METODOLOGÍA	19
3. OBJETIVOS.....	20
3.1 OBJETIVO GENERAL	20
3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	20
4. MARCO HISTÓRICO.....	21
4.1 LA APARICIÓN DEL TRABAJO REMUNERADO.....	21
4.2 EL CORPORATIVISMO Y LA NUEVA SUBORDINACIÓN.....	24
4.3 EL FIN DE LOS GREMIOS Y LA LIBERTAD DE OFICIO	28
4.4 INDUSTRIALIZACIÓN, INTERVENCIÓN ESTATAL Y SINDICALISMO	29
4.5 CONSOLIDACIÓN DE DERECHOS LABORALES Y PRIMERAS CONSTITUCIONES SOCIALES	33
4.6 LA OIT Y EL NACIMIENTO DEL DERECHO LABORAL INTERNACIONAL ...	35
4.7 FORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA	38
5. MARCO REFERENCIAL.....	43
5.1 MARCO TEÓRICO	43
5.1.1 Teoría Macroeconómica	43
5.1.2 Teoría Microeconómica.....	44
5.3 Nueva Teoría Económica de la Migración	45
5.2 MARCO LEGAL	46
5.2.1 Normas Nacionales Referentes a Derechos Laborales	47
5.2.1.1 Código Sustantivo del Trabajo.	47
5.2.1.2 Ley 100 de 1993.	49
5.2.3 Normas nacionales regulatorias del ingreso de trabajadores inmigrantes	50
5.2.3.1 Decreto 1067 de 2015.....	50

5.2.4 Normas internacionales ratificadas por Colombia que consagren derechos de Trabajadores Migrantes	53
5.2.4.1 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CPRAW) (1990).....	53
5.2.5 Decisión andina 545: Instrumento andino de migración laboral.....	55
6. MIGRACIÓN, INMIGRACIÓN, Y SU INCIDENCIA EN EL MUNDO DEL TRABAJO	58
7. LA OIT Y SUS ACCIONES SOBRE LA MIGRACIÓN LABORAL	65
7.1 LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y SUS PROCEDIMIENTOS	65
7.1.1 Órganos de Gobierno y Administración.	66
7.1.2 Instrumentos internacionales adoptados por la OIT y su naturaleza:	68
7.1.3 Convenios Internacionales del Trabajo.....	70
7.1.4 Recomendaciones Internacionales del Trabajo	72
7.1.5 Mecanismos y procedimientos de control y sanción de la OIT.	72
7.1.5.1 Mecanismos de control periódicos.....	73
7.1.5.2 Procedimientos especiales.	74
7.2 LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA OIT PARA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE	75
7.2.1 C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes,1949.	76
7.2.2 C143 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (Disposiciones complementarias), 1975.....	79
7.3 APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS 097 Y 143 EN JURISDICCIONES EXTRANJERAS.....	81
7.3.1 Francia: el Consejo de Estado Frances y la garantía de vivienda para los trabajadores migrantes.	82
7.3.2 Hong – Kong: El Tribunal de Apelación de la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong analiza la procedencia de un impuesto para contratar migrantes	84
7.3.3 República Federal (RF) Alemana:.....	86

8. LA NO RATIFICACIÓN DE LOS CONVENIOS 097 Y 143 DE LA OIT EN COLOMBIA	89
8.1 TEORÍAS SOBRE LA NO RATIFICACIÓN.....	90
8.1.1 Teoría 1: las normas y acciones internas conforman una política migracional más favorable para los trabajadores que los mismos instrumentos internacionales.	90
8.1.2 Teoría 2: el marco regulatorio regional y los acuerdos multilaterales reportan más ventajas que los Convenios de la OIT.....	93
8.1.3 Teoría 3: La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 reúne el articulado de los Convenios 097 de 1949 y 143 de 1975.	95
8.2 DIFERENCIAS ENTRE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN MATERIA DE MIGRACIONES LABORALES, LA CONVENCIÓN DE LA ONU DE 1990, Y LA DECISIÓN ANDINA 545	96
9. LA CRISIS MIGRATORIA VENEZOLANA, SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL COLOMBIANO (2015-2019.....	99
9.1 POBLACIÓN EN EDAD DE LABORAR Y SU NIVEL EDUCATIVO.....	102
9.2 OCUPACIÓN, DESEMPLEO Y PARTICIPACIÓN.....	103
9.3 MEDIOS DE CONSECUCCIÓN DEL EMPLEO.	104
9.4 HORAS LABORADAS.	106
9.5 POSICIÓN OCUPACIONAL.	106
9.6 RAMA DE ACTIVIDAD.....	106
9.7 TEMPORALIDAD.....	107
9.8 INFORMALIDAD.....	108
9.9 INGRESOS LABORALES.....	108
9.10 SATISFACCIÓN EN EL EMPLEO	109
10. ACCIONES DE CONTINGENCIA Y SU POCA EFECTIVIDAD.....	112
10.1 PERMISO ESPECIAL DE PERMANENCIA.....	112
10.2 TARJETA DE MOVILIDAD FRONTERIZA.....	114

10.3 PERMISO ESPECIAL DE PERMANENCIA PARA EL FOMENTO DE LA
FORMALIZACIÓN116
10.4 INEFICACIA DE LAS MEDIDAS DE CONTINGENCIA..... 119
11. CONCLUSIONES124
BIBLIOGRAFÍA.....127

LISTA DE TABLAS

	pág.
Tabla 1. Número de inmigrantes venezolanos residentes en Colombia desde junio de 2017 hasta junio de 2019.....	101
Tabla 2. Medio Principal de Consecución del Empleo. Total Nacional. (2015-2019)	105
Tabla 3. Ocupados según actividad económica. (2015-2019)	107
Tabla 4. Brechas de ingresos per cápita, Nacional/Venezuela (miles de pesos al mes) Total nacional. Año 2016 – 2018.....	109
Tabla 5. Indicadores de satisfacción en el trabajo. Total nacional. (2015-2019)..	110
Tabla 6. Número de venezolanos que contaban con PEP para junio de 2018. ...	113

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Línea temporal de las normas laborales que antecedieron al CST.....	41
Figura 2. Indicadores de mercado laboral de acuerdo al estatus migratorio Tasa global de participación- TGP	104
Figura 3. Distribución de los venezolanos que solicitaron TMF a junio de 2018, según su estado de origen.....	116

LISTA DE CUADROS

pág.

Cuadro 1. Ratificaciones a los convenios 097 y 143 de la OIT.....	89
Cuadro 2. Diferencias entre la Convención de 1990, la Decisión Andina 545, el Convenio 097 de la OIT, y el Convenio 143 de la OIT.....	96

RESUMEN

TÍTULO: GARANTÍA DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN COLOMBIA A LA LUZ DE LOS CONVENIOS 097 Y 143 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)*

AUTOR: BRANDON CAMILO ARCHILA JAIMES**

PALABRAS CLAVE: MIGRACIÓN, LABORAL, CONVENIOS, OIT.

DESCRIPCIÓN:

Las dinámicas migratorias que han venido experimentado Colombia a partir de la llegada de millones de venezolanos constituyen un tema no menor, siendo objeto de debates económicos, políticos y sociales. El resultado de estas discusiones ha derivado en varias acciones del Gobierno nacional para mitigar el impacto económico y social que representó la gran afluencia de extranjeros a lo largo de nuestro territorio. Al ser estas inmigraciones un completo imprevisto, ha sido evidente que las medidas mencionadas se han adoptado e implementado sobre la marcha, en una suerte de improvisación. El impacto que la inmigración tuvo sobre el mundo del trabajo, además de demostrar la escasa y casi nula previsión institucional para afrontar la crisis, dejó en evidencia una realidad jurídica poco conocida y preocupante.

El ordenamiento jurídico colombiano consagra una protección laboral para los extranjeros que emigran al interior de nuestras fronteras en las mismas condiciones que para cualquier trabajador nacional, mas no provee a los inmigrantes de mecanismos o recursos ante instancias internacionales, específicamente ante la OIT, en los casos en que sus derechos se vean sistemáticamente vulnerados con ocasión a su origen. Esta situación, que permanece en silencio entre los círculos políticos y académicos, ha sido ideal para que los derechos laborales de los inmigrantes venezolanos sean vulnerados sin que esto represente consecuencia alguna para el Estado colombiano.

*Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho. Directora: Jackeline Granados Ferreira Doctora en Derecho.

ABSTRACT

TITLE: GUARANTEE OF LABOR RIGHTS OF MIGRANT WORKERS IN COLOMBIA BASED ON CONVENTIONS 097 AND 143 OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION (ILO)*

AUTHOR: BRANDON CAMILO ARCHILA JAIMES**

KEY WORDS: MIGRATION, LABOR, ILO, CONVENTIONS.

DESCRIPTION

The migratory dynamics that Colombia has been experiencing since the arrival of millions of Venezuelans constitute a subject no less, being the object of economic, political and social debates. The result of these discussions has led to various actions by the national government to mitigate the economic and social impact represented by the large influx of foreigners throughout our territory. As these immigrations are completely unforeseen, it has been evident that the aforementioned measures have been adopted and implemented on the spot, in a kind of improvisation. The impact that immigration had on the world of work, in addition to showing the scarcity and almost no institutional provision to face the crisis, revealed a little-known and worrying legal reality.

The Colombian legal system establishes labor protection for foreigners who emigrate within our borders under the same conditions as for any national worker, but it does not provide immigrants with mechanisms or resources before international bodies, specifically before the ILO, in cases in which their rights are systematically violated due to their origin. This situation, which remains silent among political and academic circles, has been ideal for the labor rights of Venezuelan immigrants to be violated without this representing any consequence for the Colombian State.

* Degree work

** Human sciences department. Law and political sciences school. Director: Jackeline Granados Ferreira Doctor in Law.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el proceso de apertura del mercado y globalización ha intensificado las migraciones a nivel mundial. Las nuevas tecnologías, el abaratamiento del transporte internacional, y el acceso a información de distintas latitudes han permitido que las fronteras geográficas no sean ya un impedimento para buscar una vida mejor. Si bien son muchas las razones que motivan el éxodo de millones de personas, por ejemplo: pobreza, persecución política, conflictos internos, catástrofes naturales; es la búsqueda de oportunidades y el acceso a un trabajo bien remunerado la principal causa generadora de migración en el mundo.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) señaló en su Informe de Indicadores de la Migración Mundial 2018 que en el mundo hay cerca de 250 millones de foráneos.¹ A su vez, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que en el mundo existen 164 millones de trabajadores migrantes, y define a estos como *“todos los migrantes internacionales que están actualmente empleados o están desempleados y buscan empleo en su país de residencia actual”*²

El fenómeno migratorio comporta una dimensión cuantitativa sustancial con una especial relevancia para el sector productivo y social. La incorporación de los extranjeros no sólo a los sectores económicos sino también a la sociedad del país que los acoge exige políticas e intervenciones coordinadas de los organismos públicos que favorezcan el proceso de integración y la protección de los derechos de los trabajadores migrantes. Dicha intervención estatal, representada en políticas públicas, debe estar contenida en normas jurídicas que respondan a los postulados

¹ Organización Internacional para las Migraciones (OIM). IOM GMDAC: Global Migration Indicators 2018 [en línea]. Alemania. 2018. [Consultado: 10 de abril de 2020]. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/global_migration_indicators_2018.pdf.

² Organización Internacional del Trabajo (OIT). Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes: Resultados y metodología - Resumen Ejecutivo [en línea]. Suiza. 2018. [Consultado: 10 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms652030.pdf>.

principialistas de la Constitución, y en armonía con los Tratados internacionales ratificados por cada país; siendo los convenios de la OIT los instrumentos por excelencia en estas materias. Estas normas internacionales, siempre que hayan sido ratificadas por el legislador adquieren rango constitucional, son de obligatorio cumplimiento y vinculatoriedad para todas las actuaciones de la administración, cuyas entidades y funcionarios deberán ceñirse a estas aun cuando no exista ley que desarrolle sus contenidos en tanto que por su ratificación forman parte del ordenamiento jurídico.

Cuando se expiden actos administrativos o leyes presuntamente contrarias a los postulados y contenidos de las normas internacionales, o cuando se ejecutan acciones atentatorias de las mismas, es necesaria la intervención de los Jueces de los Tribunales de cierre como interpretes autorizados de la Constitución y la ley para que definan si con estas expresiones del Estado se vulneran los convenios y con ello a quienes estos buscan proteger.

La tutela de los derechos de los trabajadores migrantes representa además de la prevalencia del ordenamiento jurídico como elemento fundamental del Estado Social de Derecho, el cumplimiento de la regla de confianza legítima, manifestada en la expectativa del extranjero frente a la conducta de las autoridades del país que le acoge.

1. PROBLEMÁTICA Y JUSTIFICACIÓN

Las normas colombianas en materia laboral y de seguridad social suelen ajustarse a los lineamientos que propone la OIT. El legislador colombiano parece soportar las leyes que expide en los convenios y protocolos que adopta la organización. Pero al tiempo que encuentran inspiración en estos instrumentos internacionales, suelen relegar su ratificación a un segundo plano. Ejemplo de lo anterior son las leyes de protección a la madre lactante trabajadora que, comparadas con otras legislaciones, supera los estándares internacionales. A pesar de este garantismo en Colombia no se ha ratificado el convenio C183, Convenio sobre la protección de la maternidad.

Lo anterior refleja un escenario en el que, prima facie, las normas laborales están creadas acorde a los preceptos que la OIT, como principal agencia orientadora en asuntos laborales y de seguridad social en el mundo, ha venido adoptando en sus instrumentos. Pero a posteriori, se limita el campo de acción de dicha organización evitando la vigilancia efectuada por sus mecanismos de control (comisión de expertos y comisión tripartita) y el acceso que, ante eventuales denuncias sobre el incumplimiento de los convenios, pudieran tener de los afectados a sus procedimientos de reclamación y queja.

Y si la situación de las normas sobre madres trabajadoras es paradójica, en materia migratoria resulta preocupante. Colombia ha sido señalada en los más recientes estudios en los siguientes términos:

“la Comisión toma nota de que algunas organizaciones de trabajadores y de empleadores indicaron que apenas se les había consultado, en su caso, sobre el tema de la migración laboral, o que no formaban parte de comisiones nacionales que abordaran el tema de la migración. Entre estos: la Confederación General del Trabajo (CGT) de Colombia, la Confederación de

Trabajadores de Colombia (CTC), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) de Colombia, la Confederación General del Trabajo.”³

Y, además:

“El Gobierno de Colombia regula[ba] la inmigración con arreglo a los intereses sociales, demográficos, económicos, científicos, culturales, de seguridad, de orden público, sanitarios y de otra índole, apoyando la inmigración de inversores en empresas que interesaban al país o en actividades que generaban empleo, contribuyendo así a la exportación de bienes o en beneficio del interés nacional. La Comisión toma nota de la información proporcionada por la CGT de Colombia, que puso de relieve que el Gobierno de Colombia estaba centrándose en los aspectos económicos de la migración, como las remesas, y no en la protección de los derechos humanos.”⁴

Estas denuncias han sido conocidas por la OIT a través de las consultas que realiza constantemente para verificar el cumplimiento de sus normas. Más no tienen ningún impacto real, devenido de las instrucciones de la organización, pues en últimas se ve limitada a emitir meras invitaciones. Colombia no ha sido ratificado los convenios C097/49 y C143/75, ergo, es imposible aplicar los mecanismos mencionados anteriormente para perseguir el cumplimiento de dichos instrumentos. El trabajo que se presenta a continuación tiene como objetivo exponer los instrumentos de la OIT para la protección de los trabajadores migrantes. Así también busca abordar la situación colombiana y las acciones que ha dirigido para la protección de los trabajadores migrantes, soportadas estas en el derecho interno y las normas internacionales ratificadas.

³ Conferencia Internacional del Trabajo. 105ª reunión, Suiza (2016), “Promover una Migración equitativa: Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes”, pg.50. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf [consultado el 06/01/2020].

⁴ *Ibidem*, págs. 64-65.

La población foránea que se radica en nuestro país con el fin de ejercitar una labor u oficio, tienen al igual que los connacionales una garantía constitucional contenida en el canon 53 superior. Pero, a razón de la no ratificación de los convenios, el irrespeto de las garantías laborales a la población migrante (como conducta sistemática) no podría ser investigado y resuelto por la OIT. El ordenamiento jurídico colombiano es coherente con los convenios 097 de 1949 y 143 de 1975 de la OIT y con la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de la ONU.

Pero la crisis migratoria venezolana ha evidenciado que el trabajador migrante es presa predilecta de quienes encuentran en la explotación laboral un interés particular. Son estos hechos ineludibles los que llevan a pensar, ¿qué ocurriría si estas vulneraciones sistemáticas quieren ser llevadas ante la OIT?, pues la respuesta es que quienes quieran hacerlo se encontrarán con la imposibilidad de acudir a los mecanismos de este órgano pues la no ratificación de los convenios impide que los estamentos de la Organización puedan ejercer las medidas que luego serán explicadas.

1.1 PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

La pregunta de investigación que orienta este trabajo de grado será:

¿Cómo ha incidido la falta de ratificación de los convenios 097 de 1949 y 143 de 1975 de la OIT en el manejo de la inmigración laboral de ciudadanos venezolanos a Colombia y en el acceso a una instancia internacional para hacer efectivos sus derechos mínimos laborales?

2. METODOLOGÍA

Este trabajo de grado, para alcanzar sus resultados, ha seguido el método analítico descriptivo, ideal para esta investigación dado que su objeto no ha sido explorado por el derecho. Al ser una temática reciente y a la vez general ya que revisa el ámbito nacional, el método se aplicó a las cifras que el Departamento Nacional de Estadística (DANE) publicó en la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) del período 2015-2019, y que magistralmente supo interpretar y exponer el Observatorio de Derecho Laboral de la Universidad Externado de Colombia.

Revisados los datos de estos cuatro años a la par con la normativa nacional e internacional (ratificada y no ratificada) vigente se alcanzan grandes conclusiones que apuntan a que la afirmación dada en la hipótesis de este trabajo es correcta.

3. OBJETIVOS

3.1 OBJETIVO GENERAL

Comparar los convenios 97 y 143 de la OIT y las recomendaciones que de estos se derive, con los instrumentos internacionales sobre derechos laborales de migrantes que han sido ratificados por Colombia y las disposiciones nacionales que desarrollan las mismas temáticas.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ✓ Esbozar la situación de las migraciones laborales como fenómeno global que se soporta en cifras.
- ✓ Explicar la naturaleza jurídica de los instrumentos, procedimientos, y mecanismos de control de la OIT.
- ✓ Exponer los análisis de aplicación y utilidad que los tribunales de otras latitudes han hecho de los convenios bajo estudio a partir de jurisprudencia extranjera.
- ✓ Exhibir las cifras de migración laboral en nuestro país en el periodo de crisis social y económica venezolana (2014-2019).

4. MARCO HISTÓRICO

La existencia del trabajo (en su sentido más amplio), como la actividad que supone un esfuerzo físico o mental en aras de alcanzar un objetivo, está ligada de manera inescindible a la historia misma de la humanidad. Desde el primer homínido que supo levantar una roca para golpear a un animal y poder comerlo, hasta las actividades más avanzadas desarrolladas con ayuda de la tecnología moderna, el uso de las capacidades inherentes al hombre en búsqueda de un fin específico ha sido indispensable para nuestra subsistencia.

De la misma manera, la aparición de reglas y normas de conducta para proteger lo obtenido o exigir el respeto de aquello, es tan antigua como nuestra misma especie. Bien supieron explicar esto los romanos con su aforismo *“ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius; ergo: ubi homo, ibi ius”*⁵. Son entonces, el trabajo (como esfuerzo humano) y el derecho (como reglas de conducta) tan antiguos como el hombre y la mujer. Pero la vieja data del derecho y del trabajo no es predicable así de los derechos del trabajo o derechos laborales. A continuación, se presentarán los distintos momentos de la historia por los que hubo de trasegar la humanidad para lograr entender al trabajo como un derecho humano, y al derecho laboral como el conjunto de normas y procedimientos que propenden por su protección.

4.1 LA APARICIÓN DEL TRABAJO REMUNERADO

Las antiguas civilizaciones presentaban unas estructuras sociales definidas. En un orden descendente se ubicaban: el emperador, su núcleo cercano (familia, consejeros, generales), los monjes o adivinos, los soldados, las personas libres, y por último los esclavos. Estos últimos, condenados de por vida a servir como castigo

⁵ Donde hay hombre hay sociedad; donde hay sociedad hay derecho; entonces: donde hay hombre, hay derecho.

divino a sus vencedores, representaban la mayor fuente de aprovechamiento e impulso de las economías antiguas. Sumerios, egipcios, griegos, cartaginenses, y romanos, construyeron sus imperios con las manos de quienes poblaban los territorios conquistados.

Tal y como lo expone el tratadista francés Alain Supiot, el trabajo (antes de Roma) como aprovechamiento de la prestación de un servicio, era desarrollado sólo por objetos; animales y esclavos.⁶ Y no es que es que el imperio romano haya cambiado esta situación. Los romanos supieron esclavizar incluso a civilizaciones esclavistas. De hecho, el origen etimológico de la palabra ‘trabajo’ es el latín *tripaliare*, torturar. Que a su vez se deriva de un latín más antiguo, *tripalium*, que era aquel conjunto de tres maderos con el que se conducían los bueyes en el arado. Pero fueron los juristas romanos quienes diseñaron el primer atisbo de una actividad de trabajo voluntaria, ajena y remunerada.

El crecimiento demográfico de Roma, su expansión territorial, y las tantas necesidades por suplir, hicieron que en menos de 200 años de existencia (siglos VI y V a.C), el número de esclavos no alcanzara para cubrir todas las actividades del imperio; y en medio de esa necesidad aparece *la plebe*. La profesora Emilssen G. de Cancino los define así:

“Algunos esclavos manumitidos, los clientes cuya *gens* se desintegraba, los hijos desheredados y empobrecidos, los habitantes de las ciudades sometidas que se trasladaban a Roma y no se vinculaban con las gentes patricias, es decir, con los grupos gentilicios a cuya cabeza está un *páter*, van dando origen en forma paulatina a una nueva clase social: *la plebe*, (...).”⁷

⁶ SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. 1996. p. 21.

⁷ GONZALES de CANCINO, Emilssen. *Manual de Derecho Romano*. 6° ed. Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 2014. p.26.

A este nuevo estrato social se le privó de derechos civiles, entre ellos el *ius commercii* (derecho a comerciar y a tener propiedad). Al no tener tierras ni otro ingreso para sostenerse, se ofrecen a sí mismos al mejor postor a cambio de comida, cuidado, y dinero. Así aparece el contrato de *locatio conducto operarum*, donde un locatario (*plebe*) se arrendaba así mismo a un conductor (*pater*) quien podía dirigirlo o darle órdenes específicas siempre y cuando le brindara una remuneración como las antes mencionadas. Esta relación contractual, enmarcada en la lógica civilista romana, fue de gran provecho para los grandes terratenientes que precisaban de cuidadores o gente de confianza para el cuidado de sus propiedades.

Pero las labores del hogar, el cuidado de la propiedad, y la agricultura, no eran las únicas áreas en que podían desarrollarse los plebeyos. Es así como se implementa un nuevo tipo de contrato *locatio conducto*, ya no *operarium* sino *operis*. Mientras en el primero se contrataba la disponibilidad, la ayuda, la presencia del locatario, en el segundo se pactaba un resultado concreto. Ejemplo de ello eran los artesanos que ponían sus conocimientos a disposición del conductor, quien a su vez ordenaba la creación y entrega de determinada obra. La diferencia sobresaliente entre la *locatio conducto operarium* y la *locatio conducto operis* es entonces la supervisión ejercida por el contratante hacia el contratista, presente en el primero de los contratos y ajena al segundo de ellos. Comparten la ajenidad del trabajo, pues se desarrolla en beneficio de otro, y la existencia de una remuneración, factor que junto a la voluntad los diferencian del esclavismo. Son, ambas, las manifestaciones más primitivas de lo que hoy conocemos como contrato de prestación de servicios y contrato de obra. De hecho, estos acuerdos de carácter particular están consagrados en el estatuto civil colombiano, heredero del Código civil francés de 1804. En esta última obra se consagraban como “contrato de arrendamiento de obra” y contrato de arrendamiento de servicios”.⁸

⁸ BOZA PRÓ, Guillermo. Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. Madrid: Revista Temis. n° 65. 03 de junio de 2014. p. 15-16.

Estas instituciones jurídicas sobrevivieron a la caída del Imperio romano de occidente (476 d.C), y permanecieron en su forma más primitiva durante la era feudal. El feudalismo, como el modelo económico de casi toda Europa hasta el siglo XIII, representó la continuidad del modelo romano de trabajo ajeno y remunerado. Es cierto que las relaciones entre señor feudal y vasallo eran más complejas que la del conductor con el locatario, pero albergaba en su interior la misma motivación, obtener el servicio de otro a cambio de una remuneración. La servidumbre de gleba feudal se heredaba, la actividad a realizar no era encogible sino asignada por el señor feudal, y la remuneración no estaba dada en salario sino en protección, alimento, y vivienda. Pero comparados con el derecho laboral contemporáneo, no había gran diferencia entre el modelo romano y el feudal.⁹

4.2 EL CORPORATIVISMO Y LA NUEVA SUBORDINACIÓN

Es luego de este periodo oscurantista, con la llegada de la baja edad media, en el que algunos autores ubican el origen de relaciones laborales protegidas. Así lo expone Germán Valdés Sánchez cuando cita al excelentísimo tratadista laboral Ernesto Krotoschin. Señala el germano en su obra más reconocida:

“De la edad media, es dable retener ciertas nociones del régimen corporativo, aunque los antecedentes del movimiento sindical moderno sólo se remontan hasta dicho régimen en muy reducida escala, referida a las últimas evoluciones, en que los abusos cometidos por los ‘maestros’ inducían a los compañeros a agruparse de forma independiente.”¹⁰

El régimen corporativo a que se refiere es el de las corporaciones de oficios; empresas que nacen en un contexto muy distinto al feudal. La bonanza agrícola del

⁹ Ibidem.

¹⁰ KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado práctico de derecho del trabajo. Buenos Aires: Depalma. 1965. Citado en: VALDES SÁNCHEZ, Germán. Derecho laboral individual. Bogotá: Legis. 2018. p.9. ISBN:978-958-767-702-7

siglo XII en Europa favoreció los intercambios comerciales, llevados a cabo generalmente en los templos o castillos feudales, pero que empezaron a surtirse en las pequeñas urbes abandonadas por la caída de Roma. Estas negociaciones se hicieron cada vez más frecuentes, lo que conllevó al crecimiento de los núcleos urbanos hasta convertirse en las primeras ciudades medievales.¹¹ Allí acudían los campesinos con el fin de vender sus productos y a comprar los artículos ofrecidos por los artesanos, herreros, sastres, etc. Son estos últimos (los creadores y vendedores de productos novedosos) quienes empiezan a darle identidad propia al comercio con la creación de mercados, talleres, y otros establecimientos; conformando así los primeros burgos. La aparición de estos barrios y de una nueva clase social llamó la atención de vasallos y campesinos que veían en los talleres de oficios una fuente de sustento más beneficiosa que la siembra o el pastoreo.

Los talleres de oficios eran emprendimientos locales en los que un maestro asumía la orientación de un grupo de personas denominadas oficiales. A estos se les exigía realizar la producción del taller a cambio de una contraprestación (ya no en protección u otra especie sino en moneda). Esta relación de sujeción, donde el maestro da las ordenes que debe seguir el oficial, es una forma más avanzada de trabajo asalariado. A propósito de estas corporaciones, el ya referenciado texto de Boza Pró nos recuerda una cita del laboralista italiano — al mismo nivel de Krotoschin — Umberto Romagnoli.

“[las] corporaciones de oficio [que] tienen el monopolio legal y lo gestionan, asumiendo la regulación de la relación laboral y la jurisdicción acerca de los conflictos que pueden derivar”. Además, señala que “sustentan los valores de las poblaciones artesano-campesinas: El respeto a la autoridad, la disciplina y la solidaridad de grupo”.¹²

¹¹ LE COFF, Jacques. La civilización del Occidente medieval. Barcelona: Paidós. 1999. p.66. ISBN: 84-493-0766

¹² ROMAGNOLI, Umberto. El Derecho, el trabajo y la historia. Madrid: Consejo Económico y Social. 1997. p. 38. BOZA PRÓ, Guillermo. Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. Op. cit., p. 16.

A pesar de la subordinación existente, al tiempo que el oficial seguía las ordenes de su maestro, intentaba desarrollar nuevas técnicas de las que se pudiera apropiarse para luego fundar su propio taller y contratar a sus propios oficiales. De hecho, en la jerarquía piramidal del taller la base no era el oficial, sino el aprendiz. Estos jóvenes se formaban con el ánimo de convertirse en los nuevos oficiales, y eran dirigidos por estos en el cumplimiento de las labores que se les encomendaban. El intento de emprender por parte de los oficiales no cayó muy bien a muchos maestros que veían como se multiplicaban los talleres y con ello disminuían sus clientes. Esta preocupación resultó en la creación de grupos especializados de maestros (gremios) que se abrogaron la potestad de autorizar o no la creación de nuevos talleres, y con ello monopolizar las actividades desarrolladas en la ciudad. Para Le Coff:

“Las corporaciones [y gremios] que constituyen el marco de los nuevos oficios son, ante todo, como muy bien los ha definido Gunnar Mickwitz, «cárteles» que eliminan la competencia y constituyen una remora para la producción”.¹³

Las arbitrarias restricciones impuestas a los oficiales, las instrucciones desmedidas, la falta de compensaciones adecuadas, y la monopolización de los sectores impulsó la creación de grupos de trabajadores (oficiales y aprendices) que, en contraposición a los gremios, exigían mejores condiciones en los talleres so pena de alzamientos violentos. La aparición por primera vez de proto-sindicatos — como los llama Boza Pró — corona esta etapa del trabajo donde se hacen visibles por primera vez algunas instituciones y figuras del derecho laboral contemporáneo; el trabajador, el empleador, la subordinación, y las organizaciones proletarias y patronales.¹⁴

¹³ LE COFF, Jacques. La civilización del Occidente medieval. Op. cit., p. 65.

¹⁴ BOZA PRÓ, Guillermo. Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. Op. cit., p.17.

Sea de resaltar la labor — involuntaria — de los gremios en la configuración de unas primeras garantías laborales como el descanso dominical y la prohibición de trabajo nocturno. E impero, estas contribuciones fueron involuntarias pues nunca respondieron a una motivación pro-operario sino de otra índole. Los estatutos gremiales prohibían la fabricación de productos en horas de la noche (evitando así errores en la producción), y la exigencia a todos los agremiados para no abrir sus talleres los domingos (por motivos religiosos).

Aun así, este momento de la historia, al igual que los que lo antecedieron, no constituyó sino un avance para la aparición del derecho del trabajo pues este se ha estructurado de manera lenta y paulatina, tal y como lo expresa Romagnoli al referirse a los romanos:

“En resumidas cuentas, también a ellos se debe que el derecho del trabajo no hay surgido de improviso de la oscuridad de la historia, como efecto de una ruptura de épocas concentrada en un solo acontecimiento del que pudiera decirse: el derecho del trabajo nace aquí y ahora. En verdad, se desarrolla a la velocidad imperceptible de los glaciares —y, como ellos, avanza cubierto por detritos venidos de un lugar desconocido— en la periferia de un imperio, el derecho privado, y casi de forma clandestina. Porque, el derecho de los contratos no puede tolerar que la realidad del trabajo prestado por cuenta jena sea sustraída a su gobierno y, por lo tanto, interpondrá unos obstáculos insuperables para la formación de un derecho especial, con propósitos de separatismo.”¹⁵

¹⁵ ROMAGNOLI, Umberto. Op. cit. Citado en: VALDES SÁNCHEZ, Germán. Derecho laboral individual. Op. cit., p. 10.

4.3 EL FIN DE LOS GREMIOS Y LA LIBERTAD DE OFICIO

Pasaron poco más de tres siglos y el monopolio de las actividades económicas permanecía en manos de los gremios. Esto afectaba no sólo a los oficiales y aprendices que dependían de la voluntad de sus maestros — cada vez más déspotas —, sino también al mercado mismo pues el régimen corporativo afectaba la libertad de empresa y el comercio independiente. Es así como en Francia, país que afrontaba un estancamiento comercial y de industrialización respecto a sus vecinos ingleses, el ministro de economía Anne Robert Jacques Turgot expide en 1776 el edicto que lleva su nombre. Turgot, un economista afín al movimiento ilustrado y con ideas liberales que — paradójicamente — se oponían a las de su superior Luis XVI, adelantó grandes avances en aras de eliminar los privilegios y dadivas a la nobleza y la naciente burguesía. El edicto suprimió las agremiaciones y sus estatutos, prohibió las corporaciones, y proclama la libertad del hombre para escoger su oficio.¹⁶ No sorprende entonces que haya sido esa burguesía, afectada por las medidas de Turgot, quien soportara el costo económico de la revolución francesa que dio fin al gobierno de Luis XVI.

La toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789 trajo consigo el fin de la monarquía en Francia y la hegemonía de un nuevo movimiento político-filosófico, la Ilustración. Libertad, fraternidad e igualdad, era la consigna de los revolucionarios — incluida la burguesía — que vieron en la nueva República la oportunidad para construir una sociedad acorde a sus intereses. Durante el período de consolidación de esta república se expiden dos normas con base al principio económico liberalista: dejar hacer, dejar pasar, los decretos de *Allard* y la Ley *Le Chapelier*. La primera prohibió el derecho de asociación profesional y propuso por la fijación de salarios a partir de la concertación, mientras la segunda (nombrada así por el diputado que la propuso a la Asamblea Nacional) proclama la libertad de empresa y hace un planteamiento

¹⁶ MACHICADO, Jorge. Historia del Derecho del Trabajo. Sucre, Bolivia: Universidad San Francisco Xavier. 2010. p. 7.

que denota el carácter civilista de las relaciones de trabajo que se seguirían en Francia: en un contrato de trabajo negocian hombres libres e iguales con autonomía de la voluntad.¹⁷

Aun así, y coherente con los postulados alcistas, el trabajo subordinado alcanzó condiciones menos sometidas como garantía de la libertad humana. En este sentido Valdés Sánchez, siguiendo al maestro Cabanellas, afirma que:

“no es posible concebir la vida sin su nexo absoluto con el trabajo, y por ello el ascenso de este en sus condiciones impulsa así mismo las calidades de desarrollo de las funciones y expresiones vitales”.¹⁸

Los ideales de la revolución francesa, contenidos en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, se tradujeron en libertad. Libertad como regla general. A esto se sumó la continua transición de comunidades rurales a urbes, y la mecanización de actividades que incrementó exponencialmente la producción. Este escenario, donde el hombre era libre de escoger su oficio, pero las oportunidades se reducían con el aumento de la población, y la mano de obra ofertada empezaba a superar la demanda de aquella, derivó en nuevas afectaciones a las condiciones de trabajo. La idea de libertad humana empezaba a contrariarse a sí misma, y esto era sólo la antesala de un proceso mucho más complejo y novedoso, la industrialización.

4.4 INDUSTRIALIZACIÓN, INTERVENCIÓN ESTATAL Y SINDICALISMO

Con el descubrimiento de la electricidad, las nuevas técnicas de fundición de acero, y la máquina de vapor, se empieza a dar forma a grandes imperios económicos muy alejados de los ya obsoletos talleres de artesanos. La transición de Europa

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ VALDES SÁNCHEZ, Germán. Derecho laboral individual. Op. cit., p. 11.

(iniciando por Inglaterra) y de la Unión americana hacia una economía del capital industrial se dio a la velocidad misma de cada sociedad. Romagnoli presenta los siguientes como rasgos comunes a su aparición¹⁹:

“(…) en todas partes, dicha historia [la del capitalismo industrial] cobra inicio cuando el mercader deja de ser un ‘artesano que se dedica al oficio del transporte’ de productos que coloca en el mercado y empieza a insinuarse la autogestión de los productores. En segundo lugar, cuando el Derecho de las corporaciones artesanas sucumbe al imperialismo del Derecho de las corporaciones mercantiles que, después de adquirir sólidamente el dominio de las relaciones comerciales, desemboca en el campo de las relaciones de producción. En tercer lugar, (…) la separación del productor de la propiedad de las materias primas y de los medios de producción”²⁰

El trabajo se empieza a desarrollar en grandes fábricas, ya no con la orientación de un maestro sino de otros operarios que ejercían la administración, sin perder su estatus de trabajador. La interpretación más amplia de los principios liberales se convirtió en el detonante de un capitalismo salvaje que derivó en un orden económico y social injusto. La idea de que empresario y trabajador se encontraban en igualdad de condiciones quedaba desvirtuada, generando así: jornadas de trabajo excesivamente largas, ausencia de medidas de seguridad e higiene, trabajo infantil, y mala remuneración. Todo esto derivó en reclamaciones, que, si bien iniciaron con timidez, fueron alcanzando fuerza con pequeños logros y la creación de una conciencia colectiva entre trabajadores. La respuesta de los industriales, en un comienzo reacios a la negociación, tuvo dos distintas fuentes. Una fue el temor por un posible levantamiento obrero que derivara en otra revolución social como la francesa, y otra, el interés genuino por mejorar las condiciones de vida y elevar el bienestar de los operarios.

¹⁹ BOZA PRÓ, Guillermo. Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. Op. cit., p.17.

²⁰ ROMAGNOLI, Umberto. El Derecho, el trabajo y la historia. Madrid: Consejo Económico y Social. 1997. p. 42-43.

Estas medidas, bien por miedo o por altruismo, pasaron a hacerse comunes entre todas las industrias, sin que pudieran negociarse en virtud de la autonomía de la voluntad. Llegando la segunda mitad del siglo XIX, lo que era de aplicación consuetudinaria, adquirió el rango de ley gracias a la intervención estatal²¹. Como es lógico, esta participación forzada del Estado en la economía no surge de manera espontánea, sino que estuvo precedida de análisis económicos y sociales que daban cuenta de una realidad distinta a la deseable. En 1835 y 1840, en Francia, son emitidos los informes de Guépin y Villermé respectivamente. Posteriormente Engels, en Inglaterra, publica *La situación de la clase obrera en Inglaterra* en 1845, obra que junto a los informes ya mencionados evidencian una *cuestión social*. El término describía las gravosas vulneraciones a los derechos del hombre por el sometimiento del trabajo a las reglas del liberalismo económico más extremo.

Esta intervención, caracterizada por el doctrinante español Alonso García Manuel como *“la participación del Estado en la vida económico-social”*²², tiene unas causas determinantes explicadas por el mismo autor, quien sostiene:

“(…) El dominio ejercido por la burguesía capitalista; el imperio de la ley de la oferta y la demanda en la fijación del quantum retributivo; la extensión de los principios de libertad individual, propiedad y abstencionismo estatal, produjeron fenómenos paralelos y semejantes, pero, naturalmente, de signo opuesto. Así, la burguesía como categoría sociológica engendró el proletariado; el individualismo en la fijación de las remuneraciones originó una posición reglamentadora de los salarios; el aislamiento como situación jurídica quedó sustituido por un proceso general de colectivización; la afirmación de la propiedad como poder condujo a necesarias limitaciones en su uso y disfrute; el inhibicionismo de Estado llevó a una actividad intervencionista”²³.

²¹ VALDES SÁNCHEZ, Germán. Derecho laboral individual. Op. cit., p. 12.

²² GARCÍA MANUEL, Alonso. Curso de derecho del trabajo. Barcelona: Ariel Derecho. 1985

²³ *Ibidem*.

Al someter el trabajo a reglas distintas a las civiles se empieza a consolidar el derecho laboral como una categoría jurídica autónoma. Es también la oportunidad para que, a partir de las ventajas que suponían los nuevos contratos (ahora de trabajo) aflore la conciencia de grupo y con ello se piensen las primeras organizaciones sindicales. En Francia, esto fue posible gracias a la expedición de la Ley Waldack Rosseau (1884) por la cual se derogó el edicto de Turgot y la Ley Chapelier, permitiéndose así asociaciones y sindicatos. Y no fue sólo Europa el centro de los reclamos laborales. Es en Estados Unidos (Chicago) donde se da logro el mayor hito en la historia de los derechos del trabajo. El 01 de mayo de 1886 se inició una huelga de cuatro días que culminó con la muerte de 8 trabajadores (líderes de las protestas) y la reivindicación de la jornada laboral en ocho horas²⁴. Paralelo a este proceso de construcción jurídica se desarrollaba en el mundo un cambio político. El ya mencionado Engels publicó en 1948 junto a Karl Marx el manifiesto comunista, un texto de carácter ideológico pero soportado en el estudio que tres años antes había elaborado el primero de los autores. En 1968 ambos, junto a Mijaíl Bakunin, fueron las cabezas visibles de una organización nacida en Inglaterra y compuesta por sindicatos, obreros, anarquistas, socialistas, y en general por sectores que se oponían al liberalismo económico salvaje; se denominó Asociación Internacional de Trabajadores, o Primera Internacional.

Con la llegada del siglo XX la organización y sus ideales van adquiriendo más adeptos, siendo incluso considerados antecedentes de la Comuna de París. Lo anterior permite inferir —como ya se mencionó— que el nacimiento de las primeras garantías laborales contemporáneas fue una respuesta jurídica a una *cuestión*

²⁴ Se habla de reivindicación y no de consecución pues la Ley Ingersoll de 25 de junio de 1868 ya consagraba en su artículo 1º: “La jornada de trabajo se fija en ocho horas para todos los jornaleros u obreros y artesanos que el Gobierno de los Estados Unidos o el Distrito de Columbia ocupen de hoy en adelante. Sólo se permitirá trabajar como excepción más de ocho horas diarias en casos absolutamente urgentes que puedan presentarse en tiempo de guerra o cuando sea necesario proteger la propiedad o la vida humana. Sin embargo, en tales casos el trabajo suplementario se pagará tomando como base el salario de la jornada de ocho horas.”

Pero esta disposición fue incumplida en distintas ciudades y estados, especialmente en Chicago donde la oferta de operarios superaba en miles a las vacantes.

social que, de mantenerse, supondría un nuevo estallido social. Boza Pró comparte esa postura y cita al jurista mexicano Néstor De Buen para sostener:

“que la inclusión de los derechos laborales va consolidando el triunfo del capitalismo frente al marxismo, pues establece fórmulas que no afectan a la existencia de propietarios de los medios de producción (los empleadores).”²⁵

4.5 CONSOLIDACIÓN DE DERECHOS LABORALES Y PRIMERAS CONSTITUCIONES SOCIALES

Los primeros 20 años del siglo XX fueron el escenario de distintos eventos históricos a través de los cuales la humanidad entendió que la modernidad representada por los nuevos hallazgos tecnológicos y científicos sólo era sostenible con modificaciones en los estándares económicos, políticos, y sociales que imperaban hasta ese entonces. La Revolución bolchevique en Rusia derrocaba al zarismo y proclamaba el triunfo del proletariado; suceso que marcará la historia del siglo que apenas comenzaba. Y — casi — dos años más tarde culminaba la primera guerra mundial, dejando en evidencia la capacidad humana para transgredirse a sí misma como especie, reflejándose tanto en el número de muertes como en el altísimo costo que representaba la reconstrucción de un continente arrasado.

El fin de la Gran guerra (cómo hasta ese momento se le conocía), supuso la creación de un pacto entre las principales potencias con el fin de evaluar las situaciones que conllevaron a la confrontación bélica, y a adquirir diversos compromisos para mantener la paz. El texto que suscribieron fue el Tratado de Versalles, pero sobre este nos detendremos más adelante.

²⁵ BOZA PRÓ, Guillermo. Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. Op. cit., p.20.

La victoria de Lenin y la instalación de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) habían conmocionado a los estados liberales. La quimera de Engels y Marx se lograba materializar²⁶, y esto retaba el poder de las potencias que, habiendo sobrevivido a la guerra, temían el levantamiento de la clase obrera para derrocar al sistema que los había relegado a ser bienes del mercado. Este temor se tradujo en el reconocimiento de derechos sociales de rango constitucional y la aparición de unos primeros estados benefactores. La Constitución de Weimar de 1919 es el ejemplo más conocido de estos textos, siendo la inspiración para las demás naciones de Europa, y posteriormente para Latinoamérica.

Aunque, si de nuestra región se trata, es de precisar que la primer Carta magna en recoger los derechos sociales (entre ellos el trabajo), en el mundo, fue la Constitución de Querétaro de 1917. Su expedición es incluso anterior a la revolución de octubre, y no respondió al temor de un alzamiento proletario, sino a la necesidad de concertar la paz en medio de una guerra civil. La asamblea constituyente que dio origen a dicho estatuto fue convocada en el marco de la Revolución mexicana, y, aunque las acciones bélicas se extendieron hasta 1923, el nuevo texto tuvo acogida en todas las esferas sociales del país. Tanto en la constitución alemana como en la mexicana los derechos laborales se erigieron como el centro de todas las garantías sociales; tal y como lo plantea Blancas Bustamante:

“los derechos laborales ocupan un lugar principal en el catálogo de los nuevos derechos sociales, pudiendo hablarse, por ello, de una ‘constitucionalización del Derecho del Trabajo’ e, incluso, de un ‘Derecho Constitucional del Trabajo’²⁷”

²⁶ El Manifiesto comunista fue presentado por primera vez en 1848. Como en una suerte de texto profético anunció lo que 70 años después vería el mundo: “Un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo. Todas las fuerzas de la vieja Europa se han unido en santa cruzada para acosar a ese fantasma: el Papa y el zar, Metternich y Guizot, los radicales franceses y los polizontes alemanes.”

²⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo [En línea]. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016. p. 78. [consultado el 03/07/2020] Disponible en: <https://es.scribd.com/read/326523312/Derechos-fundamentales-de-la-persona-y-relacion-de-trabajo-Segunda-edicion-aumentada>.

La constitucionalización de los derechos laborales se ubica en la transición de los estados liberales hacia estados sociales, y posteriormente al estado social de derecho.

4.6 LA OIT Y EL NACIMIENTO DEL DERECHO LABORAL INTERNACIONAL

En un párrafo anterior se mencionó al Tratado de Versalles como un pacto en el que las naciones vencedoras en la primera guerra mundial plasmaban sus aspiraciones para un mundo mejor. Este documento — entre otras cosas — previó la creación de un organismo internacional encargado de administrar las políticas mundiales en materia laboral; la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Si bien fue la parte XIII del tratado la que formalmente la creó, existieron varios intentos por delegar la reglamentación del trabajo en una única institución.

La misma OIT atribuye al industrial Daniel Le Grand el título de precursor de su obra, soportado esto en los diversos proyectos que, entre 1840 y 1853, presentó al gobierno francés con el fin de adelantar en Europa la unificación de criterios sobre los derechos de los trabajadores en el continente. Sus propuestas se orientaron a la reglamentación de la jornada laboral, el descanso, el trabajo nocturno, las actividades peligrosas e insalubres, y el trabajo infantil; todo con el fin de excluir a los trabajadores de la competencia entre industriales.²⁸ El esfuerzo de Le Grand sólo alcanzó a hacer meya en algunos sectores pues la intervención estatal en aquella época era vista como un atentado contra las libertades individuales y de empresa imperantes. El pionero murió sin ver materializada su obra, pero sus ideales fueron retomados por los Congresos Internacionales de Beneficencia (1956 y 1957), promotores de elevar a rango legal las medidas que algunas industrias empezaban a tomar en pro de sus trabajadores. La iniciativa fue adquiriendo

²⁸ OIT. Las normas internacionales del trabajo: Manual de educación obrera. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. 1998. 4ª Edición.p.1.

adeptos, entre ellos algunos parlamentarios alemanes y franceses en cuyos países se inician los primeros debates para prohibir el trabajo de niños y permitir el de las mujeres.

Suiza había convocado a 13 países europeos, para mayo de 1890, a revisar qué aspectos laborales podían reglamentarse por convenio internacional. El mismo año, pero para marzo, Alemania planeó la misma reunión. El interés de ambos países terminó dando lugar a la Conferencia de Berlín (15 de marzo de 1890), donde se emitieron recomendaciones sobre trabajo dominical, y prohibiciones sobre el empleo de niños, jóvenes y mujeres en minas. La reunión culminó sin ningún acuerdo formal.²⁹ Su valor no se estima por lo alcanzado sino por ser la primera de esta índole. Posteriormente, y siendo el antecedente más significativo, se celebra en Zurich el Primer Congreso Internacional de Protección Obrera, evento en que participaron cerca de 20 países y más de 400 delegados. Allí se emite una resolución con el fin de crear la Oficina Internacional del Trabajo, misma que se inauguró el 1° de mayo de 1901 en Basilea, Suiza, y es la precursora de la OIT.

Se dijo antes que la Organización nace en 1919 con la suscripción del Tratado de Versalles. En dicho documento se le dio una vocación de garante en las relaciones laborales. Lo anterior ante la necesidad de garantías para el proletariado como eje fundamental de la justicia social en tanto era la única posibilidad de que la paz alcanzada fuera sostenible en el tiempo. El texto constitutivo de la Organización (norma que no supera los 40 artículos) fue suscrito y aprobado ese mismo año en la primera Conferencia Internacional del Trabajo (CIT). Esta tuvo lugar en Washington y hasta la fecha continúa sesionando anualmente. El preámbulo del texto (se comparte al final del párrafo) demuestra la vocación protectora de la OIT, tanto de los trabajadores como de un orden económico (liberal) y social justo.

²⁹ OIT. Las normas internacionales del trabajo: Manual de educación obrera. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. 1998. 4ª Edición. p.2

“Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que, si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países (...)³⁰

Hoy la OIT ya superó un siglo de existencia, y si bien, nunca se esperó que su impacto fuera tal se ha erigido como el único órgano adscrito a la ONU con una composición tripartita, con participación de empleadores, trabajadores y representantes de Estados. Más adelante abordaremos la composición de esta entidad, la naturaleza de sus normas, y sus mecanismos.

³⁰ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Constitución de la Organización Internacional del Trabajo [En línea]. Washington. 1919. Preámbulo. [Consultado: 07 de mayo de 2020] Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_normrelconf/documents/meetingdocument/wcms_146261.pdf

4.7 FORMACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA

Ad portas del siglo XX, período histórico de consolidación de los derechos laborales, en nuestro país ya se empezaban a dar las primeras manifestaciones de intervencionismo estatal en pro de trabajadores. Es el caso de las primeras pensiones, concedidas únicamente a aquellos cuyo trabajo representaba un esfuerzo por la consolidación de la República, los militares (heridos en confrontación bélica) y los maestros. Ya en la década del diez sería el trabajo legislativo de Rafael Uribe Uribe el que alcanzaría algunas disposiciones en materia de descansos, pensiones, y protección en algunas actividades de riesgo. La norma más importante de la época sería la Ley 57 de 1915, sobre riesgos laborales e indemnizaciones, autoría del mismo Uribe Uribe, pero que no podría ver el fruto de su esfuerzo pues, paradójicamente, fue asesinado en octubre de 1914 por miembros de la clase popular por la que trabajó incansablemente.³¹

Lastimosamente, más allá de los esfuerzos del político laboral no hubo un esfuerzo estatal por extender las pocas garantías laborales existentes a todos los obreros del país. La hegemonía Conservadora que se extendía desde 1886 no tenía entre sus principales preocupaciones las condiciones en que se desarrollaba el trabajo. Ante este desinterés de la administración los movimientos obreros acudirían ante sus empleadores con el fin de concertar algunas prerrogativas (como otrora se hizo en Francia e Inglaterra) que les permitieran encontrar en su trabajo la vía de acceso a una vida digna. La respuesta no fue la mejor, generando la contestación de los trabajadores en forma de huelga, paro, y protesta.

El primer antecedente de una reclamación colectiva obrera — curiosamente — no sería a un empleador, sino al Gobierno mismo. En 1919, año en que se celebraba el primer centenario de la Batalla de Boyacá, el gobierno de Marco Fidel Suárez

³¹ VALDES SÁNCHEZ, Germán. Derecho laboral individual. Op. cit., p. 14.

decide contratar en los Estados Unidos la fabricación de 8000 piezas de indumentaria militar para engalanar a los soldados en dicha conmemoración. La decisión de encomendar la confección a mano de obra extranjera, al tiempo que los bogotanos atravesaban difíciles momentos económicos, generó descontento entre los sastres y costureros de la ciudad. La situación derivaría en una protesta que se tomó las calles capitalinas el 16 de marzo de 1919, misma movilización que sería reprimida violentamente por las fuerzas policiales que respondían directamente a las órdenes del presidente Suárez³². El saldo de víctimas fue de 15 heridos y 10 muertos. La versión oficial del Gobierno sería:

“Ayer, después de una larga preparación por medio de conferencias públicas, socialistas y anarquistas, publicaciones subversivas, y de tratar de sustraer al Ejército y a la Policía a la obediencia, con pretexto de que se les estaba dejando morir de hambre, preséntose una muchedumbre compuesta de algunos obreros y de numerosas personas de las últimas (sic) capas sociales ante el palacio presidencial, anunciándose con los gritos de Viva el Socialismo, Viva el Partido Socialista.”³³

A este fatídico suceso se le conoció años más tarde como La masacre de los artesanos y marcaría a relación del gobierno conservador y los movimientos obreros, siendo un augurio de lo que ocurrió nueve años después. El 06 de diciembre de 1928, luego de una larga huelga, y el incumplimiento de diálogo por parte del presidente Miguel Abadía Méndez, el ejército abrió fuego contra miles de trabajadores (y sus familias) de la *United Fruit Company* en Ciénaga. La cifra real de fallecidos nunca se conoció. La masacre de las bananeras, sus causas, y consecuencias, constituyen uno de los sucesos históricos más estudiados en nuestro país. Para el derecho laboral representa el punto de partida para la aparición

³² VEGA CANTOR, Renán. La masacre artesanal del 16 de marzo de 1919 en Bogotá [Artículo En línea]. [Consultado: 12 de mayo de 2020] Disponible en: <https://rebellion.org/docs/253734.pdf>

³³ MINISTERIO DE GOBIERNO. Marcelino Arango. Circular extraordinaria: Documentos relacionados. p.7. Citado en: VEGA CANTOR, Renán. Op. Cit.

de los primeros sindicatos, como lo fue la Confederación Obrera Nacional, colectividad que, junto a otros sectores de la sociedad, lograron acabar con la hegemonía conservadora y llevar a Enrique Olaya Herrera (liberal) a la presidencia en 1930.

El lapso que transcurre desde la elección de Olaya hasta 1946 se conocería como Hegemonía liberal, y supondría un cambio total en las prioridades del gobierno nacional. Es en este período donde se expide la reforma constitucional de 1936, norma que elevaría a rango constitucional, por primera vez, derechos sociales. El profesor Valdés Sánchez afirma que:

“La disposición de mayor significado en el ámbito de lo que ahora interesa puede ser el artículo 20 que permitió el derecho a la formación de compañías, asociaciones y fundaciones, dado que ello puede considerarse un primer peldaño en la consagración constitucional del derecho de asociación sindical, derecho que brinda una herramienta de inmensa importancia en la consecuencia en la consecución de beneficios laborales por encima de los que la ley fija como límite mínimo y del cual se deriva todo el desarrollo de la negociación colectiva que, en el sentir de muchos laboristas, es la verdadera herramienta de defensa de las condiciones de los trabajadores.”³⁴

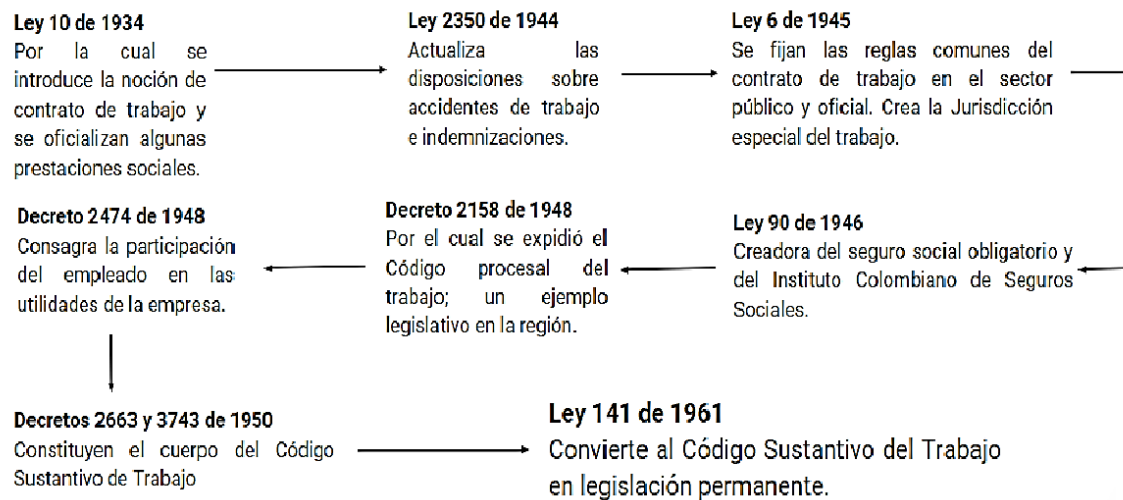
Dicha consagración constitucional permitió la consolidación, hasta nuestros días, de la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), creada en 1935 y que por muchos años se erigió como la principal central obrera del país.

La producción legislativa de los años subsiguientes, hasta la llegada del frente nacional, constituye el grueso de la normatividad laboral colombiana. Con ayuda del texto que se sigue del profesor Valdés y del manual de derecho laboral de Guillermo

³⁴ VALDÉS SÁNCHEZ, Germán. El derecho del trabajo en la historia constitucional. Historia constitucional de Colombia. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2012. Citado en: VALDÉS SÁNCHEZ, Germán. Op. Cit. p.17.

Guerrero Figueroa se presenta la siguiente línea del tiempo. La figura contiene una relación temporal de las normas que se expidieron en aquellos años y que derivarían en la Ley 141 de 1961, por la que se oficializó el Código Sustantivo del Trabajo (CST).

Figura 1. Línea temporal de las normas laborales que antecedieron al CST.



Fuente: Elaboración propia con base en el compendio que realizan Germán Valdés Sánchez en su libro *Derecho laboral Individual*, y Guillermo Guerrero Figueroa en su *Manual de derecho del trabajo*.

El Código Sustantivo del Trabajo ha sido objeto de distintas derogatorias, adiciones, y modificaciones, pero mantiene su vigencia. Así también ocurre con el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Al ser este un simple contexto histórico que referencia el trabajo que se está presentando, no repararemos en explicar estas reformas, simplemente se pasan a mencionar las más relevantes:

- *Decreto Legislativo 2351 de 1965* → que amplió la especial tutela de los derechos económicos del trabajador particular y oficial, modificó las facultades disciplinarias del empleador, e introdujo la figura de la negociación colectiva; entre otras.

- *Ley 50 de 1990* → precisó los factores que componen el salario, modificó de manera más favorable la prestación de cesantías, y fijo las reglas aplicables a las empresas de trabajadores temporales; entre otras.
- *Ley 100 de 1993* → crea el Sistema General de Seguridad Social y deroga a la Ley 90 de 1946 (creadora del ICSS), pero conserva sus principios.
- *Ley 712 de 2001* → modifica el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.
- *Ley 789 de 2002* → modifica las disposiciones referentes a jornada laboral, trabajo dominical y festivo, descansos remunerados; amplió las funciones de las cajas de compensación familiar; modifico las reglas de terminación unilateral del contrato de trabajo; entre otras.
- *Ley 1010 de 2006* → regula la figura del acoso laboral en sintonía con los convenios internacionales suscritos.
- *Ley 1149 de 2007* → añade la oralidad a los procesos adelantados ante la especialidad laboral.
- *Decreto reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015* → recoge todas las disposiciones laborales y junto al CST representan el Estatuto del Trabajo Colombiano.

A lo anterior debe agregarse la labor diaria que realiza la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, las cuales, con sus providencias han construido distintos precedentes sobre la aplicabilidad y el alcance de los derechos laborales a la luz de la Carta política de 1991. Además, los distintos tratados internacionales, y los convenios de la OIT ratificados por nuestro país, que, por medio del bloque de constitucionalidad, han ingresado al ordenamiento nacional.

5. MARCO REFERENCIAL

5.1 MARCO TEÓRICO

Al ser esta una investigación meridianamente novedosa, que se apoyará en datos estadísticos recientes pero también revisará normas vigentes desde hace ya varios años, no existe una basta literatura ni estudios que la antecedan. En Colombia no se había estudiado el impacto de las migraciones laborales hasta hace unos cuantos años, motivados claramente por la creciente crisis inmigratoria que desde hace cinco años atraviesa el país. Tampoco existe un análisis a los Convenios 097 y 143 de la OIT, ni desde la academia ni desde lo político, a pesar de la trascendencia de estos instrumentos.

Así pues, resulta difícil teorizar esta monografía desde las ópticas antes mencionadas por cuanto carecen de algún estudio. Por ello, se abordarán someramente algunas teorías sociales y económicas que han tratado de explicar la migración laboral internacional como un fenómeno que no es aislado; claro está, sin olvidar que el sentido de esta tesis es meramente jurídico.

5.1.1 Teoría Macroeconómica³⁵:

La primera y quizá la más conocida de todas las que se enunciarán. Aunque nació como un intento para teorizar el desarrollo económico de los países, hizo conclusiones interesantes y que serían objeto de debate acerca de las razones que motivaban la migración laboral. Entre quienes la apoyaron se cuentan los economistas Arthur Lewis, Gustav Ranis, John C. H. Fei, entre otros. Su análisis puede sintetizarse en que: la migración es una decisión racional, que atiende a un

³⁵ DOUGLAS S. Massey, et al. Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación [En línea]. En: Population and Development Review, Vol.19, n. 3, septiembre, 1993. pgs. 6-8. [Consultado: 15 de enero de 2021] Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/teorias-de-migracion-internacional-una-revision-y-aproximacion.pdf>

interés familiar (no individual) por alcanzar un mayor estatus económico, pero que deriva en un desequilibrio en la oferta y la demanda de mano de obra que existe en el territorio de acogida. A partir de allí concluye que:

1. La migración laboral tiene su origen en la diferencia salarial existente entre el país de origen y el país de acogida para un mismo empleo.
2. Por ello, reducir esa brecha económica reducirá el flujo migracional.
3. Aun así, cuando el capital humano que emigra es cada vez más capacitado, el interés del país de acogida en retenerle puede volver a desequilibrar la balanza y crear una nueva diferencia salarial.
4. La regulación que incide realmente en la disminución de flujos migratorios no es la restricción fronteriza ni de libertades, sino de los mercados.

5.1.2 Teoría Microeconómica³⁶:

Al igual que la anterior, la teoría microeconómica es una expresión propia del neoclasicismo económico, pero diferenciándose en un punto sustancial. Mientras la primera concebía la migración laboral como una decisión racional colectiva (familia), está la ve como una decisión singular (individuo). En esta hipótesis se entiende a la migración como el resultado de un análisis de costo beneficio, donde costo es el valor del traslado hacia el país de destino, y el beneficio será la diferencia económica que resulte de restar al nuevo ingreso lo que se devengaba en el país de origen. Los principales exponentes de esta teoría fueron Larry A. Sjaastad (Teoría del capital humano) y Michael Todaro, quienes en sus distintas obras concluyeron:

1. La migración laboral tiene su origen en la diferencia salarial existente entre el país de origen y el país de acogida. Pero diferenciándose de la conclusión macroeconómica por cuanto no se exige que la diferencia sea para un mismo empleo, pudiendo derivarse incluso de una actividad no subordinada.

³⁶ DOUGLAS S. Massey, et al., pgs. 8-11

2. Las características de un capital humano más capacitado (educación, idioma, experiencia, etc.) motivan la migración laboral por cuanto existe una seria expectativa para competir en el nuevo mercado laboral.
3. Las características de una precariedad económica y social motivan la migración laboral toda vez que las condiciones en el país de origen hacen atractiva cualquier oferta en el país de destino.
4. Por lo tanto, la decisión de migrar está dada por la existencia de un desequilibrio, sea en las capacidades del capital humano o las condiciones económicas del individuo.
5. Así las cosas, siempre que existan tales desequilibrios persistirán los flujos migratorios laborales.

5.1.3 Nueva Teoría Económica de la Migración³⁷:

En oposición a las teorías anteriores, ambas neoclasicistas, surge en 1985 con Oded Stark y David Bloom una nueva teoría. Esta disientía de la idea individualista microeconómica, entendiendo a la familia (sin importar su composición) como un agente económico. Tampoco compartía la idea macroeconómica que promulga un equilibrio ideal de oferta y demanda de mano de obra para reducir los flujos migratorios. Para estos autores la diversificación de ingresos al interior de un grupo de individuos podría derivar en que, mientras unos se mantenían en el país de origen, otros emigraban en búsqueda de un ingreso mayor para proveerles desde el exterior.

Además, el afirmar que la migración laboral se da sólo en familias de bajos ingresos desconocería la existencia de una modalidad migratoria cada vez más común: el envío de remesas en divisas fuertes hacia países con moneda devaluada. Esta teoría concluye que:

³⁷ DOUGLAS S. Massey, et al., pgs. 11-19

1. El individuo no es un elemento adecuado a la hora evaluar las dinámicas migratorias laborales; lo son las familias, hogares, y otros grupos humanos que aun careciendo de lazos sanguíneos comparten un mismo proyecto de vida.
2. Las actividades económicas locales no excluyen a la migración laboral como fuentes de recursos, pudiendo aunarse ambas para aumentar el ingreso familiar.
3. La diferencia salarial no es una condición *sine qua non* para la ocurrencia de las migraciones laborales.
4. Los programas estatales para el aseguramiento de capitales y del desempleo son un fuerte incentivo para evitar la fuga de capital humano.

Valga decir que esta es la teoría que seguirá este trabajo investigativo, pues aun cuando existan otras y más recientes hipótesis (teoría del mercado dual, teoría de mercado global, teoría de redes), se considera que el contexto en el que se han configurado las pocas inmigraciones laborales que han impactado a nuestro país retratan la hipótesis de Stark y Bloom.

5.2 MARCO LEGAL

El inicio de la década de los noventa significó para Colombia la apertura a un naciente mercado global. Las nuevas tendencias comerciales y las políticas liberales del gobierno de turno propiciaron una discusión mucho más amplia en temas de índole comercial, así como laboral. Colombia dejaba a un lado políticas proteccionistas que limitaban tanto el comercio como la contratación no local, y con ello daba la bienvenida a nuestro territorio a extranjeros inversores, así como trabajadores. A partir de lo anterior se puede entender la amplitud con la que la Constitución de 1991 acoge no sólo a los connacionales sino también a los extranjeros como sujetos de protección en distintas áreas. Claro está, no puede

ignorarse la influencia de los movimientos sociales y la tendencia a un nuevo constitucionalismo como factores de dicho cambio.

El artículo 100 de la Carta Política es el punto de partida para la protección a los trabajadores migrantes. La norma señala que:

“(...) los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley (...)”³⁸.

Dentro de dichas garantías se encuentran también las laborales, enunciadas en el artículo 53 de nuestro estatuto superior, siendo la Igualdad de oportunidades para los trabajadores la más sobresaliente, pues, esta igualdad se predica sin importar su lugar de procedencia o estado de residencia. A partir de las disposiciones constitucionales precitadas se sustentan las normas en materia laboral y de seguridad social que garantizan los derechos y garantías a trabajadores migrantes, y que pasan a desglosarse.

5.2.1 Normas Nacionales Referentes a Derechos Laborales

5.2.1.1 Código Sustantivo del Trabajo. La Colombia de mediados del siglo XX era una república centralista, conservadora, proteccionista, rural, con apenas un puñado de industrias, y que era imperceptible en el ámbito internacional. A estas características se suma, la violencia bipartidista revivida por los hechos del 09 de abril de 1948, los nacientes grupos políticos de izquierda, y la represión a grupos sindicales por parte de los monopolios —con la venia del gobierno nacional—. Ante este escenario, donde parecía que garantías laborales era sinónimo de comunismo, se hacía difícil expedir normas laborales que garantizaran aquellas prerrogativas mínimas, evidenciadas en países y sociedades más avanzadas.

³⁸ COLOMBIA. 1991. Constitución Política de Colombia. Artículo 100.

Por eso no sorprende que el estatuto laboral colombiano, un articulado de casi 70 años, haya sido pensado y redactado para un país que dista, enormemente, de aquel que nos ha tocado vivir. Con el paso de los años, y la transición hacia un estado de derecho, nuestro código sustantivo del trabajo (CST) fue objeto de adendas, derogatorias, subrogatorias, y un sinnúmero de cambios que llevo al constituyente de 1991 a ordenar la creación de una nueva norma laboral³⁹. Conocido es que dicha orden no ha sido cumplida.

Presentada esta situación, se expone la única regulación laboral explícita sobre migrantes contenidas en el CST. El artículo 2° dispone que:

“El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad.”⁴⁰

El canon es claro. Todas las disposiciones referentes a: contrato de trabajo, salarios, jornada laboral, descansos y vacaciones, prestaciones patronales, seguridad e higiene en el trabajo, e incluso derechos sindicales; son aplicables a quienes habiten dentro de nuestras fronteras (nacionales o extranjeros). Esta igualdad de derechos era incompatible con los artículos 74 y 75 de este código, pero que con la promulgación de la Ley de Formalización y Generación de Empleo (ley 1429 de 2010), fueron derogados. Su contenido, en resumen, evidenciaba una preferencia en la contratación de colombianos frente a los extranjeros, obligando a los empleadores a ocupar nacionales:

“(…) en proporción no inferior al noventa por ciento (90%) del personal de trabajadores ordinarios y no menos del ochenta por ciento (80%) del personal calificado o de especialistas o de dirección o confianza.”⁴¹

⁴⁰ Colombia. Congreso De La República. Código Sustantivo del Trabajo. 07 de junio de 1951. En: Diario Oficial No 27.622. Bogotá. Artículo 2.

⁴¹ Ibid., Artículo 74.

Por lo demás, ante lo explícito del artículo segundo, y las derogatorias mencionadas, el legislador no se ocupó de otra cuestión referente a trabajadores migrantes.

5.2.1.2 Ley 100 de 1993. La seguridad social se relaciona estrechamente con las relaciones de trabajo, pero sin que este supeditada a la existencia de alguna relación laboral. Quienes así lo piensan cometen un craso error, al ser el acceso a la seguridad social un derecho fundamental de carácter constitucional en nuestro país⁴². La ley 100 de 1993 — mucho más cercana a nuestro contexto que el CST— desarrolla al sistema integral de seguridad social, y lo divide en tres subsistemas de: salud, pensiones, y riesgos laborales. Tal y como antes se analizó el estatuto laboral, se procede a hacer lo propio con las disposiciones en materia de seguridad social referentes a migrantes.

El artículo 3° predica la universalidad del sistema en los siguientes términos:

“El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”

Usando la misma fórmula que el CST, la ley 100 de 1993 zanja con la palabra Habitantes cualquier discusión o condicionamiento que se pudiese —o quisiese— hacer entorno a los beneficiarios del sistema. También indica el artículo que este derecho es irrenunciable, con lo cual nadie, aun alegando su condición de extranjero, puede negarse a participar en el funcionamiento del sistema, con excepción del subsistema en pensiones. El artículo 15 de la ley indica que, de manera potestativa pueden afiliarse a un fondo de pensión:

“(...) Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.”⁴³

⁴² COLOMBIA. 1991. Constitución Política de Colombia. Artículo 49.

⁴³ Colombia. Congreso de la República. Ley 100. Diciembre 23 de 1993. En: Diario Oficial No. 41.148. Bogotá. Artículo 15, par. 1, num.2.

La afiliación a los fondos de pensiones y a las aseguradoras en riesgos laborales está supeditada a la existencia de un contrato de trabajo. La atención en salud, por el contrario, es una obligación estatal que no admite discriminación alguna. Tanto el migrante ocupado, como el desempleado, deben ser atendidos cuando menos por la red pública hospitalaria.

5.2.3 Normas nacionales regulatorias del ingreso de trabajadores inmigrantes.

5.2.3.1 Decreto 1067 de 2015. El Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores tiene por objeto:

“(…) compilar la normatividad vigente expedida por el Gobierno Nacional mediante las facultades reglamentarias conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política al Presidente de la República para la cumplida ejecución de las leyes.”⁴⁴

Establece en su artículo 2.2.1.11.7 los tipos de visado temporal que requiere el extranjero que, no necesitando visa para el ingreso, desee radicarse en el país por más de tres meses. De las 16 visas temporales que consagra el mencionado artículo son cuatro las relacionadas con el ingreso para desempeñar un trabajo. Se transcriben tal y como aparecen descritas en el Decreto reglamentario y la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores:

Visa TP-4.: “Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en virtud de una vinculación laboral o contratación de prestación de servicios con persona natural o jurídica domiciliada en Colombia o a grupos artísticos, deportivos o culturales que ingresen al territorio nacional con el propósito de brindar espectáculo público. En el presente caso la vigencia de la visa será igual a la duración del contrato de trabajo o contrato de prestación de servicios sin que

⁴⁴ Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 1067. Mayo 26 de 2015. Artículo 2.1.1.1.

exceda de tres (3) años. Esta visa podrá tener múltiples entradas. Esta clase de visa se expedirá sin perjuicio de los requisitos legales establecidos para el ejercicio de cada profesión u oficio en el territorio nacional. La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.”⁴⁵

Visa TP-9.: “Al extranjero que desee ingresar o haya ingresado al territorio nacional calificado como refugiado o asilado por el Gobierno Nacional, a instancia de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado, y de conformidad con los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia. El extranjero en condición de refugiado o asilado quedará autorizado con esta Visa a ejercer cualquier ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o contrato laboral. En el presente caso la vigencia de la visa será de cinco (5) años. La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.”⁴⁶

Visa TP-15.: “Al extranjero nacional de alguno de los Estados parte de Mercosur y sus Asociados que desee ingresar o haya ingresado al territorio nacional y solicite residencia temporal en el marco del Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile. El extranjero titular de la visa TP-15 quedará autorizado con esta visa a ejercer cualquier ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o contrato laboral. En el presente caso la vigencia de la visa será de dos (2) años. La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.”⁴⁷

Visa TP-16.: “Al extranjero que, siendo nacional de alguno de los Estados con los que Colombia en el marco instrumentos internacionales haya suscrito

⁴⁵ Colombia. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 1067. Mayo 26 de 2015. Artículo 2.2.1.11.7. Misma información se encuentra disponible en: <https://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/movilidad-y-formacion/grupo-de-gestion-de-la-politica-de-migracion-laboral/ii-poblacion-objetivo/trabajadores-extranjeros-en-colombia>.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

Acuerdo que contemple el programa Vacaciones y Trabajo desee ingresar al territorio nacional para actividades descanso o esparcimiento y realizar actividades remuneradas con el fin de solventar parcialmente los gastos de y alimentación. En el presente caso la vigencia de la visa de hasta un (1) año con múltiples entradas. (...)⁴⁸

Además, incluye el artículo, que si los portadores de visas TP-4 o TP-9 renuevan inmediatamente dicho documento al vencimiento de los tres años, y consiguen ostentar el estatus que el visado temporal les confiere por cinco años continuos, podrán solicitar al Ministerio el reconocimiento de una Visa de Residente. Este nuevo visado les confiere, junto a otros derechos, la posibilidad de trabajar libremente en aquel oficio que escojan, sin requerir de un permiso especial de trabajo.

El Decreto establece, además, los motivos de deportación y de expulsión que facultan al Director de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, o sus delegados, a que mediante resolución motivada puedan ordenar la expulsión de los extranjeros que se hallen incurso en dichas causales. Interesa para la demostración de la hipótesis de investigación la contenida en el numeral primero del artículo 2.2.1.13.1.2.

“1. Ingresar o salir del país sin el cumplimiento de las normas que reglamentan la materia, siempre y cuando no existan circunstancias especiales que ameriten la sanción de multa.”⁴⁹

Sea preciso diferenciar a los documentos expuestos anteriormente de otros que, aunque permitan la realización de algunas actividades similares, no ostentan el mismo rango legal. Estos son: la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF) y el Permiso

⁴⁸ Decreto 1067.

⁴⁹ Decreto 1067. Artículo 2.2.13.1.2 - 1

Especial de Permanencia (PEP). Sobre estos se harán las apreciaciones a que haya lugar más adelante.

5.2.4 Normas internacionales ratificadas por Colombia que consagren derechos de Trabajadores Migrantes

5.2.4.1 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CPRAW) (1990). El 18 de diciembre de 1990 la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), a través de la resolución 45/158, decidió adoptar un texto de 93 artículos donde recogió los enunciados de los convenios C 097 y C 143 de la OIT. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CPRAW por sus siglas en inglés), al igual que los instrumentos que la anteceden, cumple dos funciones: garantizar la protección y la no discriminación a los trabajadores migrantes y reglar las migraciones de índole laboral.

La Convención está organizada en 9 secciones que sólo se mencionarán pues su contenido no dista de lo reglado en los convenios ya analizados, con excepción de aspectos muy puntuales que serán abordados más adelante. Las secciones son:

- a. Alcance y definiciones, donde se categoriza y define a los trabajadores migrantes en 5 tipos: fronterizos, estacionales, autónomos, marítimos e itinerantes;
- b. no discriminación con respecto a los derechos;
- c. derechos humanos de todos los migrantes;
- d. otros derechos de los migrantes documentados o en situación regular;
- e. disposiciones aplicables a determinadas categorías de migrantes;
- f. promoción de condiciones equitativas, humanas y lícitas en relación con la migración internacional;
- g. aplicación del convenio;
- h. disposiciones generales; y
- i. disposiciones finales.

Colombia ratificó esta convención con la expedición de la Ley 146 de 1994. La Corte Constitucional examinó formal y materialmente la ley de ratificación conforme lo dispone la constitución nacional en el artículo 241⁵⁰, y señaló que:

“La Convención no presenta un planteamiento novedoso para Colombia. El Constituyente de 1991 se preocupó por garantizar la totalidad de los derechos a los que esta se refiere, a todo habitante del territorio nacional, sin considerar su procedencia u ocupación.”⁵¹

La afirmación de la Corte, por más simplista que parezca, no puede ser más acertada. Quizá yerra indicando al constituyente del noventa y uno como responsable de esta protección; ignorando que el primer antecedente (CST) data de la anterior carta política. Por lo demás, resume lo que hasta ahora se ha predicado en este capítulo; en Colombia los trabajadores nacionales y migrantes gozan de los mismos derechos laborales. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, no introdujo prerrogativas o mecanismos a los vigentes en nuestro país. Aun así, y cumpliendo el mandato legal, declaro exequible la ley ratificatoria.

Se precisó indicar que, aunque el campo de acción de la convención es mucho más amplio que el de los convenios (pues recoge migraciones regulares e irregulares), de ninguna manera los subordina a su contenido. Incluso, a través del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁵², se motiva a los países que han decidido ratificar la convención para que se adhieran y adopten los convenios. De lo anterior da cuenta el Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de

⁵⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 241: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (10) Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.”

⁵¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de constitucionalidad n°106. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Marzo 15 de 1995.

⁵² CPRAW, Artículo 72: “1. a) Con el fin de observar la aplicación de la presente Convención se establecerá un Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”

sus Familiares presentado en 2009 donde se dirige al Estado colombiano en los siguientes términos:

“El Comité invita al Estado parte a que estudie la posibilidad de adherirse cuanto antes a los Convenios N° 97 y 143 de la OIT, así como al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, por tierra, mar y aire.”⁵³

5.2.5 Decisión andina 545: Instrumento andino de migración laboral.

Entre el 24 y el 25 de junio de 2003, reunidos en Rionegro (Antioquia), los miembros que componen la comunidad andina suscribieron un documento que constituye el mayor esfuerzo regional por garantizar los derechos laborales a quienes migraban dentro de sus fronteras. Al igual que lo hizo la Unión Europea con el Tratado de Ámsterdam, la intención de Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia era construir un único marco normativo para el manejo de este tipo de migración. El resultado fue la decisión andina 545, cuyas disposiciones se centran en la regulación de los ingresos, la supresión de requisitos y limitantes, así como reafirmar la igualdad de trato; todo dentro de la subregión andina. De lo contenido en sus 23 artículos resalta:

- a. Una útil clasificación de los trabajadores migrantes con base en, sus labores, tiempo de permanencia, vínculo contractual, y ánimo de residencia. El artículo 4° los caracteriza así:
 - Trabajador con desplazamiento individual: es quien parte de su país de origen motivado, por un contrato de trabajo ya suscrito, o una oferta de empleo, que ejecutará de manera dependiente en el país de destino.
 - Trabajador de empresa: es el ciudadano andino que, por orden de su empleador, se traslada por más de 180 al país de destino para ejercer unas labores encomendadas previamente.

⁵³ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. “Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, décimo período de sesiones (20 de abril a 1° de mayo de 2009). Nueva York: 2009. p.18. [consultado el 06/04/2020]. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ae98d552>.

- Trabajador de temporada: se considera así al trabajador que se desplaza durante un periodo determinado para adelantar labores agropecuarias que, por los ciclos de cultivo o cambios de estaciones, sólo pueden desarrollarse en un lapso específico.
 - Trabajador fronterizo: es la persona que, ubicándose en zonas fronterizas, puede laborar en un país de destino sin abandonar su domicilio por largos periodos.
- b. La vigencia del principio de igualdad de trato en el espacio comunitario, tanto para los trabajadores como para sus familias. Los derechos laborales individuales serán exigibles según la legislación del país de destino, mientras los de carácter colectivo estarán sujetos a los Convenios internacionales del trabajo. Lo anterior, en virtud de los artículos 10, 11 y 12 de la decisión.
- c. El artículo treceavo contiene las reglas para transferencias de divisas, ordenando, entre otras cosas, que las transferencias producto de salario sólo sean gravadas en el país donde fueron obtenidas. Incluye en el inciso final una disposición de gran relevancia, y que responde a los contextos familiares propios de nuestra sociedad latinoamericana. Indica la norma:
- “A los efectos de lo dispuesto en el literal b) del presente artículo⁵⁴, los exhortos librados entre los jueces de los Países Miembros serán ejecutados sin necesidad de homologación o exequátur. La transferencia de sumas de dinero en cumplimiento de los señalados exhortos no podrá ser, en ningún caso, objeto de trabas o impedimentos.”⁵⁵
- d. Impide la repatriación del inmigrante por motivos relacionados con el empleo, hasta tanto no se le garantice el pago total de los emolumentos derivados de su trabajo y que se le adeuden. De igual forma permite que sin importar la irregularidad de su ingreso, pueda reclamar sus derechos laborales ante las autoridades judiciales o administrativas.

⁵⁴ Decisión Andina 545. Artículo 13, b: “La libertad de transferencia de las sumas adeudadas por el trabajador migrante a título de una obligación alimentaria, no pudiendo ser ésta en ningún caso objeto de impedimentos.”

⁵⁵ COMUNIDAD ANDINA. “Decisión andina 545: Instrumento andino de migración laboral”. Rionegro: 2003. Artículo 13, inc. [consultado el 10/06/2020]. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC545.pdf>

- e. Impone obligaciones comunes a las Oficinas de migración laboral de cada país, como garantes de la regularidad del ingreso y de la salvaguarda de los derechos consagrados en la decisión.

Esta norma, al igual que la organización que la emitió, sigue siendo desconocida y su aplicación se limita a lo que a Oficinas de migración refiere. Las cambiantes relaciones diplomáticas entre los cuatro países, la falta de revisión de sus efectos en más de 17 años, la falta de cooperación comercial regional, y la no ratificación de los convenios 097 y 143⁵⁶, parecen ayudar a que el único esfuerzo regional por regular las migraciones laborales esté condenado al fracaso.

⁵⁶ Sólo Ecuador (1978) ha ratificado siquiera uno de los convenios.

6. MIGRACIÓN, INMIGRACIÓN, Y SU INCIDENCIA EN EL MUNDO DEL TRABAJO

La Declaración Internacional de los Derechos Humanos fue proclamada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Este documento, al igual que lo fuera el Tratado de Versalles, representó un ideal y compromiso político para evitar los vejámenes evidenciados durante los años anteriores⁵⁷. De los 30 artículos de la Declaración 28 proclaman distintas garantías, todas de igual jerarquía, independientes entre sí, inalienables, irrenunciables, e indivisibles. El artículo 13 de la disposición establece:

“Artículo 13: 1) Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

De allí se desprenden, la libertad de tránsito, el derecho de residencia, la inhumanidad del destierro, y lo que interesa a esta investigación; el derecho fundamental a una libre migración e inmigración. A continuación, abordaremos este asunto, su definición, importancia, y el trabajo como principal factor de incidencia, para luego analizar distintas cifras y finalmente las acciones que se han venido desarrollando a lo largo del mundo para la protección de las migraciones laborales. Para la Real Academia de la Lengua Española, migración es el *“Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales.”*⁵⁸ A su vez, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define al migrante como:

⁵⁷ En palabras del Alto comisionado de la ONU para los DD. HH, Zeid Ra'ad Al Hussein: “Los compromisos contraídos por todos los Estados en la Declaración Universal de Derechos Humanos constituyen en sí mismos un gran logro, pues desacreditan la tiranía, la discriminación y el escarnio hacia los seres humanos que han marcado la historia de la humanidad.”

⁵⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española [En línea]. 23.ª ed. [Consultado: 11 de julio de 2020] Disponible en: <https://dle.rae.es>.

“(…) toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales.”⁵⁹

Del término migración y migrante se derivan sus adversos, inmigración e inmigrante. Como se puede deducir, todo migrante es a su vez un inmigrante, y todo traslado desde el lugar de residencia habitual (migración) trae consigo la ubicación en un lugar distinto a este (inmigración). La distinción de estos términos cumple no sólo una función lingüística, sino también repercute en el análisis que de estos factores haga cada Estado. Si bien la Migración se consagra como un derecho humano en la DIDH y no genera mayor controversia su carácter fundamental, no ocurre lo mismo con la Inmigración. Aunque distintos pactos y declaraciones internacionales⁶⁰ garantizan la igualdad de derechos entre los nacionales y los migrantes (regulares o irregulares), las discusiones políticas sobre restricciones al ingreso de extranjeros, el control de aduanas y fronteras, la discrecionalidad de los Estados para admitir en su territorio o no a ciertos grupos poblacionales, reflejan, cuando menos, una problemática no menor.

Tiene grandes incidencias políticas, económicas y sociales, tanto en el plano regional como en el internacional, y aun cuando el asunto es tan antiguo como las fronteras mismas, no podemos obviar las mayúsculas proporciones que ha alcanzado este fenómeno a partir del siglo XX. En un primer momento fueron las

⁵⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. Glosario sobre las migraciones [En línea]. Ginebra: 2019. p. 132. [Consultado: 17 de julio de 2020] Disponible en inglés en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf

⁶⁰ Sólo a manera de ejemplo pueden revisarse: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984), o el Pacto Mundial sobre Migraciones (2018).

grandes guerras las que obligaron a cientos de miles a refugiarse en territorios menos golpeados por la violencia. Pero han sido las políticas de libre mercado, el acceso instantáneo a información global, y el acortamiento de las distancias, las razones que impulsan las migraciones actualmente.⁶¹

La principal causa de migraciones en la actualidad, e incluso desde hace 30 años, es la búsqueda de un empleo digno y bien remunerado, ubicándonos en el campo de las migraciones laborales. Este fenómeno es definido por la OIM *“como el movimiento de personas desde el país de origen a otro país con el objeto de trabajar.”*⁶²

Quienes emigran tienden a hacerlo hacia países con un elevado desarrollo económico y así lo reflejan las cifras. De los más de 160 millones de trabajadores migrantes el 48.5% se concentran en América del Norte (EE. UU y Canadá) y Europa occidental. Por otra parte, América Latina y el Caribe y el Norte de África son las menos escogidas; juntas albergan sólo al 3.4% del total.⁶³ De las estadísticas expuestas se concluye que, en los países desarrollados, 1 de cada 6 trabajadores es un migrante.

Estas cifras se complementan con otras estadísticas arrojadas por estudios anteriores. Los extranjeros se concentran en sectores económicos específicos, a saber: servicios, industria, manufactura, y construcción.⁶⁴ En estas áreas se desempeñan como operarios o trabajadores de tercer nivel personas con escasos estudios y que, en su mayoría, se identificaron como migrantes irregulares. Por su

⁶¹ La violencia no constituye la principal causa de migraciones en el mundo, pero si tiene incidencia en las migraciones laborales. El estudio *The contribution of Labour Mobility to Economy* (OCDE) reveló que las personas que huyen de sus países por violencia o persecución se suman a la fuerza laboral del país que les recibe. También concluyó que las familias de estas personas les seguían y trabajaban, bien por su propia cuenta o como sus empleados.

⁶² Organización Internacional para las Migraciones. *La migración laboral* [En línea]. Ginebra: 2006. p.1. [Consultado: 17 de julio 2020] Disponible en: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/labour_migration_infosheet_sp.pdf

⁶³ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Op. cit., p. 7.

⁶⁴ Organización Internacional del Trabajo (OIT). *Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes: Resultados y metodología - Un enfoque especial sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos migrantes* [En línea]. Suiza: 2016b. [Consultado: 11 de abril de 2020] Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_436339.pdf.

parte, los profesionales que emigran para trabajar lo hacen por cortos períodos, siendo catalogados como trabajadores temporales.

Otros informes revelaron situaciones más preocupantes. Los trabajadores migrantes suelen componer las tasas más elevadas de lesiones profesionales y accidentes laborales al compararse con los nativos⁶⁵. Niños migrantes son reclutados para trabajar en actividades de agricultura mientras algunos otros son presa fácil para las organizaciones de trata de personas⁶⁶. En algunos países (especialmente los menos desarrollados) se niega el acceso a derechos mínimos laborales como la libertad sindical, el acceso a salarios equitativos, o protección social. Este panorama le ha permitido concluir a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que los trabajadores migrantes sufren de un gran déficit de trabajo decente, situación que vulnera sus derechos fundamentales y las garantías laborales.

Los derechos laborales se yuxtaponen a distintos factores sociales y económicos. Las migraciones laborales no se escapan a esta realidad, siendo incluso más visible. Las remesas son el ejemplo claro de un interés económico. El envío de dinero de un trabajador a su país de origen representa un ingreso importante, no sólo para el destinatario que lo recibe sino también para el país en que ingresan las divisas. Tal es el caso de Ecuador donde en 2007 el 6.16% del PIB nacional provenía de remesas. Por otra parte, existen intereses particulares que atañen al trabajador, pero que representan un reto social para el país que lo ha acogido. La reagrupación familiar, por ejemplo. En países como Suiza o Italia cerca de un tercio de los arribos migratorios acudían al encuentro con algún familiar que ya residía en estos países.

⁶⁵ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Promoting fair migration. [En línea] Suiza. 2016. p. 7. [Consultado: 29 de mayo de 2020] Disponible en: <https://www.refworld.org/pdfid/5c77a62b7.pdf>

⁶⁶ *Ibidem*.

Cuando los aspectos económicos y sociales que rodean a la migración laboral no son bien manejados se generan situaciones poco deseables. La xenofobia, el crecimiento en el índice de desempleo, la segregación social, son sólo algunas de estas. Así las cosas, los países receptores de migrantes tienen un reto de dimensiones sociales, económicas, y laborales por resolver. Por lo anterior la OIT ha venido realizando estudios periódicos a la situación de los trabajadores migrantes a lo largo y ancho del globo. En el capítulo que precede avanzaremos más detalladamente en la Organización y sus convenios y recomendaciones; por ahora nos bastará conocer sus acciones. A continuación, se reseñarán algunas experiencias destacadas que la OIT ha podido recopilar en sus varios informes técnicos.

La Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), reunida en Ginebra, revisó y debatió el informe general sobre migraciones laborales de 1999. A partir de las muchas recomendaciones, derivadas de este estudio, se empezaron a fraguar al interior de los países miembros varias políticas en materia de gobernanza de la migración. El primer paso lo dio la Organización de Naciones Unidas (ONU), estableciendo el mandato del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes ese mismo año⁶⁷. La Asamblea General de la ONU, un año después, emitió la resolución 55/25 del 2000 con la que se adoptó la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, buscando así combatir la trata de personas y el contrabando de migrantes.

Más adelante, en el año 2002, el Secretario General de la ONU comisionó al Asesor Especial, Michael Doyle, para que emitiera un informe general sobre los distintos aspectos de la migración. Dicho informe arrojó tres recomendaciones fundamentales: i) reducir las deficiencias jurídicas y normativas vigentes para los migrantes, ii) subsanar las deficiencias institucionales mediante una mejor

⁶⁷ Organización de Naciones Unidas: comisión de Derechos Humanos. Resolución 1999/44. Nueva York. 1999.

coordinación, y iii) crear una comisión mundial⁶⁸. Ya en el año 2003 entraba en vigor la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, pero a ella nos referiremos a profundidad más adelante.

Someramente se referenciaron las acciones de orden internacional, pero las regiones también prestaron atención a las recomendaciones de la OIT. La Unión Europea (UE) adoptó en 1999 el Tratado de Ámsterdam y con él se estableció un marco normativo común para el asilo y migraciones no comunitarias. Más recientemente, y con el crecimiento exponencial de inmigrantes hacia el viejo continente, se creó en 2015 una nueva agenda de migración⁶⁹. Esta iniciativa se sustenta en 4 tareas esenciales que son: menos incentivos para las migraciones irregulares, política común de asilo, gestión de fronteras, y una nueva política de migración legal.⁷⁰

En África, los estados miembros de la Unión Africana (UA) se comprometieron a fortalecer la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, así como a facilitar la movilidad de sus habitantes dentro de las regiones y subregiones del continente. A esta iniciativa se han sumado otras del sector privado que buscan el fortalecimiento de la migración laboral como fuente de desarrollo. Así también en Asia, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (Asean) creó en 2007 un foro sobre migraciones laborales que se reúne anualmente y tiene una administración tripartita. Situación similar ocurre con los países miembros de la Asociación de Asia Meridional (SAARC) que en 2014 adoptó la declaración de Katmandú⁷¹.

⁶⁸ Organización de Naciones Unidas: Sexagésimo octavo período de sesiones. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales: Derechos humanos de los migrantes. [En línea]. Nueva York. 2013. p. 05. [Consultado: 05 de mayo de 2020] Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9735.pdf>

⁶⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Op., cit. p.13.

⁷⁰ Comisión Europea. Una agenda europea de migración. [En línea]. Bruselas. 2015. p. 8-20. [Consultado: 05 de mayo de 2020] Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0240:FIN:ES:PDF>

⁷¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Op., cit. p.13-14.

En nuestra región resalta el Acuerdo sobre residencia adoptado en 2002 por los países miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en vigor desde 2009. Este documento consagraba el deber de cada estado en garantizar mismas garantías laborales a trabajadores migrantes, bien temporales o permanentes. También en 2012 se implementó el plan para facilitar la circulación en los países MERCOSUR. La situación nacional, al ser el objeto de análisis de este trabajo de investigación, se le dedicarán varios apartes de este texto.

7. LA OIT Y SUS ACCIONES SOBRE LA MIGRACIÓN LABORAL

7.1 LAS NORMAS INTERNACIONALES DEL TRABAJO Y SUS PROCEDIMIENTOS

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se concibe así misma como:

“[La] Única agencia 'tripartita' de la ONU, [que] reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.”⁷²

Para el cumplimiento de sus fines cuenta con varios estamentos internos, emite instrumentos internacionales de diferente carácter jurídico, realiza procedimientos de control, y dispone de diversos mecanismos para hacer valer su jerarquía. En la referenciación histórica de este texto se avanzó sobre los antecedentes y la fundación de este organismo. Ahora se procede a presentar su organización, su funcionamiento, la naturaleza de sus normas, y los mecanismos que de ellas se desprenden.

La Organización propende por el diálogo social como medio para alcanzar sus fines constitutivos. Es así como implementó desde su creación el Tripartismo⁷³ en todos los asuntos de su gestión, y en la elaboración de sus instrumentos. Tanto en la Conferencia Internacional del Trabajo, como en el Consejo Administrativo de la OIT, se encuentran representados: trabajadores, empleadores y gobiernos. La representación de los trabajadores la ejerce la Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV), constituida a su vez por los mandantes de distintos

⁷² Organización Internacional del Trabajo (OIT), Op., cit. Artículo 2.

⁷³ Es valioso aclarar que este término hace alusión a la confluencia de 3 estamentos diferentes que ejercen cada uno el control del otro y donde todos gozan de las mismas prerrogativas y jerarquía. Es erróneamente confundido con el Tripartidismo.

sindicatos y centrales de trabajadores debidamente constituidas y reconocidas por la OIT. La Oficina de Actividades para los Empleadores (ACT/EMP) representa los intereses de estos ante las distintas instancias de la Organización. Los plenipotenciarios designados por cada gobierno de los 187 países miembros ejercen la representación de estos.

La concertación y el tripartismo son además un reto para el organismo que los ve como los únicos garantes de que en las decisiones adoptadas todos sean ganadores. Así ha intentado que en los países miembros las decisiones de orden laboral sean tomadas en conjunto y mediante acuerdos. Estos deben involucrar tanto a organizaciones sindicales, representantes del sector empresarial y del comercio, y a los respectivos gobiernos. *Verbi gracia* la concertación que anualmente se busca en nuestro país para establecer el aumento al salario mínimo y al auxilio de transporte. Estas discusiones se dan en las condiciones de Tripartismo y concertación por las que aboga la OIT a través de distintos convenios y recomendaciones⁷⁴. Pero es criticable que, en caso de no alcanzarse una concertación frente a los asuntos discutidos, sea el Gobierno nacional (uno de los partícipes en las negociaciones) quien tome la determinación final.

7.1.1 Órganos de Gobierno y Administración.

La OIT tiene su sede principal en la ciudad de Ginebra, Suiza⁷⁵. Desde allí operan tres grandes órganos de administración y gobierno compuestos, como se dijo anteriormente, por representantes tripartitos. Están constituidos desde la creación de la Organización, que los enlistó en el artículo segundo de su Constitución de la siguiente manera:

⁷⁴ Se mencionan: convenio sobre la consulta tripartita, 1976 (núm. 144); recomendación sobre la consulta, 1960 (núm. 113); recomendación sobre la consulta tripartita, 1976 (núm. 152).

⁷⁵ Así ha sido durante casi todos sus 100 años de historia. Durante la Segunda guerra mundial la Organización se trasladó a la ciudad de Montreal, Canadá desde 1940 hasta 1948.

“La Organización permanente comprende: (a) la Conferencia General de los representantes de los Miembros; (b) el Consejo de Administración, compuesto como lo indica el artículo 7; y (c) la Oficina Internacional del Trabajo, que estará bajo la dirección del Consejo de Administración.”⁷⁶

La Conferencia General sesiona anualmente en Ginebra, Suiza, durante el mes de junio y con las delegaciones de cada uno de los países miembros. Estas se conforman por dos representantes del gobierno⁷⁷, uno de los trabajadores, y otros de los empleadores. Cada delegado tiene libertad de voto y puede expresar sus opiniones sin que estas se encuentren supeditadas a la opinión de sus connacionales. Y aunque trabajadores, representantes gubernamentales, y empleadores voten de manera distinta, las decisiones siempre llegan a adoptarse con amplia mayoría e incluso por unanimidad. Sus funciones son:

- la creación y adopción de instrumentos internacionales del trabajo,
- supervisar la aplicación de los convenios en el plano nacional,
- evaluar los informes globales que presente la oficina internacional para su revisión,
- debatir las problemáticas sociales en el mundo, y
- fijar un presupuesto y un programa de trabajo bienal para la Organización.

En la última Conferencia Internacional, la delegación colombiana⁷⁸ estuvo compuesta por la Ministra del Trabajo Alicia Arango y la embajadora en misión permanente en Ginebra Adriana del Rosario Mendoza en representación del gobierno nacional. En representación de los empleadores acudió Bruce Mac Master, presidente de la Asociación Nacional de Empresarios (ANDI), y Luis Miguel

⁷⁶ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Op., cit. Artículo 2.

⁷⁷ La presencia de dos delegados gubernamentales no responde a un privilegio en cabeza de dicho estamento, sino, a la existencia de un representante del gobierno (plenipotenciario) y a uno del estado (diplomático).

⁷⁸ La lista completa de asistentes y delegados está disponible para consulta en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_703542.pdf. [consultado el 05/03/2020].

Morantes, Presidente de la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) hizo lo propio con los trabajadores. Es de señalar que, así como la delegación es la única que tiene asiento en la Conferencia, esta viaja junto a un conjunto de técnicos y otros asistentes. Además, se garantiza a organismos imparciales estar presentes como garantes de lo que se decide. En el caso colombiano, a la 108ª Conferencia asistieron además el Viceprocurador general de la Nación y magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura y Consejeros de Estado.

El Consejo de Administración está compuesto por 122 miembros (56 titulares, 66 adjuntos). Es el órgano ejecutivo de la Organización y sesiona anualmente en marzo, junio y noviembre. Sus funciones son: determinar el orden del día en cada Conferencia, adoptar el programa y presupuesto que determine la Conferencia, y elegir al director general. De los 56 puestos titulares, 28 representan intereses gubernamentales, y de estos 10 se encuentran reservados a los países de mayor importancia industrial a nivel global (Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido y Federación de Rusia), mientras los demás son elegidos cada tres años en la Conferencia. Lo anterior genera las mayores críticas a la Organización pues, mientras el Tripartismo y la concertación son el fin que persigue la OIT, deja la dirección ejecutiva en manos de unos pocos. Por último, encontramos a la Oficina Internacional del Trabajo, adscrita al Consejo de Administración. Cumple funciones administrativas y secretariales, así como documentales y editoriales. Funciona en Ginebra de manera permanente y en otros 40 países del mundo dentro de los cuales no se encuentra Colombia. En América Latina, la oficina regional se encuentra en Lima, Perú, y existen otras tres subregionales en Brasil, Chile y Argentina.

7.1.2 Instrumentos internacionales adoptados por la OIT y su naturaleza:

La teoría clásica del derecho internacional establece que sus fuentes se categorizan en normas generales internacionales, y negocios jurídicos internacionales.

Ejemplos de lo primero son: la costumbre, los tratados, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho, y las leyes internacionales; mientras que los negocios jurídicos internacionales son de carácter unilateral y multilateral. A su manera, y sin apartarse totalmente de esta teoría, el derecho internacional del trabajo se ha concentrado mayoritariamente en las normas adoptadas por la OIT. La Conferencia Internacional del Trabajo, para el cumplimiento de los fines para los que se conforma, adopta las proposiciones del orden del día y elaborando su contenido en dos clases de instrumentos del orden internacional: convenios y recomendaciones⁷⁹.

Pero limitar el estudio del derecho laboral internacional a estas normas es un desacierto que, lastimosamente, tiene suficientes adeptos como para ser considerada la regla general. La Constitución de la OIT (incluyendo la declaración de Filadelfia de 1944) representa la fuente primaria que irradia el contenido de cualquier convenio o recomendación. El artículo primero de la declaración de Filadelfia (anexada a la Constitución de la OIT en mayo de 1944) establece:

“La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: (a) el trabajo no es una mercancía; (b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; (c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; (d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.”⁸⁰

⁷⁹ El artículo 19 de la Constitución de la OIT señala que, “Cuando la Conferencia se pronuncie a favor de la adopción de proposiciones relativas a una cuestión del orden del día, tendrá que determinar si dichas proposiciones han de revestir la forma: a) de un convenio internacional, o b) de una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio.”

⁸⁰ Conferencia Internacional Del Trabajo (CIT). Declaración de Filadelfia. Artículo 1°.

Por lo anterior, se entienden como fuentes internacionales del derecho del trabajo, además de las adoptadas por la OIT, todas aquellas normas supranacionales que establezcan garantías a los derechos humanos, así como las que regulen relaciones económicas entre diversos países. El profesor Lafont de León citando a Miguel Canessa resume este argumento de la siguiente manera:

“(…) la visión clásica del derecho internacional del trabajo suele tener como referencia las normas internacionales del trabajo de la OIT, convenios y recomendaciones; sin embargo, una nueva visión del derecho internacional del trabajo permite decir que todos los convenios sobre derechos humanos, los tratados internacionales y los convenios sobre comercio internacional tienen en común que versan sobre el derecho internacional del trabajo.”⁸¹

Clarificado lo anterior se procede a explicar la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales adoptados por la CIT y emitidos por la OIT, que, impero, componen el grueso de la normativa laboral internacional.

7.1.3 Convenios Internacionales del Trabajo.

Son compendios normativos, compuestos por un preámbulo y un cuerpo articulado de preceptos que, junto a los protocolos⁸², son expresión clara del *hard law*. Por naturaleza son:

- *Ratificables*: Ningún Estado miembro de la OIT puede ser obligado a ratificar los convenios adoptados por la Conferencia Internacional del trabajo. Aun cuando hubiesen participado en su elaboración y adopción, prima la soberanía legislativa. Se requiere que sus Estados Miembros, en virtud de la

⁸¹ Lafont de León, Francisco R. El derecho internacional laboral. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015. p. 63. Cit. 222.

⁸² Son instrumentos ratificables, pero secundarios pues requieren la existencia de un convenio previamente adoptado al que se adhiere para incluir adendas.

Constitución de la OIT, las sometan a sus autoridades competentes para su examen.

- *Obligatorios*: Una vez ratificados se incorporan al ordenamiento jurídico interno y sus disposiciones son de obligatorio cumplimiento. No solamente se consagran en una ley nacional, sino que deberán permear todas las actuaciones del Estado y sus particulares.
- *Derogables*: Respondiendo al principio de dogmática jurídica según el cual, en derecho las cosas se deshacen como se hacen. Con la expedición de otro instrumento de igual naturaleza se ordena la derogación de las normas que le sean contrarias. Así opera también en la Organización, donde la derogación opera por solicitud de un Estado (denuncia), o por votación en el orden del día de la CIT de una nueva norma que disponga suprimir las que le sean contrarias.
- *Retirables*: Siempre que un convenio haya sido adoptado (incluso elaborado) más no haya entrado en vigor, en lugar derogarse debe retirarse.
- *Autónomos*: La derogatoria o retiro de este instrumento por parte de la OIT no genera efecto alguno dentro de los ordenamientos internos donde se haya ratificado la norma. La autoridad competente tendrá que hacer lo propio en cada país. Aun así, la OIT dejará de vigilar el cumplimiento del convenio.
- *Armónicos con el derecho interno*: De ninguna manera la ratificación de un convenio puede menoscabar las leyes, sentencias o costumbres que garanticen al trabajador condiciones más favorables que las contenidas en el instrumento internacional.

En 100 años de historia la OIT ha adoptado 190 convenios. Y aunque sería un ideal que todos los estados miembros los hayan ratificado, es una misión casi imposible. Por esto, de una manera más sensata, la organización ha establecido unos *Convenios fundamentales*, referentes a: la libertad de asociación y la libertad sindical, y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva

del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. El objetivo es alcanzar la ratificación total de estos por los estados miembros⁸³.

7.1.4 Recomendaciones Internacionales del Trabajo

Son directrices orientadoras no vinculantes ni ratificables. Pueden considerarse normas *soft law*. A diferencia de los convenios, no tienen la jerarquía de tratado internacional ni pueden ingresar a los ordenamientos jurídicos internos. Aun así, la Organización asume un control y vigilancia de los contenidos de estos instrumentos, así como toma nota de las observaciones a su cumplimiento. Pueden ser: accesorias, es decir aquellas que se expiden para ser norma técnica en la aplicación de un convenio; o independientes sino requieren vinculación a otra norma para expedirse. De igual forma habrá convenios que no tengan recomendaciones adjuntas. La Conferencia adopta los instrumentos propuestos dentro del orden del día cuando los votos de los delegados presentes superen los dos tercios. La Corte Constitucional, en Auto del 09 de diciembre de 1999 reafirma el carácter no vinculante de las recomendaciones al afirmar que:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, las recomendaciones de la OIT no son normas creadoras de obligaciones internacionales, sino meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los estados”⁸⁴

7.1.5 Mecanismos y procedimientos de control y sanción de la OIT.

La obligatoriedad de las normas internacionales del trabajo (NIT) trae consigo un conjunto de mecanismos y procedimientos que buscan el cumplimiento y correcta aplicación de dichos instrumentos. La OIT, a través del análisis jurídico, el diálogo tripartito y el contacto directo con los estados, busca que las diferencias suscitadas

⁸³ Aún faltan 129 ratificaciones para alcanzar la meta que hoy se encuentra en un 91.4% de avance. Colombia ha sido uno de los países que ya cumplió este cometido.

⁸⁴ Corte Constitucional Colombiana. Auto del 09 de diciembre de 1999, dentro del trámite del expediente T-206.360. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

en relación con los Convenios se puedan solucionar de la misma forma como se crean las normas, concertadamente. Para ello ha establecido mecanismos de control periódico y procedimientos especiales.

7.1.5.1 Mecanismos de control periódicos. Radican en cabeza de dos dependencias de la Organización. Sus miembros, funcionamiento, e insumos, responden únicamente a la OIT. Estos mecanismos son:

- **Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR).** Analiza las memorias que los países deben entregar cada tres años exponiendo las acciones que cumplen con los convenios ratificados. La Comisión, compuesta por 20 juristas de distinguida trayectoria y reputación, procede al examen del cumplimiento haciendo dos tipos de comentarios. Las primeras son observaciones sobre la manera como se ha cumplido el convenio, y presentarlas en un texto a la Conferencia Internacional. Las otras son respuestas a solicitudes directas de un Estado sobre el cómo: dar cumplimiento a un convenio, o actuar ante una situación que suponga la ponderación de varios derechos y garantías. Estas últimas son decididas y entregadas a cada país sin que sean expuestas en la Conferencia.
- **Comisión tripartita de la Conferencia sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CAN).** Recibe en la CIT el informe presentado por la CEACR y escoge las cuestiones que encuentra necesarias para el debate. Escogida la cuestión convoca a los representantes de los Estados miembros a que expliquen ante la Conferencia el porqué de esta. La respuesta se hace de manera verbal en el pleno de la sesión ante todos los demás presentes donde se debate la situación. Al final la CAN adopta unas conclusiones y recomendaciones que deberá asumir el Estado, y le asigna una comisión técnica de la Organización. Las situaciones más graves se consignan en el Informe General.

7.1.5.2 Procedimientos especiales. Además del control oficioso que realiza la Organización a través de las comisiones antes mencionadas, puede ejercer sus funciones a petición de interesados. Estas se realizan a través de los siguientes procedimientos:

- **Reclamación.** Se adelanta de manera directa ante el Consejo de Administración de la OIT. Están legitimados para hacerla únicamente las organizaciones⁸⁵ de empleadores o de trabajadores de los países miembros que hayan ratificado el Convenio sobre el cual verse la reclamación. Busca poner en conocimiento el incumplimiento de la normativa internacional para que el Consejo nombre una Comisión tripartita que evalúe tanto el reclamo como la respuesta del Estado miembro. Al final el Consejo Administrativo entregará las recomendaciones a aplicar y, cuando estime que la respuesta del Estado no es satisfactoria, tendrá derecho a hacer público el procedimiento adelantado.

- **Queja.** Procede cuando un Estado miembro considera que otro Estado ha incumplido las obligaciones derivadas de un Convenio ratificado por ambos. El Consejo Administrativo nombra una comisión investigadora para que revise los hechos que soportan la queja y al final emita unas consideraciones. Estas deberán ser cumplidas so pena de que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) entre a dirimir el conflicto. Empero, es un procedimiento en el que las partes en discordia son Estados, y por lo tanto la eventual disputa ante la CIJ no tendrá la participación de las organizaciones de trabajadores o empleadores.

Como se ha explicado con antelación la OIT no cuenta con medidas coercitivas o censuras que obliguen a los Estados a cumplir las normas suscritas. Es necesario recordar que estas medidas responden a la vocación concertadora de

⁸⁵ No existe ningún mecanismo en la OIT al que pueda accederse de manera individual. Únicamente organizaciones, aun cuando no tengan reconocimiento estatal.

la Organización, además, estos procedimientos no limitan la acción de las organizaciones de empleadores o trabajadores que tendrán en los tribunales nacionales su primera oportunidad para que se acceda a sus pretensiones. La OIT se ha erigido como un organismo con sólidas bases y un autogobierno pulcro, cuyos mecanismos y procedimientos enriquecen el debate en torno a los temas del trabajo y la seguridad social, aportando además a la concordia entre los distintos sectores. Ser miembro de la OIT implica un compromiso para cada Estado, tanto en el acatamiento de sus normas como en la participación que se haga en las diferentes instancias del organismo.

7.2 LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE LA OIT PARA LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE

La protección del trabajador migrante comporta un asunto de especial cuidado al interior de la OIT, y así lo ha demostrado desde su fundación en 1919. En el preámbulo de su Constitución, y en el mismo tratado de Versalles⁸⁶, se evidenciaba una preocupación por los “trabajadores ocupados en el extranjero”. Esta importancia se vio reflejada inicialmente en la creación de la Oficina permanente para las migraciones y la adopción de varias recomendaciones sobre la reciprocidad de trato. Pero la preocupación se acentuaría unos años después con los crecientes nacionalismos en Europa durante los años treinta, pues muchos de estos movimientos pregonaban la necesidad de excluir a los migrantes de las industrias locales y dar sus vacantes a los connacionales⁸⁷. Estas peligrosas ideas, junto a la crisis económica del 29, derivaron en un desastre evidenciado sólo después de la Segunda Guerra Mundial. No sorprende entonces que el primer Convenio que analizaremos date de 1949⁸⁸.

⁸⁶ Artículo 427.

⁸⁷ LUBE GUIZARDI, Menara. Migración, integración Y Nacionalismo: Reflexiones Para Una ciudadanía Inclusiva. En: Migraciones. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, junio, 2014, nro. 35, p. 43-70(58). ISSN: 1138-5774, doi: mig.i35.y2014.002. [Consultado: 05/06/2020]. Disponible en: <https://doi.org/10.14422/mig.i35.y2014.002>.

⁸⁸ Sea de mencionar que el primer Convenio sobre la materia fue el C066 de 1939, pero este nunca llegó a entrar en vigor pues ningún miembro lo ratificó. Las razones que llevaron a esta negativa son obvias; ningún país en tiempos de guerra internacional va a ratificar una norma que propugna por la protección de extranjeros.

7.2.1 C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes,1949.

Este instrumento establece en sus primeros 3 artículos unas obligaciones a cargo del país ratificante para con la OIT. A la Organización se debe informar sobre: las políticas y la legislación referentes a la emigración y a la inmigración, las disposiciones especiales relativas al movimiento de trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo y de vida de estos, y los acuerdos o modificaciones especiales que quieran realizarse sobre la materia. Impone además la obligación de garantizar un servicio gratuito para brindar ayuda al migrante (aunque no especifica si este es de introducción, colocación, o de otra índole), y a luchar contra cualquier publicidad o información sobre migraciones que induzca al error. Los artículos 4 y 5 tienen un carácter más potestativo, pues obliga a cumplir sus disposiciones siempre que la capacidad del país lo permita, imponiendo los deberes de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento del trabajador migrante, así como la verificación de su estado de salud en dos momentos: al ingresar y al salir del país.

La sexta disposición —el grueso del convenio— garantiza un trato no menos favorable que el recibido por los nacionales en los siguientes aspectos:

- a. Remuneración (incluidos subsidios familiares, auxilios, pago de horas extras, vacaciones, y demás prestaciones), vacaciones remuneradas, edad para admisión en el empleo, aprendizaje y formación profesional, protección especial de menores y mujeres, afiliación a organizaciones sindicales, y vivienda.
- b. Impuestos tasas y contribuciones derivadas de la actividad laboral.
- c. Seguridad social (enfermedad y accidente laboral, maternidad, enfermedad, vejez, desempleo, y cualquier otra que comprenda la legislación), exceptuando aquellas cuyo pago se efectúe exclusivamente con fondos públicos.

- d. Las acciones judiciales relacionadas a estos derechos.

Los artículos 7, 8,9 y 10 contienen otras obligaciones relativas no sólo al trabajador sino también a su familia. Establecen:

- a. La gratuidad del servicio público de empleo para inmigrantes.
- b. La libre transferencia de ganancias a su país de origen, con respeto de las normas y gravámenes sobre importación y exportación de divisas.
- c. La imposibilidad de enviar al país del que emigraron al trabajador o su familia debidamente admitidos a título permanente por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada y que impidan al trabajador ejercer su oficio.

El artículo 11 contiene la definición de trabajador migrante para los efectos del instrumento — deseable era encontrar esta acepción al inicio del texto—. El término recoge a *“(...) toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.”*⁸⁹ Con lo anterior se deja claro que este convenio se ocupa sólo de las migraciones regulares⁹⁰. Además de las migraciones irregulares, quedan excluidas del ámbito de aplicación del convenio los trabajadores fronterizos, los artistas y personas que ejerzan una profesión liberal por un corto período (trabajadores itinerantes), la gente de mar.

Los cánones precedentes se ocupan de cuestiones propias de la ratificación, denuncia, y exclusión del convenio que no tienen una relevancia sustancial. Además de los 23 artículos, el texto cuenta 3 anexos que tampoco serán analizados pues el convenio 143 recoge las temáticas que se incorporaron en estos. Al instrumento

⁸⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT). C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). [En línea]. Ginebra. 1949. Artículo 11, par.1. [Consultado: 07 de junio de 2020] Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312242.

⁹⁰ La OIM define la migración regular como: Movimiento de personas que se produce de conformidad con las leyes del país de origen, de tránsito y de destino.

antes desglosado lo acompañó una recomendación adjunta para efectos de orientar su aplicación; a continuación se presenta.

R086 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1949.

Ya se dijo que las recomendaciones no son ratificables y que sus disposiciones son expresión clara del *soft law*. Aun así, adquieren relevancia pues muchas veces — como en este caso— amplían definiciones o explican cómo llevar a cabo lo ordenado por el convenio al que se adscriben. La recomendación 086 hace lo propio con el convenio 097, especialmente con las definiciones de algunos términos que serán de importancia para este estudio. El artículo 1° de la recomendación establece el significado de reclutamiento, introducción y colocación así:

- a. Reclutamiento es toda acción dirigida a la búsqueda, selección y contratación de personal, en un territorio, por cuenta de un empleador de otro territorio.
- b. Introducción representa la preparación de las medidas necesarias para la llegada o admisión de las personas reclutadas al lugar donde ejecutará la labor contratada.
- c. Colocación hace referencia al acondicionamiento de la persona en el lugar y la formalización de su contrato.

El instrumento recomienda, entre otras cosas, que:

- a. no se limiten las actividades en que pueda ser contratada la persona;
- b. se le brinde al inmigrante en caso de requerirlo vivienda, alimentos y ropa adecuados;
- c. se garantice acceso a las escuelas a los miembros de la familia del inmigrante:
- d. se obligue a los empleadores a proporcionar un contrato o propuesta laboral formal traducida al idioma del reclutado;
- e. no se exijan a los refugiados o personas desplazadas la formalización del ingreso para poder ejercer una profesión u oficio;

7.2.2 C143 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (Disposiciones complementarias), 1975.

Representa la ampliación de las garantías propuestas en el convenio 97 así como la respuesta de la OIT frente a las nuevas formas de esclavitud y comercio humano que aparecen con la inmigración clandestina e ilegal⁹¹. Ante la existencia de personas sin autorización para ingresar a un país ni permiso para laborar, y de otras que ante esta situación buscaban un lucro con su explotación, debió la Conferencia expedir un nuevo instrumento, más amplio y concreto, sin derogar el convenio 97 de 1949.

Tales eran las vulneraciones que reflejaba el séptimo informe sobre migración global que el nuevo convenio debía ser contundente. Tanto así que el artículo 1° reza: *“Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes.”*⁹² Es clara la intención del instrumento, no basta garantizar derechos laborales si se evidencian graves violaciones a los derechos humanos fundamentales. Sin la vigencia de los segundos es inane la presencia de los primeros. Al canon le siguen otros seis que propenden por el compromiso del país ratificante para combatir a los grupos y prácticas esclavistas. En estas estrategias se hace necesaria la participación de grupos de trabajadores y de empleadores —acentuando la importancia del tripartismo—. El artículo 8° robustece una obligación previa y contenida en el C097⁹³, que los trabajadores migrantes regulares no pueden ser expulsados por el hecho de haber perdido su empleo, ni podrá este hecho entrañar la pérdida de la calidad de residente regular. Añade la nueva norma el derecho del extranjero a acceder a un nuevo empleo y a la readaptación.

⁹¹ La 58ª reunión de la CIT lo concibió como la respuesta a las problemáticas no abordadas, o insuficientemente tratadas por el convenio vigente.

⁹² Organización Internacional del Trabajo (OIT). C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). [En línea]. Ginebra. 1975. Artículo 1. [Consultado: 07 de junio de 2020] Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143

⁹³ Organización Internacional del Trabajo (OIT). C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). [En línea]. Ginebra. 1975. Artículo 1. [Consultado: 07 de junio de 2020] Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143

La novena disposición exige, por su importancia, un párrafo aparte pues, contiene la mayor diferencia frente a la norma que le antecedió. Mientras el convenio 097 de 1949 dejaba claro en el artículo onceavo que su ámbito de aplicación eran las migraciones regulares, el convenio 143 reconoce la necesidad de proteger al migrante irregular. Si bien la regla general de la protección a las migraciones es que estas se realicen conforme a la ley, el respeto de los derechos humanos fundamentales no está supeditado al cumplimiento de los protocolos de ingreso. El compromiso para con los migrantes irregulares se soporta en las siguientes obligaciones a cargo del miembro ratificante:

- a. El trabajador migrante irregular, contratado para la realización de cualquier actividad legal, goza de las mismas garantías derivadas de su empleo, es decir laborales, de seguridad social, y otros beneficios.
- b. El acceso a la justicia, directamente o por representante, para discutir la existencia de sus derechos.
- c. En caso de ser expulsado, ni el trabajador ni su familia tendrán que asumir los costos de la misma.
- d. La decisión de regularizar a las personas ilegalmente ingresadas es potestativa de cada país, y esta no contraría el espíritu del convenio.

Los artículos 1 al 9 representan la primera parte del convenio denominada Migraciones en Condiciones Abusivas. La segunda hace alusión a la igualdad de oportunidades para trabajadores en situación regular, siendo una manera de reafirmar los compromisos que se adquirirían con la ratificación del C097 de 1949. El instrumento divide su aplicación en estas dos grandes temáticas. En tanto el cuenta con cláusula de flexibilidad, el Estado miembro puede ratificar cualquiera de las partes, o ambas. La tercera sección comprende ocho artículos sobre las modalidades de ratificación, término para su denuncia, y otras cuestiones de índole procedimental y no sustancial; por ello no se explicará.

R151 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975.

Tal como lo hace la R086 de 1949, esta recomendación amplía el convenio al que se adscribe añadiendo una serie de medidas deseables —demasiado a consideración del suscrito—. Están pensadas para países con alto flujo de migrantes, donde la barrera del idioma pueda ser un problema para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con la ratificación. Añade además algunos consejos sobre educación de la población en general sobre las temáticas que aborda el convenio. Se compone de tres temáticas específicas: igualdad de trato, políticas sociales, y empleo y residencia.

Algunas de las recomendaciones representan una inversión muy difícil de asumir para su cumplimiento. Ejemplo de ello es el literal (a) de la recomendación 17 donde se plantea que, ante la imposibilidad de encontrarse con su familia en el país receptor, el trabajador migrante que haya cumplido un año o más en el ejercicio de sus labores, debería tener derecho a vacaciones pagadas hasta el país de origen o donde se encuentre su familia. Insisto, son medidas deseables pero difíciles de cumplir en caso de ser acogidas. Sin embargo, al ser una recomendación, no representa ningún riesgo para el país que decida adoptar el C147 de 1975.

7.3 APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS 097 Y 143 EN JURISDICCIONES EXTRANJERAS.

Sabido es que las disposiciones contenidas en los convenios son vinculantes en el país donde son ratificadas. Inane sería la adopción de cualquier norma internacional si esta no tiene aplicación en el derecho interno. En el caso colombiano las normas internacionales se insertan dentro de un conjunto normativo denominado Bloque de Constitucionalidad⁹⁴. Para el profesor Danilo Caicedo Tapia, el Bloque de Constitucionalidad se define como un:

⁹⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Instituto jurídico que integra los valores, principios y reglas del sistema jurídico, que no se encuentran en el articulado de la Constitución, los cuales se desprenden por medio de cláusulas de remisión establecidas en el cuerpo constitucional; como resultado, nuevos valores y principios se entienden anexados al texto constitucional con igual fuerza normativa, en un sentido sustancial en aplicación inmediata y directa del principio pro -ser humano”⁹⁵

A partir de esta acepción iniciamos el estudio de algunas decisiones judiciales de varias latitudes. Han sido proferidas por los órganos de cierre de distintos países y evidencian la jerarquía que ostentan los convenios C 097 y C 143 dentro de los ordenamientos jurídicos internos.

Los casos específicos corresponden a Francia, Alemania (RFA) y Hong Kong (RP China), y hago dos aclaraciones: Primero, de los tres países el único que evidencia en su totalidad el bloque de constitucionalidad definido por el profesor Tapia es Francia. Esta clara la proximidad, de vieja data, entre el derecho francés y los sistemas jurídicos latinos. Segundo, los casos son presentados debido a la relevancia que suscitan para el estudio de la protección a trabajadores migrantes, y de allí que la OIT las resalte en su informe Utilización del derecho internacional por parte de los tribunales nacionales.

7.3.1 Francia: el Consejo de Estado Frances y la garantía de vivienda para los trabajadores migrantes.

El Grupo de información y de apoyo a los inmigrantes y la Federación para la promoción y la inserción por la vivienda presentaron una acción de nulidad por

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...).”

⁹⁵ Caicedo Tapia, Danilo. El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. En: Revista de derecho FORO. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Octubre, 2009. Vol. 12. pg.12. [Consultado el 12/05/2020]. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>

exceso de poder contra el Decreto N° 2008-908 del 8 de septiembre de 2008. La sala de lo Contencioso del Consejo de Estado Frances hizo a partir de allí un análisis de la jerarquía y alcance del convenio C 097 de 1949 en la legislación francesa. Fue planteada la siguiente pregunta jurídica: ¿el gobierno podía imponer a los trabajadores migrantes, requisitos distintos a los exigidos a los nacionales franceses para el acceso a una vivienda digna gratuita?, siendo estos requisitos: haber residido en territorio francés de manera regular durante un periodo ininterrumpido de dos años, y no ser un trabajador temporal o en misión.

Para decidir, el Consejo de Estado apoyó su estudio en dos normas esenciales: el artículo 55 de la Constitución Política francesa⁹⁶, y el artículo 6°-1 del convenio estudiado (ratificado por Francia el 04 de agosto de 1954). A partir de allí planteó las siguientes consideraciones que son relevantes para el estudio que se adelanta:

- a. El Convenio 097 de 1949 goza de una posición jerárquica suprallegal. Sus disposiciones son oponibles a cualquier acto devenido de normas que no estén investidas con la misma valía. Y armoniza con la
- b. El Decreto atacado es un acto administrativo que no es oponible a una disposición suprallegal. Por ende, por medio de este no se podía limitar el derecho a una vivienda digna de los trabajadores migrantes que de manera legal hayan ingresado al territorio francés. Ni aun cuando estos no cumplan con el requisito de dos años como periodo mínimo de residencia (el Convenio no califica al trabajador migrante a razón de su permanencia sino la legalidad de su ingreso). Tampoco es procedente la exigencia de estar contratado en una modalidad de temporalidad o misional (el Convenio no clasifica a los trabajadores foráneos).

⁹⁶ Constitución Política Francesa, artículo 55: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen, desde la fecha de su publicación una autoridad superior a la de las leyes, siempre que sean aplicados por la otra parte."

El Tribunal expresó lo resumido en los siguientes términos:

“las estipulaciones citadas anteriormente se pueden invocar en contra del decreto en cuestión, el cual no es compatible con estas estipulaciones ya que, por una parte, subordina el derecho oponible a la vivienda de ciertos trabajadores a la condición previa de una residencia de dos años en el territorio nacional que no se aplica a los nacionales, y por otra parte porque excluye de su ámbito de aplicación a permisos de residencia susceptibles de estar atribuidos a personas que podrían considerarse trabajadores migrantes de acuerdo con este convenio, como por ejemplo los trabajadores temporales o los trabajadores en misión”.⁹⁷

Se decide entonces anular el artículo 1° del decreto de 8 de septiembre de 2008, pero, sabidas las repercusiones económicas y el impacto de estas, da al fallo efectos *ex nunc*, computando su nulidad a partir del 01 de octubre de 2012. Esta decisión es el ejemplo básico de tutela de los derechos de los trabajadores migrantes pues se estructura en una ratificación que hace exigible lo dispuesto en el convenio a las autoridades del Estado que lo acogió, pero veamos ahora una situación más compleja.

7.3.2 Hong – Kong: El Tribunal de Apelación de la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong analiza la procedencia de un impuesto para contratar migrantes

El Alto Tribunal conoció la apelación interpuesta por un colectivo de ciudadanos mayoritariamente filipinos, que desde hacía ya varios años se desempeñaban como trabajadores domésticos. La censura se realizaba dentro del proceso adelantado contra las autoridades migratorias de la Isla de Hong Kong. Según ellos, la existencia de un gravamen aplicable a la contratación de trabajadores migrantes domésticos era una vulneración directa del Convenio 097 de 1949, toda vez que

⁹⁷ Consejo de Estado Francés: Subsección cuarta, sala contenciosa. Fallo Contencioso N° 322326, 23 de marzo de 2012. Pg. 4. [consultado el 01/09/2019]. Traducción oficial disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/es/arianeweb-esp>.

este no se hacía extensivo a quienes emplearan a residentes permanentes de la isla. Situación que, a priori, parece idéntica a la expuesta en el caso anterior; un acto administrativo que no se acopla a las disposiciones de una norma suprallegal.

Pero he aquí lo interesante del asunto. Tanto la apelación como la acción en primera instancia fundaban sus argumentos en la protección conferida por el Convenio 097, mismo que carecía (y aún carece) de ratificación por RAE de Hong Kong. Dicha situación sustentó la estrategia defensiva de las autoridades administrativas demandadas. Ante la ausencia de legislación local que ratificase el convenio, este no era aplicable; así lo señala el artículo 39 de la Ley Básica de la RAE de Hong Kong⁹⁸. Pero, a pesar de la aparente inoponibilidad del instrumento, el Alto Tribunal de apelaciones decide aplicarlo en virtud del principio internacional de confianza legítima.

Este concepto jurídico propio del derecho inglés alude a la expectativa que tiene el administrado frente a las actuaciones de la administración. Para su aplicación se requiere que se haya fomentado dicha confianza a través de una conducta continuada, evidenciada en sus actos y decisiones, constituyendo una línea unificada que se espera no varíe. Para el caso en concreto, dicha expectativa reposaba en la notificación de aplicación hecha por la República Popular China a su subordinada región de Hong Kong el 01 de julio de 1997. Es decir, aunque el Convenio 97 de 1949 carecía de ley ratificatoria, esto no respondía a que el mismo no tuviera efectos jurídicos internos sino a una clara omisión legislativa.

El fallo introdujo el convenio al análisis de la apelación, mismo que había sido desechado por el juez de instancia. Aun así, el fallo ratificó la decisión recurrida pues, si bien el artículo 6-1-c del convenio exige un trato no menos favorable para

⁹⁸ Artículo 39: "Las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los convenios internacionales de trabajo que sean aplicables en Hong Kong permanecerán en vigor y se aplicarán a través de leyes de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (...)" Texto original disponible en: https://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/images/basiclaw_full_text_en.pdf

los extranjeros en materia de: *impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada*, el gravamen no era exigido a los migrantes para poder ser contratados, sino a los empleadores locales para poder contratar. Esta decisión es discutible en tanto no se observó el espíritu de la norma laboral; nada distinto a la garantía de una igualdad material. El pago del impuesto, sin importar a cargo de quien esté, es un óbice para que los migrantes puedan acceder a un empleo donde residen. Sin embargo, las consideraciones son bastantes enriquecedoras en tanto plantea la aplicación de un convenio no ratificado, a través del principio internacional de confianza legítima. Reitero, un principio propio de los sistemas del *common law*—aunque deseable en el nuestro—al que pertenece Hong Kong desde que era un protectorado Británico.

7.3.3 República Federal (RF) Alemana:

El máximo órgano de lo contencioso administrativo analiza el estatus jurídico de los trabajadores con permiso de trabajo permanente a la luz del convenio 097.

El Tribunal Administrativo Federal de Alemania (Occidental) decidió sobre la nulidad de una resolución emitida bajo las circunstancias que se pasan a narrar. Un ciudadano yugoslavo ingreso en territorio alemán en 1968 y en ese momento obtuvo un permiso de trabajo temporal. Hasta 1981 ejerció su oficio sin interrupciones, situación que le permitió en 1982 hacerse con un permiso de residencia permanente. Debido a distintas circunstancias, en 1984 el ciudadano perdió su empleo, y desde 1985 dependía, junto a su familia, de la asistencia estatal.

En marzo de 1986 el Consejo Regional de Karlsruhe (región donde vivía) había revocado su permiso de residencia permanente, ordenándole abandonar el país en junio del mismo año, so pena de deportación. A pesar de la oposición gubernativa, y de la demanda de nulidad, tanto la autoridad como el juez de primera instancia mantuvieron la decisión. Recurriendo el fallo ante el máximo Tribunal, expuso el

yugoslavo que le era muy difícil encontrar un empleo dada su avanzada edad (59 años), y justificó su censura en el artículo 8° del convenio 097 de la OIT⁹⁹.

Planteó así una resolución directa del litigio con base en el derecho internacional, que pasó a resolver el tribunal de la siguiente manera. Inició sus consideraciones argumentando que las normas externas ratificadas debidamente tenían aplicación siempre que su formulación, objetivos y contenido pudieran crear efectos jurídicos ante una ausencia legislativa interna.

Para la época, el parlamento sólo había regulado los permisos temporales de trabajo, por lo que, a primera vista, el artículo 8° del convenio tenía plena aplicabilidad en el caso. No obstante, señaló la corporación:

“Dado que el Convenio No. 97 no contiene ninguna disposición sobre la admisión de trabajadores migratorios con carácter permanente, los detalles de lo que se requiere son determinados por la legislación nacional de cada Estado contratante.”¹⁰⁰

Habida cuenta de la comisión legislativa, y de la inaplicabilidad de la norma internacional, el fallo se profirió según el precedente que, en ese momento, seguía el tribunal. El análisis se volcó hacia el estatus jurídico de los residentes permanentes y la ejecutoriedad de sus permisos, pasando a un segundo plano el estudio del convenio.

La residencia permanente que había adquirido el yugoslavo estaba condicionada a la existencia de un permiso de trabajo, por lo menos durante 5 años, contados a

⁹⁹ El convenio se encuentra ratificado desde 1959, y dispone: “El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser enviados a su territorio de origen o al territorio del que emigraron cuando, por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada, el trabajador migrante no pueda ejercer su oficio, a menos que la persona interesada lo desee o que así lo establezca un acuerdo internacional en el que sea parte el Estado Miembro.”

¹⁰⁰ Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) Fallo BVerwG 1 C 20.89, 28 de mayo de 1991. Pg. 13. [consultado el 12/06/2020]. Traducción propia.

Texto original: Was die dauernde Zulassung eines Wanderarbeiters im einzelnen erfordert, bestimmt sich, da das Übereinkommen Nr. 97 hierzu keine Vorschriften enthält, nach dem innerstaatlichen Recht des jeweiligen Vertragsstaates.

partir de que se expidiera el permiso de residencia permanente. Al haber sido reconocido como residente en 1982, el acto administrativo que le concedió dicho estatus no cobraba plena ejecutoria sino hasta 1987. En tanto el acto revocatorio atacado se había proferido en marzo de 1986, el Tribunal decidió confirmar la decisión de primera instancias.

Las consideraciones de los magistrados fueron, cuando menos, cuestionable. Así lo hizo saber la CAN (OIT)¹⁰¹ en una solicitud directa enviada a Alemania en 2001, en la que precisó:

“La Comisión desearía referirse a su solicitud directa anterior y recordar las explicaciones proporcionadas en el párrafo 458 de su Estudio general de 1980 sobre trabajadores migrantes según el cual la admisión a título permanente está ligada exclusivamente al estatuto de residencia permanente, mientras que el Gobierno afirma (...) que la admisión a título permanente presuponía, en virtud de la legislación nacional, no solamente la posesión de un permiso de residencia permanente, sino también la posesión de un permiso de trabajo permanente.”¹⁰²

¹⁰¹ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

¹⁰² Delgado Barreto, César, et al. Introducción al derecho internacional privado: Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional, sujetos de las relaciones privadas internacionales. [En línea]. Perú: Fondo Editorial de la PUCP, 2016. Cit. 256. Tomo III. [Consultado el 13/06/2020]. Disponible en: <https://es.scribd.com/book/358970328/Introduccion-al-derecho-internacional-privado-Tomo-III-Conflictos-de-jurisdicciones-arbitraje-internacional-y-sujetos-de-las-relaciones-privadas-in>. ISBN: 9786123172114.

8. LA NO RATIFICACIÓN DE LOS CONVENIOS 097 Y 143 DE LA OIT EN COLOMBIA

El siguiente cuadro muestra los países miembros que han ratificado al menos uno de los convenios:

Cuadro 1. Ratificaciones a los convenios 097 y 143 de la OIT.

<p style="text-align: center;">Países que han ratificado el Convenio núm. 97</p> <p><i>Alemania, Albania, Argelia, Armenia, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belice, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Cuba, Chipre, Dominica, Eslovenia, Francia, Granada, Guyana, Israel, Italia, Jamaica, Kenya, Kirguistán, Madagascar, Malawi, Malasia (Sabah), Mauricio, Montenegro, Países Bajos, Nueva Zelanda, Nigeria, Noruega, Filipinas, Portugal, Reino Unido, Santa Lucía, Serbia, Tayikistán, República Unida de Tanzania (Zanzíbar), ex República Yugoslava de Macedonia, Trinidad y Tabago, Uruguay, República Bolivariana de Venezuela y Zambia.</i></p> <p>Además, hay una notificación de aplicabilidad de <i>China</i> en relación con <i>la Región Administrativa Especial de Hong Kong</i> y seis declaraciones de aplicación para el <i>Reino Unido (Anguilla, Islas Vírgenes Británicas, Guernsey, Isla de Man, Jersey, Montserrat)</i>.</p> <p style="text-align: center;">Países que han ratificado el Convenio núm. 143</p> <p><i>Albania, Armenia, Benin, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Camerún, Chipre, Eslovenia, Guinea, Italia, Kenya, Montenegro, Noruega, Filipinas, Portugal, Serbia, Suecia, Tayikistán, ex República Yugoslava de Macedonia, Togo, Uganda y la República Bolivariana de Venezuela.</i></p> <p style="text-align: center;">Países que han ratificado el Convenio núm. 97 y el Convenio núm. 143</p> <p><i>Albania, Armenia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Camerún, Chipre, Eslovenia, Italia, Kenya, Montenegro, Noruega, Filipinas, Portugal, Serbia, Tayikistán, ex República Yugoslava de Macedonia y la República Bolivariana de Venezuela.</i></p>

Fuente: OIT. Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes. Promover una migración equitativa. Ginebra: 2016.

Como ya se ha mencionado en este escrito, Colombia es un miembro activo de la OIT y participa constantemente en las Conferencias Internacionales del Trabajo desde hace más de 70 años, pero aun teniendo la posibilidad de ratificar los pluricitados convenios, el Estado colombiano no lo ha hecho.

8.1 TEORÍAS SOBRE LA NO RATIFICACIÓN

Esta negativa puede responder a diferentes variables, jurídicas, económicas, sociales, o políticas, pero en tanto esta investigación tiene un enfoque netamente normativo pasaré a proponer las que, a mi consideración, son las posibles razones que mantienen a los convenio 097 y 143 al margen del ordenamiento jurídico colombiano. Propongo tres teorías, elaboradas desde mi reducido conocimiento sobre el tema, pero que pueden justificar de alguna manera la omisión del Estado frente a la ratificación antes referida.

8.1.1 Teoría 1: las normas y acciones internas conforman una política migracional más favorable para los trabajadores que los mismos instrumentos internacionales.

La primer razón justificante halla asidero en las manifestaciones del Estado colombiano ante la OIT, en las que afirma que las políticas migratorias internas son coherentes con el proteccionismo de sus normas, basadas en “(...)los intereses sociales, demográficos, económicos, científicos, culturales, de seguridad, de orden público, sanitarios y de otra índole.”¹⁰³; aseverando además que “(...)sus políticas de migración laboral o su legislación pertinente abordaban tanto la inmigración como la emigración.”¹⁰⁴

Dichas manifestaciones no son del todo falsas. Es cierto que la legislación Colombiana (expuesta con anterioridad en el marco legal de esta monografía) regula las relaciones laborales en las que el obrero es un inmigrante. También que la Constitución y la ley han garantizado una paridad en el trabajo entre nacionales y extranjeros que ejercen sus profesiones u oficios en nuestro territorio. De igual forma Colombia reprocha y tipifica la trata de personas y el tráfico de migrantes

¹⁰³ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 105° reunión, Suiza: 2016. Op. Cit., p. 64.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

como delitos¹⁰⁵. Y existe un considerable número de entidades y dependencias adscritas a los Ministerios del Trabajo y de Relaciones Exteriores que se ocupan del control y vigilancia de las migraciones laborales.¹⁰⁶ Pero considerar esos aciertos como componente de una Política Pública de migraciones laborales es, cuando menos, pretencioso.

El Banco Mundial ha definido a las políticas públicas como: “un plan para alcanzar un objetivo de interés público”¹⁰⁷. En el mismo sentido se expresa la Comisión Europea refiriéndolas como “(...) un conjunto de actividades (programas, estrategias, procedimientos, leyes, reglamentos) dirigido hacia un objetivo general. Estas actividades frecuentemente se acumulan durante años.”¹⁰⁸ Colombia cuenta desde el 2009 con una política pública migratoria, estructurada en el documento Conpes 3603. La Política está enfocada hacia siete dimensiones, estas son: educación, cultura, participación comunitaria, social, económica, seguridad, institucional e información. La dimensión laboral o del trabajo no está incluida, ni siquiera como un componente de la dimensión social. De hecho, entre las instituciones que integran la Política Integral de Migraciones no se encuentra incluida la cartera de Trabajo. Esta es una cuestión comprensibles pues, para la época, Colombia era un país de origen migracional y no de destino, siendo simplemente un país de estadía o intermedio entre el flujo migratorio. Lo que los plenipotenciarios ante la Conferencia Internacional del Trabajo han presentado como Política Pública de migraciones laborales es, a lo sumo, un programa público. Para el Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social, un programa público se distingue de una política pública en que un programa es: “una

¹⁰⁵ Colombia. Congreso de la república. Código Penal. 24 de julio de 2000. En: Diario Oficial No 44.097. Bogotá. Artículos 188 y 188A.

¹⁰⁶ Dirección de Movilidad y Formación para el Trabajo, y Grupo de Gestión de la Política de Migración Laboral, por ejemplo.

¹⁰⁷ Banco Mundial. La formulación de políticas en la OCDE: ideas para América Latina [En línea]. Washington D.C.: Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica América Latina y el Caribe. 2010. p.8. [Consultado el 06/06/2020]. Disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/pt/929251468017387470/pdf/592070WPOSPANI101public10BOX358364B.pdf>

¹⁰⁸ Comisión Europea. Evalved: The resource for the evaluation of SocioEconomic Development. European Community [En línea]. Bruselas: 2008. p. 162. [Consultado el 06/06/2020]. Disponible en: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/cost/guide2008_evalved.pdf Texto original: A set of different activities (programmes, strategies, procedures, laws, rules) directed towards a single goal or general objective. These activities are often accumulated incrementally through the years.

intervención pública directa sobre una realidad social, que se usa, en conjunto con otros programas (y otros instrumentos de política), para implementar una política”¹⁰⁹. A partir de esta definición puede afirmarse que las acciones del gobierno nacional en los últimos años dan cuenta de un programa público de migraciones laborales que se ha construido conforme el ingreso de foráneos al mercado del trabajo aumenta.

Ejemplo de lo anterior es el diseño y creación de los Permisos de Ingreso y Permanencia (Resolución 1220 de 2016), Permisos Temporales de Permanencia (Resolución 1220 de 2016), y la denominada Tarjeta de Movilidad Fronteriza (Decreto 1067 de 2015); documentos que fueron apareciendo conforme el éxodo de venezolanos hacia nuestras fronteras fue adquiriendo cada vez mayor relevancia en el ámbito laboral.

La normativa colombiana brinda las garantías necesarias para que los trabajadores inmigrantes gocen de los mismos derechos que los nacionales, tanto en relación con el trabajo como en materia de seguridad social; y existen unas entidades encargadas del control y la vigilancia de cualquier acción que pretenda desmejorar a los foranes. Pero lo intempestivo de la crisis migratoria venezolana demostró que el Estado colombiano no estaba preparado para que sus normas e instituciones respondieran a un flujo grande de inmigrantes, teniendo que improvisar un programa de acción que no puede equipararse a una política de migraciones laborales. Por lo anterior, he de afirmar que nuestras normas y acciones no conforman una política migracional¹¹⁰, y de ninguna manera dan garantías más favorables para los trabajadores que los Convenios 097 y 143 de la OIT.

¹⁰⁹ Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social. La formulación e implementación de las políticas públicas en ALC. Presentación para el Curso Internacional Políticas presupuestarias y gestión por resultados en América Latina y el Caribe [En línea]. Santiago: 2011. p.5. [Consultado el 06/06/2020]. Disponible en: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/4/45114/Pol%C3%ADticaspublicasenALC_Winchester.pdf

¹¹⁰ En el mismo sentido la OIT afirmó en el 2006 que “Colombia no tiene una política nacional de migraciones laborales internacionales”. Y aunque tal aseveración data de hace más de una década, da cuenta de una realidad que antecede a nuestros tiempos.

8.1.2 Teoría 2: el marco regulatorio regional y los acuerdos multilaterales reportan más ventajas que los Convenios de la OIT.

Al igual que la anterior esta hipótesis se soporta en las afirmaciones de los representantes ante la Conferencia Internacional del Trabajo. En consenso con otros gobiernos de la región, el nuestro afirma que las acciones en materia de migraciones laborales responden a:

“(…) un gran número de acuerdos regionales dentro de la Organización de Estados del Caribe Oriental, la Comunidad Andina , el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), y acuerdos regionales independientes, incluido el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.”¹¹¹

La representación de los empleadores, en cabeza de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), también se manifestó en favor de la regulación regional de las migraciones laborales, resaltando que:

“La Comunidad Andina está estableciendo la Red Andina de Servicios Públicos de Empleo, a través de la cual los ciudadanos de los países de la Comunidad Andina tendrán acceso a las ofertas de trabajo de los cuatro países que pertenecen a la Comunidad.”¹¹²

Del mismo modo que en la teoría antecedente, estas afirmaciones deben recibirse con algunas reservas. La cooperación regional responde, en todos los asuntos, más a las relaciones políticas entre los participantes que a los vínculos jurídicos. Sudamérica no solamente es un crisol de razas y costumbres, sino también de ideologías políticas, lo que hace que el debate regional cambie conforme lo hacen los gobiernos de cada país. Colombia hace parte de distintos organismos de carácter regional, v.g. la Organización de Estados Americanos o la Alianza del

¹¹¹ Conferencia Internacional del Trabajo. 105° reunión, Suiza: 2016. Op. Cit., p. 53.

¹¹² Op. Cit., p. 74.

Pacífico; su participación en estos grupos políticos y económicos motiva la suscripción de acuerdos bilaterales o multilaterales que serán cumplidos en tanto el entorno político no se tense.

Otro ejemplo de cooperación regional en que participa nuestro país es la Comunidad Andina de Naciones, de la cual se habló durante la demarcación legal de este texto. El Instrumento Andino para las Migraciones es el mayor esfuerzo en que ha participado Colombia como impulsora para reglamentar el asunto. Aun así, y sin intenciones de querer repetir lo que ya se ha explicado con anterioridad, esta norma se queda corta en su ámbito de aplicación. A diferencia de los instrumentos de la OIT, las reglas de la Decisión 545 aplican sólo a las migraciones efectuadas al interior de Colombia, Ecuador, Perú, y Bolivia; lo cual restringe de entrada la extensión de estos efectos a los nacionales de otros países de la región. El Instrumento Andino despliega la mayoría de su contenido a las migraciones regulares, estableciendo la garantía de derechos de los inmigrantes regulares, pero desconociendo que las disposiciones sobre deportación en cada país miembro prevén como causal el ingreso irregular. Así las cosas el trabajador lesionado en sus derechos se ve en la difícil situación de decidir, entre sus derechos laborales, o su permanencia en el territorio.

Por lo tanto, aunque si existe una cooperación multilateral y un sistema de migraciones laborales propio, este no tiene la amplitud necesaria para recoger, cuando menos, a los actuales inmigrantes venezolanos en nuestro país. Reitero, los representantes del Estado y de las agremiaciones industriales aciertan en afirmar que existen esfuerzos multilaterales en nuestro continente para la protección de los trabajadores migrantes que ingresan y salen de nuestro país; pero dicha cooperación no alcanza a cubrir los vacíos que genera la falta de ratificación de los Convenios 097 y 143 de la OIT.

8.1.3 Teoría 3: La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 reúne el articulado de los Convenios 097 de 1949 y 143 de 1975.

La última de las teorías y en la cual me inscribo no ocupará más que un par de párrafos. Su formulación está sustentada en las declaraciones de la Corte Constitucional al revisar el contenido formal y material de la ley ratificatoria de la Convención de 1990. Aunque la afirmación del honorable magistrado Carlos Cifuentes Muñoz consta en el marco legal, me permito compartirla de nuevo para que mi argumento sea mejor comprendido. El ponente señaló en aquella oportunidad que:

“La Convención no presenta un planteamiento novedoso para Colombia. El Constituyente de 1991 se preocupó por garantizar la totalidad de los derechos a los que esta se refiere, a todo habitante del territorio nacional, sin considerar su procedencia u ocupación.”¹¹³

Para la Corte — considero — la Convención era constitucional pero innecesaria, pues nuestro ordenamiento jurídico ya se ocupaba de los derechos de todos los trabajadores en suelo colombiano. Ratificarla sólo produciría un efecto: la ratificación misma. Y ciertamente acertaba la Corte, pues como ya se ha dicho que nuestro ordenamiento, en tanto norma escrita y vigente, garantiza todos los derechos que un trabajador extranjero pudiera desear. La Convención de la ONU está inspirada en los Convenios 097 y 143, incluso, también en las Recomendaciones 086 y 151¹¹⁴, pero en ninguno de sus noventa y tres artículos crea o establece un mecanismo para garantizar el efectivo cumplimiento de lo reglado.

¹¹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad N°106. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Marzo 15 de 1995.

¹¹⁴ Establece el Preámbulo de la Convención que esta se adopta: “Teniendo en cuenta también los principios y normas establecidos en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, en especial el Convenio relativo a los Trabajadores Migrantes (No. 97), el Convenio sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes (No. 143), la recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (No. 86), la recomendación sobre los Trabajadores Migrantes (No. 151), el Convenio relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (No. 29) y el Convenio relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso (No. 105).”

8.2 DIFERENCIAS ENTRE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN MATERIA DE MIGRACIONES LABORALES, LA CONVENCION DE LA ONU DE 1990, Y LA DECISION ANDINA 545

Con el fin de demostrar que Colombia no cuenta con un instrumento internacional que reporte garantías de cumplimiento a los derechos de los trabajadores foráneos, y así iniciar con la justificación de mi hipótesis investigativa, comparto un cuadro comparativo en el que me he relacionado las diferencias de los Convenios de la OIT, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, y la Decisión Andina 505.

Cuadro 2. Diferencias entre la Convención de 1990, la Decisión Andina 545, el Convenio 097 de la OIT, y el Convenio 143 de la OIT.

DIFERENCIAS EN LOS ASUNTOS QUE REGULAN		
C097 y C143 OIT	CPRAW/1990 ONU	Decisión Andina 545
Definen al trabajador migrante como: "toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante." ¹¹⁵	Tiene una definición de mayor recibo sobre trabajador migrante al cual concibe como: "toda persona que vaya a realizar realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional." ¹¹⁶	Define al trabajador migrante andino como: "El nacional de un País Miembro que se traslada a otro País Miembro con fines laborales bajo relación de dependencia, sea en forma temporal o permanente." ¹¹⁷
Al tiempo que el C097/49 dirige sus disposiciones a la protección de trabajadores en situación regular, el C143/75 tiene dos partes, una dirigida a la igualdad de oportunidades entre trabajadores migrantes regulares, y otra a los migrantes irregulares.	Expresa el compromiso de las Naciones Unidas para combatir la explotación de migrantes irregulares. Define unos derechos exigibles únicamente por migrantes regulares. Pero garantiza unos mínimos sin importar la legalidad del ingreso.	Su ámbito de aplicación, en los términos del artículo 2º, son las migraciones andinas. Y aunque define unas claras políticas para regularizar todas las migraciones, no limita los derechos laborales a las condiciones de regularidad.
El C097/49 garantiza la gratuidad del reclutamiento, introducción y colocación los trabajadores. Establece que estos son parte del servicio	Únicamente obliga a los Estados para que garanticen una colocación gratuita en condiciones de igualdad.	No regula el asunto.

¹¹⁵ Organización Internacional del Trabajo (OIT). C097. Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado). Op cit. Artículo 11.

¹¹⁶ Organización de Naciones Unidas (ONU). Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CPRAW). Nueva York, 1990. Artículo 2º (1).

¹¹⁷ Comunidad Andina. "Decisión andina 545". Op. Cit. Artículo 3.e.

público de empleo. El C143/75 no hace referencia a ellos.		
Exceptúan, como sujetos de aplicación del convenio a: los trabajadores de mar, fronterizos, e itinerantes.	No exceptúa a ningún tipo de trabajador.	Excluye de su aplicación a los trabajadores de la Administración Pública, por evidentes razones.
Garantizan una igualdad real entre trabajadores nacionales y migrantes en su derecho a elegir la ocupación en la que se desean desempeñar.	Establece, en su artículo 52, una serie de restricciones para el ejercicio de determinados oficios o profesiones atendiendo a factores económicos.	Excluye de sus disposiciones a las actividades contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional.
DIFERENCIAS SOBRE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN PREVISTOS PARA EXIGIR LAS GARANTÍAS OTORGADAS.		
Los convenios de la OIT son adoptados bajo el principio de consulta tripartita. Es decir, en su elaboración dialogan, cooperan y deciden los representantes del gobierno, los empleadores y los trabajadores.	Son adoptados en la Conferencia General de las Naciones Unidas con única participación de los plenipotenciarios de cada Estado.	Fue elaborado y acogido por los cancilleres (Ministros de relaciones internacionales) de los países miembros.
Los Estados miembros, a la hora de ratificar los convenios, tienen la potestad de excluir las disposiciones o anexos que no crean convenientes.	La Convención no admite una ratificación selectiva de sus disposiciones. El texto se incorpora indemne a los ordenamientos internos.	Al participar en la elaboración de la decisión, todo su contenido es aplicable en el país que interviene.
Son las autoridades locales las llamadas a garantizar las disposiciones de los convenios. Ante una vulneración de las garantías laborales, serán los jueces y altos tribunales los que vean por la vigencia del orden legal. Y ante una vulneración sistemática ignorada por el Estado, serán la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y la Comisión tripartita de la Conferencia sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ambas de la OIT, las que por rogatoria de los afectados intervendrán en pro de los migrantes.	Al igual que los convenios, el deber de protección de los derechos de los migrantes radica en cabeza de las instituciones administrativas y judiciales de cada Estado. Pero ante una vulneración sistemática que supere a las entidades estatales, los extranjeros sólo podrán acudir ante un Comité compuesto sólo por representantes gubernamentales, cuya función es de recomendar acciones y recopilar las quejas.	El artículo 17 incorpora como responsable de la protección, junto a las autoridades nacionales, a las Oficinas de Migración Laboral. Estas son responsables de "Supervisar la situación laboral de los trabajadores migrantes andinos, las condiciones de trabajo y el cumplimiento de las normas laborales por parte de los empleadores, en coordinación con los servicios de inspección del trabajo del País de Inmigración" ¹¹⁸

Fuente: Elaboración propia a partir del contenido de las normas comparadas.

¹¹⁸ Comunidad Andina. "Decisión andina 545". Op. Cit. Artículo 17.

Esta discriminación entre normas no busca desmeritar el trabajo de uno u otro Organismo para resaltar el de la OIT. De hecho, consta en la gráfica que en algunas cuestiones la Convención de 1990 es más amplia que los Convenios 097 y 143, del mismo modo que la Decisión Andina es mucho más coherente con la realidad de nuestro país, donde la inmigración había sido un fenómeno desconocido hasta hace pocos años. Por esto, creo que existen tres similitudes entre las cuatro normas internacionales que deben compartirse para evitar malas interpretaciones, estas son:

- A pesar de las diferencias sociales y políticas que rodearon la expedición de cada texto, todos atienden a la preocupación de los organismos internacionales (ONU, OIT, CAN) por garantizar a todos los trabajadores condiciones dignas y adecuadas para su desarrollo laboral sin importar su procedencia o nacionalidad.
- En ausencia de disposiciones al respecto, cada uno de los instrumentos estudiados reglamenta la migración laboral. Enfocan sus esfuerzos en los asuntos del trabajo sin imponer reglas en materia de políticas de ingreso o permanencia que no estén relacionadas con el derecho laboral.
- Las tres normas se complementan entre sí y de ninguna manera se contradicen. Incluso, siguiendo las recomendaciones del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, países de distintas latitudes como Albania, Camerún, Filipinas y Venezuela (único país latinoamericano), han realizado la triple ratificación.

9. LA CRISIS MIGRATORIA VENEZOLANA, SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LABORAL COLOMBIANO (2015-2019)

A mediados de 2010 una cifra importante de venezolanos emigró desde su país hacía el interior de nuestras fronteras. Este movimiento migratorio supuso el traslado de un número considerable, compuesto mayoritariamente por empresarios y comerciantes de mediano renombre en el país vecino que, ante el inicio de políticas proteccionistas y expropiaciones ordenadas por el gobierno de turno, decidieron trasladar sus capitales hacía Colombia, donde la situación política era bastante diferente. Lo anterior es expuesto por la investigadora María Clara Robayo así:

“La segunda ola¹¹⁹, inició en el 2010 y se intensificó en el 2011 con la llegada de empresarios venezolanos y de personas de las clases más acomodadas. Huyeron con el fin de salvar su capital de la política de expropiación y de una inflación que no ha bajado del 20% en los últimos años, en gran parte producida por la frecuente devaluación del bolívar. Razones por las que llegaron a crear empresa a un país geográficamente cercano y con el que comparten el idioma, las costumbres y algo muy importante, una forma similar de consumo.”¹²⁰

La fuga de capitales hacía Colombia, así como la caída en los precios internacionales del barril de petróleo, acrecentaron en Venezuela las dificultades económicas, y por consiguiente las sociales y políticas. Con este nuevo panorama, se incrementó también el flujo migratorio a través de los más de 2000 km de línea

¹¹⁹ Así lo cataloga Robayo, pues afirma que el primer gran movimiento migratorio desde Venezuela hacia Colombia ocurrió en 2005 con el despido de más de 18.000 empleados de la empresa petrolera venezolana PDVESA, misma que coincidió con la creación en Colombia de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH).

¹²⁰ ROBAYO, María C. Venezolanos en Colombia, un eslabón más de una historia compartida [En línea]. Bogotá: Universidad del Rosario. 2012. p.2. [Consultado el 20/07/2020]. Disponible en: https://www.urosario.edu.co/urosario_files/2e/2ee3361e-eec6-4230-925b-3e6d91c83ab0.pdf

divisoria entre ambos países. Mientras que, en el 2011, según cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), a Colombia ingresaban poco más doscientos mil venezolanos (en su mayoría por motivos de negocios, estudios, o turismo), para el año inmediatamente siguiente la cifra ya era de 262.000.

La tendencia se mantuvo, y en 2015, año en que por primera vez Migración Colombia emitió cifras sobre la situación venezolana, el número de residentes superaba los treinta mil. Esta última cifra parecía menor si se comparaba en su momento con los ingresos anuales pues, si de trescientos mil venezolanos que ingresaban anualmente al país, sólo 30 mil eran residentes en 2015, eso significaba que la mayoría de las migraciones eran temporales. Pero revisada esa cifra aparentemente menor con las arrojadas en 2019, los 30 venezolanos residentes en 2015 eran un presagio de algo mucho mayor. El Banco Mundial (BM), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y Migración Colombia, coinciden en que para el año 2019 en Colombia residían cerca de un millón y medio de venezolanos. Es decir, entre 2015 y 2019 hubo un crecimiento de 5000% en el número de emigrantes que, ingresando regular o irregularmente, decidían establecerse en Colombia.

La cifra de 1.488.373 a la que se hizo referencia anteriormente debe ser recibida, cuando menos, con algo de duda. La autoridad migratoria afirma que en esta cifra se entienden reunidos tanto migrantes regulares como irregulares, pero dadas las especialísimas circunstancias en que se da el ingreso irregular al país, es muy difícil acertar en un cálculo donde incide este factor. La emigración de venezolanos hacia Colombia suele hacerse de manera terrestre, como ya se dijo, por una frontera de dos mil kilómetros, pero con sólo tres pasos fronterizos: Paraguachón, Guajira; Arauca, Arauca; y Cúcuta, Norte de Santander. Dado que la línea divisoria entre ambos países está trazada sobre una geografía bastante accidentada, el uso de ríos, selvas, desiertos, o trochas, facilita el ingreso de aquellos que carecen de

pasaporte o que simplemente desean permanecer en la clandestinidad. A continuación, se comparten las cifras de venezolanos emigrantes residentes en Colombia durante el período comprendido entre 2017 y 2019:

Tabla 1. Número de inmigrantes venezolanos residentes en Colombia desde junio de 2017 hasta junio de 2019.

Año	Regulares	Irregulares	Total
2017	263.331	153.000	416.331
2018	695.496	479.247	1.174.743
2019	750.918	737.455	1.488.373

Fuente: Infografías publicadas por Migración Colombia. Disponible en: <http://www.migracioncolombia.gov.co/Venezuela>. En: FARNÉ, Stefano, SANÍN, Cristian. Panorama laboral de los migrantes venezolanos en Colombia 2014-2019. Bogotá D.C.: Departamento de seguridad social y mercado de trabajo observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social Universidad Externado de Colombia. 2020. p.12.

Colombia, hasta antes de 2011, era un país de vocación migratoria, no inmigratoria. Eran los nacionales quienes aspiraban a mejores oportunidades en el exterior, al tiempo que nuestro rol en la migración internacional era la de servir como país de tránsito o de escala hacia otros destinos. Lo anterior justifica, de alguna manera, la precariedad de las políticas para atender la llegada y permanencia de extranjeros a nuestro país, y de contera, el escaso control realizado a la inserción de estas personas en el mercado laboral colombiano.

El propósito de este capítulo, luego de haber contextualizado la situación, es exponer las cifras arrojadas por los estudios del DANE y Migración Colombia, con el fin de evaluar el estado actual de los derechos laborales de los migrantes. Para este fin se compartirá información publicada en distintos portales de entidades públicas, además de algunas cifras recopiladas por los economistas Stefano Farné y Cristian Sanín, ambos investigadores de la Universidad Externado de Colombia que, a inicios del 2020, publicaron *Panorama laboral de los migrantes venezolanos*

en Colombia 2014-2019. Su trabajo, valioso no sólo para el derecho, incorpora los datos recogidos en la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) del DANE, pero además resume y tabula los resultados para su comprensión. A la monografía que se sustenta le resulta interesante el tercer capítulo de los doctores Farné y Sanín, sobre Mercado laboral.

Antes de iniciar con la presentación de estas cifras, se hacen las siguientes precisiones:

- Estos datos se construyen a partir de las respuestas de los encuestados encuestadas a las preguntas de los entrevistadores del DANE. Sus afirmaciones no son contrastadas por la entidad con otros bancos de información.
- La diferencia entre trabajo formal o informal está dada por la afiliación o no a los subsistemas de pensión y riesgos profesionales.

9.1 POBLACIÓN EN EDAD DE LABORAR Y SU NIVEL EDUCATIVO.

En este primer factor, la Encuesta Integrada (de los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019) reportó que, existen en Colombia poco más de un millón de inmigrantes venezolanos en edad de laborar¹²¹. De estos, 18.1% cuentan, o con un título técnico, tecnológico, o universitario, mientras que un 40% (donde no se incluyen los antes mencionados) cuentan con un título de bachiller. Es decir, poco menos del 60% de los venezolanos en edad de trabajar y que se encuentran residiendo en Colombia han superado la media básica educativa. Por su parte, los colombianos en edad de trabajar suponen poco más de 30 millones, de los cuales el 17,3% han obtenido un

¹²¹ Según el DANE, la población en edad de trabajar (PET) es un “segmento constituido por las personas de 12 años y más en las zonas urbanas y 10 años y más en las zonas rurales.” Este factor resulta, cuando menos, preocupante, pues la legislación laboral colombiana prevé que la edad mínima para admisión en el empleo es de 15 años. Vale mencionar que en nuestro país y en Venezuela la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, pero en el vecino país la edad mínima para laborar inicia un año antes, esto es a los 14 años.

diploma en educación superior, y casi el 30% terminaron bachillerato.¹²² La conclusión que se desprende de estas cifras no es menor. Los venezolanos en edad de trabajar que residen en Colombia (poco más de un millón) están un poco más preparados académicamente que los nacionales (aproximadamente treinta millones).

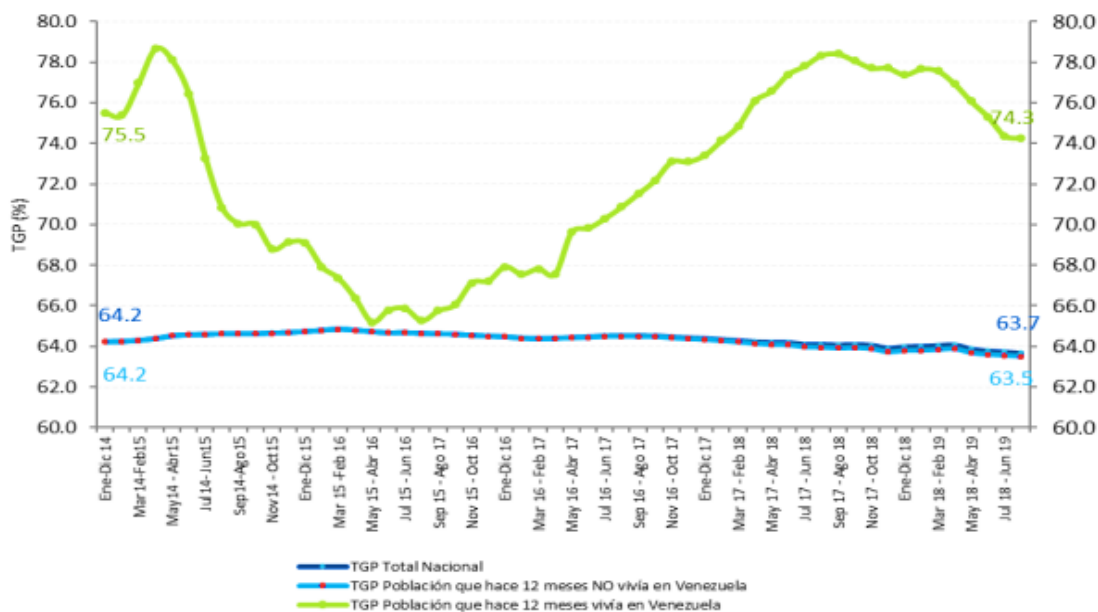
9.2 OCUPACIÓN, DESEMPLEO Y PARTICIPACIÓN

Este segundo indicador, donde se revisa la ocupación sin distinguir la formalización de la misma, arroja resultados similares a los anteriores. Indica el estudio de Farné y Sanín que el nivel de ocupación del millón (aproximadamente) de venezolanos residentes era de 63% en junio del 2019, 0.5 puntos porcentuales (pp) menos que en 2015. A su vez el desempleo de los extranjeros fluctuaba entre el 12.3 (2014-2015) y el 19.2% (2018-2019). Comparado con el 57.1% de ocupación entre los colombianos, y el 10% de desempleo (cifras del primer semestre de 2019), la ocupación de venezolanos en nuestro país era mayor en junio de 2019 que la de connacionales, igualmente la desocupación.¹²³ La participación total de los venezolanos en el mercado laboral colombiano era (en junio de 2019) del 74.3%, muy por encima del 63.7% de los nacionales; así lo expresa la siguiente gráfica:

¹²² FARNÉ, Stefano, SANÍN, Cristian. Op. Cit., p. 13.

¹²³ Ibid, p.14

Figura 2. Indicadores de mercado laboral de acuerdo al estatus migratorio Tasa global de participación- TGP



Fuente: Dane – GEIH 2018-2019. Módulo migración. Disponible: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ml-migracion/presentacion-geih-migracion-2012-2019.pdf>

9.3 MEDIOS DE CONSECUCCIÓN DEL EMPLEO.

Al analizar los canales para emplear venezolanos, se encontró que la recomendación personal era el común denominador en la mayoría de las contrataciones. Durante los primeros años de inmigraciones (2014-2015) era más factible que un extranjero accediera a un trabajo a través de convocatoria o bolsas de empleo, dado el alto nivel académico de quienes ingresaron en aquellos años. Este es el primer ítem en que los treinta millones (aproximadamente) de colombianos en edad de laborar superan los índices de los extranjeros, teniendo en cuenta que este tercer factor comporta una dimensión cuantitativa y cualitativa, los colombianos acceden a un empleo por diversos medios de consecución; aun cuando la referenciación personal sea el principal.

El Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Externado, al cual se adscriben los investigadores Farné y Sanín, elaboraron una tabulación distributiva de lo anterior, y dada su exactitud y relevancia pasa a ser compartida.

Tabla 2. Medio Principal de Consecución del Empleo. Total Nacional. (2015-2019)

¿Por qué medio principal, ... consiguió su empleo actual?							
Periodo	Pidió ayuda a personas cercanas	Envió hojas de vida a empresas	Envió hojas de vida a bolsas de empleo	Consultó avisos clasificados	Por convocatorias	Por el sistema de información SENA	Otro medio
A. Ocupados no venezolanos							
Jul 14-Jun 15	68,8%	17,7%	3,4%	1,9%	5,0%	0,9%	2,3%
Jul 15-Jun 16	68,9%	16,8%	3,4%	2,0%	5,4%	1,0%	2,5%
Jul 16-Jun 17	67,9%	17,7%	3,4%	2,1%	5,5%	0,9%	2,3%
Jul 17-Jun 18	67,7%	18,1%	3,4%	2,0%	5,7%	1,0%	2,1%
Jul 18-Jun 19	65,9%	19,4%	3,7%	2,0%	5,9%	1,0%	2,1%
B. Ocupados venezolanos							
Jul 14-Jun 15	58,3%	24,0%	7,7%	0,6%	4,0%	0,0%	5,3%
Jul 15-Jun 16	67,9%	16,5%	2,8%	5,0%	5,0%	1,3%	1,6%
Jul 16-Jun 17	74,6%	18,6%	2,6%	1,3%	1,4%	0,5%	1,0%
Jul 17-Jun 18	75,3%	18,4%	2,3%	2,4%	0,8%	0,1%	0,7%
Jul 18-Jun 19	79,4%	15,2%	1,8%	1,9%	0,5%	0,0%	1,2%

Para el análisis se toman las personas nacidas en Venezuela con experiencia migratoria.

Fuente: Dane – GEIH 2018-2019. Infografías publicadas por Migración Colombia. En: FARNÉ, Stefano, SANÍN, Cristian. Panorama laboral de los migrantes venezolanos en Colombia 2014-2019. Bogotá D.C.: Departamento de seguridad social y mercado de trabajo observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social Universidad Externado de Colombia. 2020. p.16.

9.4 HORAS LABORADAS.

Para junio de 2019 las cifras indicaban que, en promedio, un colombiano trabajaba 44 horas semanales, y su ocupación anual era de 11 meses. Distinta situación ocurría con los venezolanos residentes que, en promedio, trabajaban 50 horas semanales, pero su ocupación anual era de 10 meses. El factor en que se encontró una paridad entre nacionales y extranjeros fue en las horas extras laboradas semanalmente, con un promedio de 1.9 en cada caso.¹²⁴

9.5 POSICIÓN OCUPACIONAL.

Este componente califica el rol en el que intervienen las personas en el mercado laboral. En el caso de los venezolanos, su posición ocupacional primaria es la de empleados y prestadores de servicios. Superan a los nacionales en la participación como empleados de servicio doméstico (4.1% sobre 3.0% en junio de 2019), al tiempo que los colombianos los superan en el empleo público (3.9% sobre 0.1% en junio de 2019).¹²⁵

9.6 RAMA DE ACTIVIDAD.

En lo que compete a las actividades productivas, los nuevos inmigrantes intervienen con predominancia en el sector de hostelería y comercio, así como en el sector de construcción; estas dos han sido las ramas de mayor crecimiento para el empleo de venezolanos desde el 2015. Los sectores de industria y agricultura, que durante los primeros años de migraciones habían acogido a buena parte de los venezolanos que ingresaban al mercado laboral, ahora parecen haber tomado una posición más proteccionista y en estas ramas disminuyó la contratación de extranjeros. La siguiente gráfica, extraída en su totalidad del informe de los profesores Sanín y

¹²⁴ Ibid., p.17.

¹²⁵ Ibid., p.18.

Farné, muestra la distribución de los venezolanos en los sectores productivos y de servicios, en comparativa con los colombianos.

Tabla 3. Ocupados según actividad económica. (2015-2019)

Periodo	Agricultura, pesca, ganadería, caza y silvicultura	Explotación de minas y canteras	Industria manufacturera	Suministro de electricidad gas y agua	Construcción	Comercio, hoteles y restaurantes	Transporte, almacenamiento y comunicaciones	Intermediación financiera	Actividades Inmobiliarias	Servicios, comunales, sociales y personales
A. Ocupados no venezolanos										
Jul 14-Jun 15	16,2%	0,9%	12,1%	0,5%	6,2%	27,2%	8,4%	1,3%	7,5%	19,7%
Jul 15-Jun 16	16,1%	0,9%	11,4%	0,5%	6,3%	27,7%	8,1%	1,4%	7,7%	19,8%
Jul 16-Jun 17	16,4%	0,8%	11,8%	0,5%	6,1%	27,5%	8,1%	1,4%	8,0%	19,4%
Jul 17-Jun 18	17,0%	0,9%	11,7%	0,6%	6,0%	26,9%	8,0%	1,3%	8,1%	19,5%
Jul 18-Jun 19	16,6%	1,0%	12,0%	0,5%	6,5%	26,3%	8,0%	1,5%	7,7%	19,9%
B. Ocupados venezolanos										
Jul 14-Jun 15	7,0%	4,4%	13,0%	0,1%	5,9%	31,2%	9,1%	1,0%	14,2%	14,1%
Jul 15-Jun 16	9,5%	3,5%	12,7%	0,2%	7,7%	32,8%	8,2%	0,9%	9,3%	15,3%
Jul 16-Jun 17	6,4%	1,5%	10,6%	0,3%	9,5%	38,3%	5,2%	2,2%	9,9%	16,1%
Jul 17-Jun 18	5,8%	0,2%	13,2%	0,1%	10,3%	44,2%	5,2%	0,4%	5,2%	15,4%
Jul 18-Jun 19	5,6%	0,3%	11,6%	0,2%	11,3%	46,3%	5,3%	0,4%	4,6%	14,3%

Fuente: Dane – GEIH 2018-2019. En: FARNÉ, Stefano, SANÍN, Cristian. Op. Cit., p.19.

9.7 TEMPORALIDAD.

Siendo la estabilidad uno de ellos elementos más preciados en la actividad laboral, las cifras recogidas por la GEIH no son muy alentadoras. Los venezolanos que lograron ser empleados durante el primer año de migraciones encontraban una contratación formal, segura, y en la mayoría de los casos con contratos a término indefinido, pero para junio de 2019 las cifras ya no eran tan alentadoras. Los contratos escritos se fueron convirtiendo paulatinamente en la excepción, y la temporalidad del empleo en la regla general.

En junio de 2015 el 73.8% de los venezolanos inmigrantes eran asalariados con contrato escrito. De esta muestra el 78.2% tenía un contrato escrito a término

indefinido, y el porcentaje restante contaban con un contrato de terminación fija. En el último período evaluado por la GEIH (junio de 2019), las cifras eran abrumadoramente distintas. Una cuarta parte (25%) de los venezolanos inmigrantes contaban con un contrato de trabajo escrito, y de estos un poco más de la mitad (58.8%) tenían una relación laboral con estabilidad indefinida.¹²⁶

9.8 INFORMALIDAD

Se precisó, previo a iniciar la exposición de las cifras que ahora nos ocupan, que la diferencia entre trabajo formal e informal —para la Gran Encuesta Integrada de Hogares— está dada por la afiliación o no a los subsistemas de pensión y riesgos profesionales, puesto que la atención de seguridad social en salud es —en teoría— universal y constituye un derecho fundamental, no sólo de los trabajadores, sino de cualquier persona residente en nuestro país. La informalidad arroja cifras preocupantes, tanto para nacionales¹²⁷ como para extranjeros, pero es en el caso de estos últimos en que es más preocupante. Mientras en 2015 la tasa de informalidad de los venezolanos por no afiliación a un fondo de pensiones era del 61.7%, en 2019 fue de 89.4%. A su vez, la no afiliación a una aseguradora de riesgos laborales fue de 63.2% en 2015 y 88.2% en 2019. Si bien la afiliación de un trabajador extranjero a un fondo pensional es voluntaria en los términos del artículo 15 de la Ley 100, no así la protección contra accidentes y enfermedades laborales que brinda la afiliación a una ARL.¹²⁸

9.9 INGRESOS LABORALES

El Observatorio de la Universidad Externado no se detuvo demasiado en este indicador, y concluye simplemente que: los venezolanos, aun trabajando más

¹²⁶ Ibid., p.20.

¹²⁷ La informalidad laboral en Colombia, si bien ha disminuido en los últimos años, sigue siendo una de las más altas de la región. En 2015 se ubicaba en un 65%, y en el último estudio realizado por el DANE (mayo de 2020) era de 48%.

¹²⁸ FARNÉ, Stefano, SANÍN, Cristian. Op. Cit., p. 21.

tiempo que los colombianos, devengan menos salario. Esta diferencia es menos visible entre quienes se desempeñan como empleados doméstico, siendo su salario muy similar. A lo anterior se acompaña la siguiente gráfica del DANE donde compara la brecha salarial entre foráneos y nacionales desde el 2016, hasta el 2018.

Tabla 4. Brechas de ingresos per cápita, Nacional/Venezuela (miles de pesos al mes) Total nacional. Año 2016 – 2018

Hogares	2016	2017	2018
TOTAL	700	727	765
Venezuela	459	449	455
Nacionales	697	726	767
Brecha	-34,2	-38,1	-40,6

Hogares "Nacional": Corresponde a los hogares donde todos los miembros del hogar dicen no haber residido hace 12 meses en Venezuela.

Hogares "Venezuela": Corresponde a los hogares compuesto por personas que dijeron no residir hace 12 meses en Venezuela y personas que residieron hace 12 meses en Venezuela.

Brecha (%): Corresponde a la diferencia entre el ingreso (promedio) per-capita de hogares "Venezuela" y hogares "Nacional", sobre el ingreso de hogares "Nacional".

Fuente: Dane – GEIH 2018-2019. Módulo migración. Disponible: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ml-migracion/presentación-geih-migracion-2012-2019.pdf>

9.10 SATISFACCIÓN EN EL EMPLEO

El último indicador consultado en la GIH y cuyos resultados fueron organizados por los doctores Sanín y Farné mide la conformidad de los trabajadores migrantes con su empleo, salarios, estabilidad, y jornada. Los colombianos entre 2015 y 2019 han manifestado una creciente satisfacción en cada uno de los componentes

mencionados, al tiempo que los foráneos, en el mismo período temporal, hacen notar su inconformismo. Así lo expone el Observatorio de la Universidad Externado:

Tabla 5. Indicadores de satisfacción en el trabajo. Total nacional. (2015-2019)

Porcentaje de ocupados que:					
Periodo	Desean cambiar de empleo	Están satisfechos con su empleo	Están satisfechos con las prestaciones	Están satisfechos con la jornada laboral	Consideran su empleo estable
A. Ocupados no venezolanos					
Jul 14-Jun 15	28,7%	83,3%	57,7%	81,8%	67,7%
Jul 15-Jun 16	28,4%	83,8%	61,3%	82,3%	69,2%
Jul 16-Jun 17	26,6%	85,0%	63,2%	83,0%	70,0%
Jul 17-Jun 18	25,6%	86,2%	63,7%	85,1%	71,8%
Jul 18-Jun 19	26,7%	85,5%	64,0%	84,3%	70,6%
B. Ocupados venezolanos					
Jul 14-Jun 15	29,2%	83,5%	56,1%	83,7%	66,2%
Jul 15-Jun 16	34,4%	76,4%	57,3%	78,8%	64,8%
Jul 16-Jun 17	36,9%	79,0%	53,2%	78,4%	60,0%
Jul 17-Jun 18	43,8%	74,1%	49,5%	72,6%	55,1%
Jul 18-Jun 19	48,4%	72,4%	42,9%	69,2%	50,9%

Fuente: Dane – GEIH 2018-2019. Elaboración del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social U. Externado. En: FARNÉ, Stefano, SANÍN, Cristian. Panorama laboral de los migrantes venezolanos en Colombia 2014-2019. Bogotá D.C.: Departamento de seguridad social y mercado de trabajo observatorio del mercado de trabajo y la seguridad social Universidad Externado de Colombia. 2020. P.24.

Los diez factores evaluados por el DANE en la Gran Encuesta Integrada de Hogares, y que fueron tamizados para un mejor análisis por los profesores Farné y Sanín, dan cuenta de una decadencia material de las garantías laborales y de la protección estatal hacia los trabajadores inmigrantes venezolanos. Refleja un

panorama donde los foráneos, en algunas ocasiones mejor preparados que los nacionales, trabajan más horas, perciben menos salario, son contratados de manera irregular, y la mayoría no están afiliados al sistema de seguridad social.

Del examen se extrae, además, una conclusión mayor y que fortalece la hipótesis investigativa que orienta este trabajo; mientras aumentan los esfuerzos de las instituciones colombianas por materializar el contenido de nuestras normas laborales, aumenta la crisis y la vulneración de los derechos de los trabajadores venezolanos (regulares e irregulares) en nuestro país. Veamos las acciones contingentes, o de respuesta, que ha venido adelantando el Gobierno Nacional con el fin de que mitigar los efectos de una inmigración intempestiva y para la cual no estaba preparado nuestro país, ni jurídica ni socialmente.

10. ACCIONES DE CONTINGENCIA Y SU POCA EFECTIVIDAD

Como ya se había anotado, el trabajo de nuestras instituciones en pro de garantizar los derechos laborales de los inmigrantes se intensificó con la llegada masiva desde el país vecino. Aun así no puede desconocerse que de tiempo atrás venían adelantándose algunas acciones, por ejemplo: el componente migracional de la Gran Encuesta Integrada de Hogares del DANE se incluyó por primera vez en 2012, y a partir de allí pudo tenerse el primer aproximado de los residentes foráneos y su participación en el mercado laboral colombiano.

Pasan a exponerse tres acciones de contingencia que, repito, no pretenden solucionar todas las vulneraciones de que ha sido víctima la población venezolana explotada laboralmente en nuestro territorio, sino menguar las cifras que crecían mes a mes y que ya se han compartido. Paradójicamente el avance en su aplicación fue directamente proporcional al crecimiento de las vulneraciones, tal y como se verá al final de este capítulo.

10.1 PERMISO ESPECIAL DE PERMANENCIA.

La resolución 3167 de 2019, expedida por Migración Colombia, define al Permiso Especial de Permanencia (en adelante PEP) como un:

“Documento que se otorga únicamente a nacionales venezolanos previo cumplimiento de los requisitos establecidos en las resoluciones que lo adoptan o modifican. Concede a su titular la posibilidad de acceder a la oferta institucional, en temas de salud, trabajo, apertura de cuentas bancarias y de educación sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano.”¹²⁹

¹²⁹ COLOMBIA. UAE MIGRACIÓN COLOMBIA. Resolución 3167 de 2019. 05 de diciembre de 2019. En: Diario Oficial No 51.158. Bogotá. Artículo 2°.

Y si bien la definición compartida consta en una norma de 2019, el PEP fue creado en 2017 por el Ministerio de Relaciones Exteriores, mediante la resolución 5797 emitida. Desde su aparición, y hasta el 2018, más de cuatrocientos mil venezolanos contaban con un PEP, y su distribución por edades se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 6. Número de venezolanos que contaban con PEP para junio de 2018.

RANGO DE EDAD	FEMENINO	MASCULINO	INDEFINIDO	TOTAL
0 a 7 años	16.438	16.974	15	33.427
8 a 17 años	15.190	15.565	6	30.761
18 a 29 años	84.671	95.419	77	180.167
30 a 39 años	43.864	56.504	47	100.415
40 a 49 años	21.684	24.615	22	46.321
50 a 59 años	9.346	8.600	6	17.952
60 a 69 años	2.925	2.140	2	5.067
70 años o más	729	459	---	1.188
TOTAL GENERAL	194.847	220.276	175	415.298

Fuente: Infografías publicadas por Migración Colombia. Disponible en: <http://www.migracioncolombia.gov.co/Venezuela>.

El PEP es un documento de emisión gratuita, gestionado por el interesado vía web, con vigencia de 90 días prorrogables automáticamente hasta completar 2 años. Es responsabilidad del ciudadano venezolano gestionar, antes de la fecha de expiración del permiso, regularizar su situación, bien mediante una visa de trabajo o de residente; pues está vedado solicitar un nuevo PEP como remplazo de aquel que expiró. El PEP concede a su beneficiario el acceso a cualquier modalidad de trabajo en territorio nacional, siempre y cuando sea una actividad legal. Además faculta a los empleadores que los contraten para realizar, a partir de dicho documento, y sin necesidad de pasaporte, la afiliación al sistema de seguridad

social en salud, riesgos profesionales, y pensión (si así lo desea el ciudadano extranjero).

Valga aclarar que el PEP no es un documento de identificación del inmigrante, aunque se ha otorgado a quienes ingresaron de manera irregular pero formalizaron su situación una vez solicitado este documento, no sustituye al pasaporte o a la cédula de extranjería. Para acceder a este permiso es necesario que el interesado se registre, o haya registrado, en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos – RAMV. Este registro fue un censo a partir del cual se pudo construir las políticas de contingencia que aquí se mencionan, y sus primeros resultados fueron emitidos en 2018. En el RAMV se registraron 442.462 venezolanos, unos veintisiete mil (aproximadamente) más de los que obtuvieron un PEP. Este Registro de extranjeros inició un segundo conteo en julio de 2020 y se espera que los resultados que arroje excedan con amplitud los que le anteceden.

10.2 TARJETA DE MOVILIDAD FRONTERIZA.

El artículo segundo de la Resolución 3167 también define a la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF) como:

“Documento de tránsito fronterizo que, acompañado del documento nacional de identidad, facilita el ingreso y salida del territorio, a extranjeros que residen y circulan por la zona fronteriza terrestre. De igual manera, permite a las autoridades migratorias controlar, verificar, registrar y supervisar el cumplimiento de los requisitos migratorios del tránsito fronterizo.”¹³⁰

A diferencia del PEP, la TMF es un permiso de tránsito, más no de permanencia, y sus beneficiarios no son sólo ciudadanos venezolanos, sino *“los extranjeros nacionales de los países fronterizos”*¹³¹ que por cuestiones de dinámica fronteriza necesitan transitar constantemente por el territorio colombiano, pero sin el ánimo de

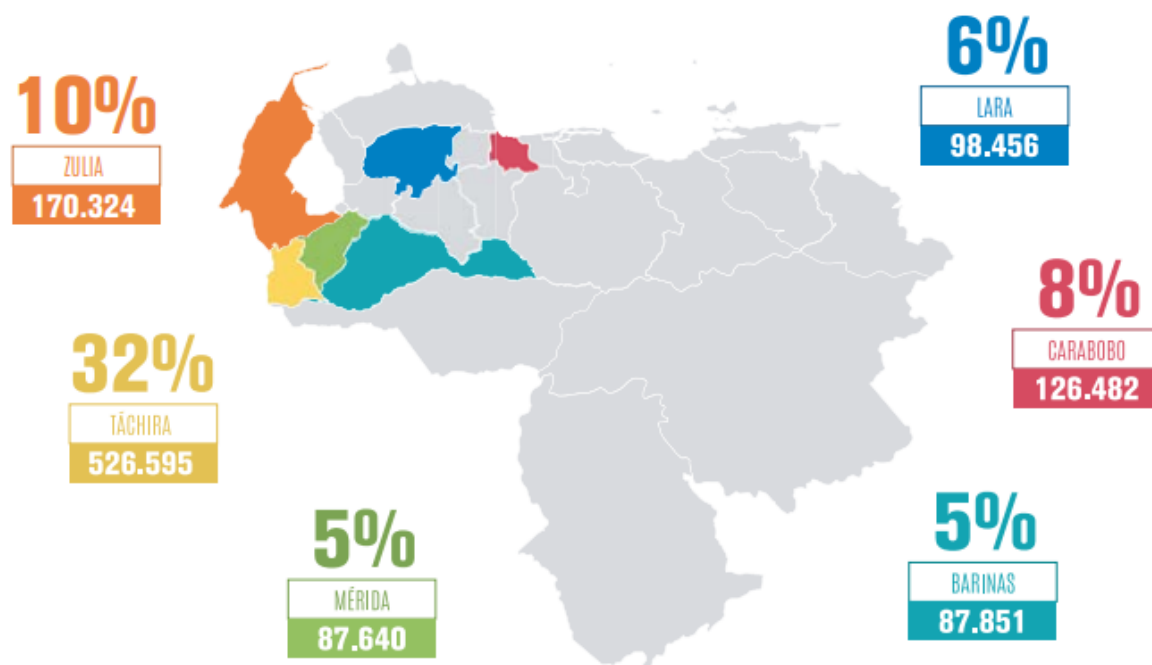
¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibid, artículo 20.

permanecer ni para el desarrollo de las actividades en que se exige visado. Este documento hace las veces de identificación del extranjero mientras se encuentra en Colombia, y lo habilita para permanecer un máximo de siete días continuos sin cruzar por el control migratorio hacia el país de origen o un país de destino.

El portador de una TMF no está habilitado para desarrollar actividades productivas o trabajo alguno, estando impedido además para realizar solicitudes a las entidades del sistema de seguridad social con este documento. Su diseño respondió al constante flujo de migrantes, que ingresando por Venezuela, permanecían largos períodos en Colombia hasta poder desplazarse a otro país de la región. De lo anterior da cuenta la siguiente figura extraída de las infografías de Migración Colombia:

Figura 3. Distribución de los venezolanos que solicitaron TMF a junio de 2018, según su estado de origen.



Fuente: Infografías publicadas por Migración Colombia. Disponible en: <http://www.migracioncolombia.gov.co/Venezuela>.

Como se abstrae de los datos compartidos, el principal destino de los inmigrantes venezolanos con TMF era Ecuador, país al que puede accederse por vía terrestre desde el nuestro. Luego de Venezuela, que al ser el país de origen de los inmigrantes resulta normal que se ubique segunda, sigue Perú, país que comparte similares características con Ecuador. Son entonces los países de acceso terrestre los principales destinos de los venezolanos que contaban con TMF.

10.3 PERMISO ESPECIAL DE PERMANENCIA PARA EL FOMENTO DE LA FORMALIZACIÓN

La última y más reciente de las acciones de contingencia para frenar los abusos y regularizar el trabajo de inmigrantes venezolanos consta en el Decreto 117 de 2020,

por el cual se adiciona la Sección 3 al Capítulo 8 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, en lo relacionado con la creación de un Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF). Al igual que los documentos antes explicados este es un mecanismo excepcional y transitorio, pero que influye únicamente en los asuntos de trabajo.

El decreto crea el PEPFF como sustituto del PEP, en tanto las fechas de registro para ser beneficiario de este documento expiraron. Además, tal y como lo establece la parte motiva del decreto, la presencia de inmigrantes irregulares en nuestro país exige acciones encaminadas a su identificación y formalización. El PEPFF constituye un documento de identificación, que permite la permanencia del venezolano en territorio colombiano, y su desempeño en cualquier actividad que sea legal. Para acceder a él se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Ser ciudadano venezolano.
2. Ser mayor de edad conforme al ordenamiento jurídico colombiano.
3. Presentar la cédula de identidad venezolana y/o el pasaporte la República Bolivariana Venezuela aun cuando se encuentren vencidos, de conformidad con los parámetros de la Resolución 201 9 expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores o la norma que la modifique o sustituya.
4. No tener antecedentes judiciales en Colombia o en el exterior.
5. No ser sujeto de una medida administrativa de expulsión o deportación vigente.
6. Ser titular según corresponda en cada caso, de: Una oferta de contratación laboral en el territorio nacional, por parte de un empleador, o Una oferta de contratación de prestación de servicios en el territorio nacional, por parte de un contratante.¹³²

¹³² COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 117 de 2020. 28 de enero de 2020. Bogotá. Artículo 1°.

El Ministerio del Trabajo es el encargado de corroborar y certificar la información suministrada por el interesado. Para ello, y de manera más estricta que con el manejo de los PEP, exige entre otras cosas, para formalizar el PEPFF, que a más tardar en 30 días después de aprobado el registro, el ciudadano venezolano ya se encuentre afiliado a los subsistemas de seguridad social. Además el nuevo permiso restringe el ejercicio del oficio o profesión a aquel que se encuentre registrado, contando el trabajador que cambie su empleo con cinco días para reportarlo, al igual que si se quiere informar una sustitución patronal.

En lo relativo a su duración, el decreto es claro, el permiso expira una vez cesa la relación de trabajo que lo motivó, no pudiendo ser esta inferior a dos meses ni mayor a dos años, pero siendo renovable hasta por cuatro años continuos o discontinuos, pero acumulables. Una vez terminó el vínculo laboral, y el empleador retira al trabajador de los subsistemas de seguridad social, este último debe formalizar su situación en el país en un período no mayor a 30 días, so pena de que se inicien las acciones administrativas tendientes a su deportación o expulsión. Lo anterior se desprende del parágrafo 2 del artículo 2.2.6.8.3.8. del decreto 1072 de 2015, modificado por el Decreto 117 de 2020. La norma prescribe:

“Si superado el término de vigencia del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF), el ciudadano venezolano continúa en el país sin haber regularizado su situación migratoria, incurrirá en permanencia irregular y será objeto del proceso administrativo correspondiente.”¹³³

Además de la cancelación automática del PEPFF por cumplirse el plazo máximo ya explicado, el mismo puede ser cancelado por las siguientes razones:

¹³³ Ibidem

1. Uso del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF) para ejercer actividad u ocupación distinta para el cual fue otorgado. Infracción a la legislación migratoria, laboral o civil y comercial aplicable conforme al tipo de contratación respectivo.
2. Verificaciones posteriores al registro inicial, que den cuenta de infracciones al ordenamiento jurídico colombiano.
3. Por terminación del contrato laboral del ciudadano venezolano. Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo 1° del presente artículo.¹³⁴
4. Por terminación del contrato de prestación de servicios.
5. Si al verificar en los diferentes sistemas de información disponibles, no se evidencia la continuidad de la relación contractual o el cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social.
6. Cuando obtenga visado expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Cuando se considere inconveniente la presencia del extranjero en el territorio nacional.
7. Cuando exista sentencia condenatoria en firme en contra del titular del permiso, por la comisión de un delito.

Paso a pronunciarme ahora la ineficacia de estas medidas contingentes, que han coincidido, como antes se dijo, con el incremento de las cifras negativas en materia de garantías laborales y no con la reducción de las vulneraciones.

10.4 INEFICACIA DE LAS MEDIDAS DE CONTINGENCIA.

Comparadas las cifras de la GEIH 2019, recopiladas y organizadas por el observatorio de la Universidad Externado, y que se expusieron en el capítulo séptimo de este trabajo, con las mismas del 2018, es notoria la ineficacia del PEP (a partir de junio de 2018) como sistema de formalización temporal y de garantía

¹³⁴ "Parágrafo 1. En caso de terminación del contrato laboral sin justa causa por parte del empleador, el permiso mantendrá su vigencia inicial. En todo caso, deberá tramitarse un nuevo permiso si el trabajador recibe otra oferta laboral o de contrato de prestación de servicios, según corresponda en cada caso."

contra la vulneración de derechos laborales. Lo anterior se soporta en las siguientes consideraciones:

- 1- Mientras el número de inmigrantes venezolanos (regulares e irregulares) residentes en Colombia en edad de laborar para junio de 2018 era de 1.488.373, en el mismo período sólo 415.298 de ellos contaban con PEP. Lo anterior da cuenta del limitado alcance que desde sus inicios ha tenido este documento. Aunque es de aclararse que aquellos migrantes que contaran con visa de trabajo estaban exentos de tramitar este documento con fines laborales.
- 2- Para junio de 2018, según el DANE, la tasa desempleo de inmigrantes venezolanos (regulares e irregulares) residentes en Colombia era del 15.2%, misma que para el período junio-julio de 2019. Es decir, en un año el PEP, como programa de formalización, no pudo disminuir siquiera un decimal el porcentaje de desempleo.
- 3- Y las cifras de ocupación son menos alentadoras, pues, mientras en junio de 2018 el porcentaje de inmigrantes venezolanos (regulares e irregulares) residentes en Colombia ocupados era del 65%, un año después esta ocupación había disminuido dos puntos porcentuales, es decir, era del 63%.
- 4- La irregularidad, como factor negativo a la hora de valorar la posible contratación de un inmigrante, buscó ser eliminada —al menos por dos años— mediante el PEP. Aun así, los canales formales para la obtención de empleo (envío de hoja de vida a empresas, envío de hoja de vida a bolsas de empleo, convocatorias), que son los que mejor valoran la regularización, cedieron frente a la contratación por referencias o recomendación personal. Esta última aumento de un 75.3% a 79.4%.
- 5- El fracaso en la formalización que se pretendió lograr mediante el PEP también se soporta en que, mientras en junio de 2018 el 26.8% de inmigrantes venezolanos (regulares e irregulares) residentes en Colombia contaban con contrato escrito, para junio de 2019 el porcentaje era de 25.0%.

- 6- A lo anterior se añaden las preocupantes cifras de informalidad desprendidas del número de afiliados al sistema de seguridad social en pensiones y riesgos laborales. De un 11.7% de afiliaciones a las AFP, se pasó a 10.6%, y el 12.8% de afiliaciones a ARL disminuyó hasta el 11.8%.
- 7- En materias de salarios el panorama no fue nada alentador. La brecha salarial entre colombianos y venezolanos residentes en Colombia, que para junio de 2018 era de 40.6%, se incrementó hasta el 45.2% en junio de 2019. Situación esta que disminuyó la satisfacción con el salario, ubicada en 49.5% y que bajó al 45.9%.

Todo lo anterior es válido, aun cuando el Permiso Especial de Permanencia perdió vigencia y ha sido sustituido por el nuevo PEPFF, en tanto fue una medida de contingencia que, como se explicó, buscó prevenir y eliminar vulneraciones a los derechos laborales de los inmigrantes venezolanos, pero que como demuestran las cifras, no tuvo un impacto positivo si quiera menor, acrecentándose las mediciones negativas en su primer año de vigencia.

Ahora bien, el PEPFF, como documento sustituto, buscó mejorar las medidas ya tomadas, pero en su composición sobresalen algunas disposiciones y vacíos cuando menos preocupantes. Se exponen en las siguientes consideraciones:

- 1- El decreto 117 de 2020, que reglamenta el PEPFF, no incluye un sistema de transición para quienes ya contaban con un PEP, lo cual genera serias dudas sobre si los anteriores beneficiarios del permiso de permanencia pueden optar por el nuevo, y si el tiempo que han permanecido en Colombia con el mencionado documento se adiciona al cómputo de los 4 años previstos para el nuevo.
- 2- Sólo permite que mayores de 18 años accedan a este tipo de permisos, impidiendo que menores de edad, mayores de 15 años, puedan trabajar. Lo anterior es completamente contrario al derecho fundamental a la igualdad

pues como ya se comentó, la legislación laboral colombiana permite la contratación de menores de edad para el trabajo cumpliendo ciertos requisitos.

- 3- Aunque en la parte motiva del decreto se menciona hasta en cuatro oportunidades la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en ninguno de los artículos que se adicionan al Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo se menciona un fuero o a una regularización para aquellos que componen el núcleo familiar del trabajador inmigrante portador de un PEPFF.
- 4- Prevé la norma que, si 30 días después de expedido el PEPFF, el Ministerio del Trabajo no evidencia la vinculación del ciudadano venezolano al Sistema General de Seguridad Social, el documento será revocado. Si bien la intención de la medida no es otra que asegurar la formalización del empleo obtenido, ignora que la afiliación del trabajador al Sistema General de Seguridad Social es una obligación patronal, y que es el empleador quien debe responder por el no cumplimiento de esta carga. Así las cosas, resulta muy grave que se castigue al trabajador por la conducta omisiva de su empleador.
- 5- No se regula la situación del inmigrante que, habiendo obtenido un PEPFF en vigencia de una relación laboral, luego queda desempleado. Lo que es muy claro en la norma es la obligación del inmigrante de conseguir un nuevo empleo o regularizar su situación en un periodo de 30 días, so pena de que contra él se inicie el proceso de deportación o expulsión. Es evidente que, a la hora de redactar el decreto, no se reparó en las dificultades que supone incluso para los colombianos la consecución de un empleo, más si se impone un plazo máximo de un mes para ello.

Este panorama demuestra que las medidas de contingencia implementadas por el Gobierno Nacional, aun cuando fueran bien intencionadas, no han producido el

impacto necesario para la protección de los derechos de los trabajadores venezolanos residentes en Colombia. La respuesta a las evidentes vulneraciones de las garantías mínimas laborales que sufren los inmigrantes en nuestro territorio, aun cuando fueran contingentes y transitorias, deberían dar resultados positivos, y no convertirse en simples paliativos que, incluso, terminan ahondando el problema. Tal y como lo propone la hipótesis de este trabajo de grado, la no ratificación por parte de Colombia de los convenios 097 y 143 de la OIT, disponibles desde 1949 y 1975 respectivamente, ha permitido que la inexistencia de una política pública de migraciones laborales, y las vulneraciones sistemáticas a los derechos de los trabajadores migrantes no lleguen a instancias internacionales competentes, a saber: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT), y Comisión tripartita de la Conferencia sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (OIT).

Se concluye ahora esta breve investigación jurídica enlistando aquellos hallazgos y certezas alcanzadas, todo a partir de los objetivos planteados, la información que demarcó este análisis, las comparaciones normativas y jurisprudenciales nacionales e internacionales, y las cifras oficiales en materia de migraciones laborales. Finalmente, de manera propositiva, más allá de comprobar el acierto de la hipótesis con que se inició esta tesis e intentando cumplir con el fin último de la investigación, planteo una propuesta frente a la posible ratificación de los Convenios 097 y 143 de la OIT, articulado a una muy necesaria política pública en materia de migraciones laborales.

11. CONCLUSIONES

Siguiendo las tendencias laborales que surgieron en Latinoamérica en la primera mitad del siglo XX, las normas colombianas sobre la materia extendieron desde un primer momento todas las garantías y derechos individuales consagrados en el estatuto del trabajo a quienes prestaban sus servicios en todo el territorio nacional, sin distinguir nacionales de extranjeros. Lo anterior se encuentra respaldado por el artículo segundo de nuestro estatuto laboral, cláusula general sobre la aplicación de la norma a todos los habitantes del territorio.

Con la expedición de la actual Carta Política, tanto el legislador como la Corte Constitucional hicieron extensivos otros derechos de carácter laboral y de seguridad social a los trabajadores inmigrantes, v.g. la posibilidad de afiliarse a un fondo pensional y la proscripción de restricciones para su participación en las juntas directivas sindicales. Podemos afirmar que en Colombia todos los trabajadores migrantes se encuentran reconocidos como titulares de derechos laborales individuales y colectivos.

No obstante, la igualdad que les ha sido reconocida es una formal y no material, tal y como lo evidencian las preocupantes cifras oficiales sobre el impacto en el mundo del trabajo que ha tenido la inmigración venezolana hacia Colombia desde el año 2015.

Colombia, a pesar de contar con normas laborales que confieren derechos y legitiman a los extranjeros que trabajan en su territorio, no cuenta con una política pública de migraciones laborales, y la política pública migratoria (CONPES 3603 de 2009) no incluye al trabajo entre sus componentes.

Los Convenios 097 y 143 de la OIT, ratificados por la mayoría de los miembros de la organización, están respaldados para su cumplimiento e implementación por los mecanismos de revisión y control con los que cuenta el organismo. Mientras los mecanismos de otras organizaciones son de difícil acceso y generalmente culminan con decisiones sancionatorias para el país que ha incumplido con normas ratificadas, en la OIT es fácil acceder a estas instancias, mismas que propenden por la concertación y no por la sanción.

Muestra de lo anterior han sido las decisiones adoptadas por los tribunales de Francia, Hong Kong y la extinta República Federal Alemana. Estas providencias, con interpretaciones diferentes y posturas más y menos garantistas, fueron estudiadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, que en su momento requirió a los tribunales de Hong Kong y de la RFA para que modularan el efecto de sus fallos por considerarlos un precedente peligroso.

Las normas internacionales ratificadas por nuestro país para la protección y defensa de los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes, a pesar de su vigencia y vinculatoriedad, han resultado inanes dada su naturaleza y la ausencia de mecanismos internacionales para exigir su cumplimiento, derivando en una verdadera desprotección para esta población.

Existe una vulneración sistemática de derechos mínimos laborales a un gran número de inmigrantes venezolanos desde el año 2015 hasta la fecha, caracterizado por el pago de salarios inferiores al mínimo legal, desconocimiento de prestaciones sociales, y no afiliación al sistema integral de seguridad social. Aun cuando los responsables directos de esto sean particulares, existe una gran responsabilidad por omisión del Estado colombiano, que asumió muy lentamente el control y la vigilancia.

Los distintos gobiernos que desde 2015 han tenido que hacer frente a la crisis migratoria han tenido que improvisar sus acciones ante las vulneraciones ya comentadas, pues al no existir una política pública que oriente las acciones gubernamentales no se puede evaluar el impacto de las mismas hasta su implementación. La existencia de cuatro registros de inmigrantes, que exigen distintos requisitos, y que en muchos casos excluyen a los inmigrantes irregulares, da fe de lo afirmado.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL. La formulación de políticas en la OCDE: ideas para América Latina [En línea]. Washington D.C.: Unidad de Reducción de la Pobreza y Gestión Económica América Latina y el Caribe. 2010. Disponible en: <http://documents1.worldbank.org/curated/pt/929251468017387470/pdf/592070WP0SPANI101public10BOX358364B.pdf>

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo [En línea]. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016. Disponible en: <https://es.scribd.com/read/326523312/Derechos-fundamentales-de-la-persona-y-relacion-de-trabajo-Segunda-edicion-aumentada>.

BOZA PRÓ, Guillermo. Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. Madrid: Revista Temis. n° 65. 03 de junio de 2014.

CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1949.

CAICEDO TAPIA, Danilo. El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución. En: Revista de derecho FORO. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Octubre, 2009. Vol. 12. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2296/1/03-TC-Caicedo.pdf>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Penal. 24 de julio de 2000. En: Diario Oficial No 44.097. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Sustantivo del Trabajo. 07 de junio de 1951. En: Diario Oficial No 27.622. Bogotá.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. Diciembre 23 de 1993. En: Diario Oficial No. 41.148. Bogotá.

COLOMBIA. Constitución política. 04 de julio de 1991.

COLOMBIA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Decreto 1067. Mayo 26 de 2015.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 117 de 2020.

COLOMBIA. UAE MIGRACIÓN COLOMBIA. Resolución 3167 de 2019.

COMISIÓN EUROPEA. EVALSED: The resource for the evaluation of SocioEconomic Development. European Community [En línea]. Bruselas: 2008. Disponible en: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/cost/guide2008_evalsed.pdf

COMISIÓN EUROPEA. Una agenda europea de migración. [En línea]. Bruselas. 2015. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0240:FIN:ES:PDF>

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. “Informe del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, décimo período de sesiones (20 de abril a 1º de mayo de 2009). Nueva York: 2009. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ae98d552>

COMUNIDAD ANDINA. “Decisión andina 545: Instrumento andino de migración laboral”. Rionegro: 2003. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC545.pdf>

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (CIT). Declaración de Filadelfia.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 105° reunión, Suiza (2016), Promover una Migración equitativa: Estudio General sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf

CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS: Subsección cuarta, sala contenciosa. Fallo Contencioso N° 322326, 23 de marzo de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Auto del 09 de diciembre de 1999, dentro del trámite del expediente T-206.360. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de constitucionalidad n°106. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Marzo 15 de 1995.

DE LA CUEVA, Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I. México: Editorial Porrúa S.A. 1972.

DELGADO BARRETO, César, et al. Introducción al derecho internacional privado: Conflictos de jurisdicciones, arbitraje internacional, sujetos de las relaciones privadas internacionales. [En línea]. Perú: Fondo Editorial de la PUCP, 2016. Cit. 256. Tomo III. Disponible en: <https://es.scribd.com/book/358970328/Introduccion-al->

derecho-internacional-privado-Tomo-III-Conflictos-de-jurisdicciones-arbitraje-internacional-y-sujetos-de-las-relaciones-privadas-in

DOUGLAS S. Massey, et al. Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación [En línea]. En: Population and Development Review, Vol.19, n. 3, septiembre, 1993. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/teorias-de-migracion-internacional-una-revision-y-aproximacion.pdf>

GARCÍA MANUEL, Alonso. Curso de derecho del trabajo. Barcelona: Ariel Derecho. 1985

GONZALES de CANCINO, Emilssen. Manual de Derecho Romano. 6° ed. Bogotá: Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 2014.

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL. La formulación e implementación de las políticas públicas en ALC. Presentación para el Curso Internacional Políticas presupuestarias y gestión por resultados en América Latina y el Caribe [En línea]. Santiago: 2011. Disponible en: https://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/4/45114/Pol%C3%ADticaspublicasenALC_Winchester.pdf

ISAZA CADAVID, Germán. Derecho Laboral Aplicado. Bogotá: Leyer Editorial. 2020. 24° Ed.

KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado práctico de derecho del trabajo. Buenos Aires: Depalma. 1965.

LAFONT DE LEÓN, Francisco R. El derecho internacional laboral. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.

LE COFF, Jacques. La civilización del Occidente medieval. Barcelona: Paidós. 1999. p.66. ISBN: 84-493-0766.

LUBE GUIZARDI, Menara. Migración, integración Y Nacionalismo: Reflexiones Para Una ciudadanía Inclusiva. En: Migraciones. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, junio, 2014, nro. 35. ISSN: 1138-5774, doi: mig. i35.y2014.002. Disponible en: <https://doi.org/10.14422/mig.i35.y2014.002>

MACHICADO, Jorge. Historia del Derecho del Trabajo. Sucre, Bolivia: Universidad San Francisco Xavier. 2010.

MINISTERIO DE GOBIERNO. Marcelino Arango. Circular extraordinaria: Documentos relacionados.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU). Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CPRAW). Nueva York, 1990.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: comisión de Derechos Humanos. Resolución 1999/44. Nueva York. 1999.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: SEXAGÉSIMO OCTAVO PERÍODO DE SESIONES. Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales: Derechos humanos de los migrantes. [En línea]. Nueva York. 2013. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9735.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) [En línea]. Ginebra. 1949. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312242

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) [En línea]. Ginebra. 1975. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Constitución de la Organización Internacional del Trabajo [En línea]. Washington. 1919.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes: Resultados y metodología - Resumen Ejecutivo [En línea]. Suiza. 2018. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_652030.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes: Resultados y metodología - Un enfoque especial sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos migrantes [En línea]. Suiza: 2016b. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_436339.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Las normas internacionales del trabajo: Manual de educación obrera. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. 1998. 4° Ed.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Promoting fair migration. [En línea] Suiza. 2016. Disponible en: <https://www.refworld.org/pdfid/5c77a62b7.pdf>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). IOM GMDAC: Global Migration Indicators 2018 [en línea]. Alemania. 2018. Disponible en:
https://publications.iom.int/system/files/pdf/global_migration_indicators_2018.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. Glosario sobre las migraciones [En línea]. Ginebra: 2019. Disponible en inglés en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES. La migración laboral [En línea]. Ginebra: 2006. Disponible en: https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/labour_migration_infosheet_sp.pdf

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española [En línea]. 23.^a ed. Disponible en: <https://dle.rae.es>

ROBAYO, María C. Venezolanos en Colombia, un eslabón más de una historia compartida [En línea]. Bogotá: Universidad del Rosario. 2012. Disponible en: https://www.urosario.edu.co/urosario_files/2e/2ee3361e-eec6-4230-925b-3e6d91c83ab0.pdf

ROMAGNOLI, Umberto. El Derecho, el trabajo y la historia. Madrid: Consejo Económico y Social. 1997.

SUPIOT, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. 1996.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO FEDERAL (BUNDESVERWALTUNGSGERICHT)
Fallo BVerwG 1 C 20.89, 28 de mayo de 1991.

TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo derecho del trabajo: Teoría Integral. México: Editorial Porrúa S.A. 1975.

VALDÉS SÁNCHEZ, Germán. El derecho del trabajo en la historia constitucional. Historia constitucional de Colombia. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2012.

VEGA CANTOR, Renán. La masacre artesanal del 16 de marzo de 1919 en Bogotá [Artículo En línea]. Disponible en: <https://rebellion.org/docs/253734.pdf>