

LA PROTECCIÓN LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ITALIA *

[EMPLOYMENT AND SOCIAL SECURITY PROTECTION OF IRREGULAR IMMIGRANTES IN ITALY]

Giulia Merlo

Fecha de recepción: 21 de mayo de 2018

Fecha de aceptación: 15 de junio 2018

Sumario: I. OBJETO DEL ANÁLISIS, DEFINICIONES ESENCIALES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.- II. ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS Y RELEVANCIA SOCIAL.- III. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA EL TRABAJO IRREGULAR DE LOS MIGRANTES: EL APARATO SANCIONADOR.- 1. La lucha contra las situaciones de grave explotación laboral de los migrantes irregulares y los instrumentos de protección.- 2. Protección de los derechos (laborales y de seguridad social) de los trabajadores migrantes irregulares derivados de la relación laboral.- 3. Breves reflexiones conclusivas.- BIBLIOGRAFÍA.

Contents: I. SUBJECT TO BE ANALYZED, ESSENTIAL DEFINITIONS, AND GOALS OF THIS RESEARCH.- II. PHENOMENOLOGICAL ASPECTS AND SOCIAL RELEVANCE.- III. MEASURES FOR FIGHTING AGAINST THE IRREGULAR EMPLOYMENT OF MIGRANTS: THE DISCIPLINARY SYSTEM.- 1. The fight against the situations of serious employment exploitation of irregular immigrants, and protecting instruments.- 2. The protection of (employment and social security rights) of irregular migrants employees deriving from the contract of employment.- 3. Short final conclusions.- BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Tras establecer las fronteras del concepto de trabajador inmigrante irregular, este trabajo analiza su relevancia social en Italia. Se centra en la protección laboral y de seguridad social de tales trabajadores irregulares. La protección se valora principalmente desde el punto de vista del contrato de trabajo.

Abstract: After marking the borders of the concept of irregular working immigrant, this study analyzes its social relevance in Italy. It

* Traducción al castellano, desde el italiano original («La protezione lavorista e previdenziale degli immigrati irregolari in Italia»), de Alberto Arufe Varela.

is focused on the employment and social security protection of such irregular employees. This protection is mainly assessed from the point of view of the contract of employment.

Palabras clave: Explotación laboral, Inmigración irregular, Italia, Protección de seguridad social, Protección laboral

Keywords: *Employment exploitation, Irregular immigration, Italy, Social security protection, Employment protection*

* * *

I. OBJETO DEL ANÁLISIS, DEFINICIONES ESENCIALES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

A los efectos de la exposición que sigue, resulta *in primis* indispensable circunscribir y, por tanto, definir el presente objeto de análisis, esto es, el *trabajo irregular de los migrantes*. A este propósito se buscará proponer una definición que sea generalmente aplicable de lo que es la ocupación irregular de los migrantes y, en consecuencia, poder comprender qué sea el trabajador inmigrado irregular. Esto resulta tanto más fundamental en razón de las múltiples especies que vienen reconduciéndose a la genérica expresión «trabajo irregular»¹. La correcta identificación de la noción del *trabajo irregular de los migrantes* se revela así necesaria para la eficaz puesta en práctica de la normativa aplicable. La normativa de referencia útil a nuestros fines se concreta en la Directiva 2009/52/CE, que impone a los Estados miembros la adopción de «normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular»². Ésta define el trabajo irregular (de migrantes) como la «ocupación de un nacional de un País tercero cuya situación es irregular». La Directiva anuda la irregularidad de la situación a la no satisfacción, originaria o sobrevenida, de las condiciones de permanencia o de residencia en un Estado miembro. De manera análoga, el legislador italiano, en el artículo 22, apartado 1, del Decreto Legislativo 286/1998³, previendo una hipótesis de delito dirigida a

¹ En el *genus* «trabajo irregular», en efecto, pueden incluirse múltiples situaciones diferentes de hecho, que se relacionan con otras tantas definiciones jurídicas, ciertamente por los inciertos límites definitorios, y muy frecuentemente intercambiables entre ellas. Así, pueden encajar en el *genus* «trabajo irregular» el denominado trabajo «negro», el trabajo sumergido, el trabajo «gris», el trabajo informal, el trabajo ilegal, el trabajo no declarado. Russo, M., *Qualche riflessione sul lavoro irregolare*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona». IT – 339/2017, pp. 2-3. Esto es, de cualquier manera, lo que pone en común las diferentes *species* relacionadas con el trabajo irregular es la *posible reconducción a una relación laboral para la cual no se han cumplido —en todo o en parte— las obligaciones vigentes en materia civil, administrativa, fiscal, de seguridad social y aseguradora*, tal como lo define la Ley núm. 383, de 18 octubre 2001, en el artículo 1. Sobre el tema del trabajo negro y su relevancia en términos estadísticos y económicos, incluidas las implicaciones sociales, véase la investigación llevada a cabo por el CNEL «*Indagine sul lavoro nero*», Pugliese, E., 2010. Se define el trabajo negro como la ocupación *no regular*, tanto en términos de total como de parcial irregularidad, donde exista un fuerte *desequilibrio entre demanda y oferta en términos de relaciones de poder que implican situaciones de grave explotación*, en las que las condiciones salariales están medianamente por debajo de los mínimos contractuales (*ibidem*, p. 4).

² Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 junio 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, comúnmente referida como «Directiva sancionadora».

³ Decreto legislativo núm. 286, de 25 julio 1998, y sucesivas modificaciones, sobre «Texto único de las disposiciones concernientes a la regulación de la inmigración y normas sobre las condiciones del extranjero», comúnmente referido como Texto Único de Inmigración. En adelante, se utilizará la indicación T.U. Inmigración. Dicho texto normativo, modificado en muchísimas ocasiones (últimamente por las Leyes núm. 3, de 11 enero 2018; núm. 110, de 14 julio 2017; y núm. 47, de 7

sancionar la ocupación de los inmigrantes irregulares, aclara que el *status* de irregularidad se distingue por la ausencia del permiso de permanencia, o cuando el mismo ha caducado y del cual no se haya pedido, en los términos legales, la renovación, o haya sido revocado o anulado.

Para encuadrar mejor el objeto central del presente análisis, antes de adentrarse en el análisis de la normativa relativa al trabajo irregular de los migrantes, parece útil proporcionar, *a contrario*, un breve apunte acerca de la noción de trabajador que *permanece regularmente* en el Estado tercero (esto es, la persona está en posesión de un título válido de permanencia) e indicar sumariamente cuáles sean los principios sociales de base que reglamentan su presencia en el territorio extranjero y su acceso al trabajo y a las prestaciones sociales⁴.

En virtud del artículo 4 del texto unificado sobre inmigración, un trabajador extranjero puede entrar regularmente en el territorio italiano siempre que esté en posesión (además de un documento regular de identificación personal) de un visado regular de ingreso⁵, al cual habrá que añadir un *permiso de permanencia*, regularmente expedido por las autoridades competentes del Estado de acogida (o título equivalente expedido por otro Estado miembro de la UE) donde intente permanecer por razones de trabajo y, en consecuencia, entrar de pleno derecho en el mercado de trabajo nacional (artículo 5 del texto unificado sobre inmigración)⁶.

abril 2017), regula casi enteramente toda la normativa que reglamenta el estatus que reside en el territorio de acogida: de los principios generales (Título I), a las disposiciones sobre el ingreso y el alejamiento del territorio del Estado (Título II), a la regulación del trabajo (Título III), al derecho a la unidad familiar y protección de los menores (Título IV), a las disposiciones en materia sanitaria, así como de educación, vivienda, participación en la vida pública e integración social (Título V). En cambio, se regula separadamente la normativa relativa al migrante denominado «político», a través de un considerable *corpus* de actos legislativos emanados ordinariamente con ocasión de la transposición de la normativa europea de referencia.

⁴ Sobre el tema de inmigración y trabajo, véase *ex multis* las obras monográficas de: Calafà, L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012; Chiaromonte, W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 2013; Montanari, A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010; además, la reciente *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, de McBritton, M., Cacucci, Bari, 2017.

⁵ En nuestro caso, motivado por razones laborales y expedido por las representaciones diplomáticas o consulares italianas en el Estado de origen o de residencia estable del extranjero.

⁶ El procedimiento para la expedición del permiso de residencia es extremadamente complejo y está detalladamente regulado por el artículo 5 del T.U. Inmigración. Se inicia con una solicitud nominativa, que hace el empleador a la autoridad competente (autoridad gubernativa de la provincia en que se encuentra el extranjero), la cual, al final de la expedición del título, tendrá que comprobar el respeto de algunas condiciones obligatorias, *in primis*, la correcta estipulación del *contrato de estancia para trabajo*, a que se refiere el artículo 5.bis (artículo 5, apartado 3.bis). La duración del correlativo permiso de estancia para trabajo es la prevista en el contrato de estancia y debe contener taxativamente, a) *la garantía por parte del empleador de la disponibilidad de un alojamiento para el trabajador que cumpla los parámetros mínimos previstos por la Ley para las viviendas de construcción residencial pública*; b) *la obligación de pago por parte del empleador de los gastos de viaje para el regreso del trabajador al país de procedencia* (artículo 5.bis del T.U.

Es importante subrayar que en la normativa italiana, como resultado de una precisa elección de política legislativa dirigida a regular el fenómeno de los ingresos a largo plazo⁷, la expedición de los títulos (visado de ingreso para trabajar y permiso de permanencia) debe realizarse dentro de los límites cuantitativos y cualitativos de las *cuotas de ingreso* determinadas anualmente por Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (artículo 3, apartado 4, del texto unificado sobre inmigración), sobre la base del documento programático trienal preparado por la Presidencia del Consejo de Ministros, oídos los otros órganos interesados, con los que se definen en los tres años subsiguientes las opciones estratégicas de política migratoria (artículo 3, apartado 2, del texto unificado sobre inmigración)⁸.

A diferencia de lo analizado hasta el momento, un migrante puede permanecer regularmente en el territorio del Estado también sobre la base de un título de permanencia expedido por razón de motivos político-humanitarios. En tal caso, al migrante que haya entrado irregularmente en nuestro territorio, tras la solicitud de protección internacional, podrá serle reconocido por parte de la autoridad competente el status de refugiado o la protección subsidiaria⁹. Donde no existan los presupuestos para la concesión de la protección internacional, pero existan en cualquiera caso «*graves motivos de carácter humanitario*»¹⁰, podrá

Inmigración). Sobre el tema del procedimiento de entrada de los extranjeros en Italia por motivos de trabajo, véase Chiaromonte *op. cit.* pp. 151-153. Sobre el tema del contrato de estancia para trabajo subordinado, y más en general en relación con la regulación del contrato de trabajo del extranjero, véase *ibidem*, pp. 183-192. Acerca de las dudas de legitimidad constitucional del contrato de estancia, en relación con el trato diferenciado respecto de los trabajadores nacionales (precisamente, el trato diferenciado en relación con las cargas adicionales impuestas al empleador), cfr. Vettor, T., *Cittadini extra UE, Accesso al lavoro, impiego irregolare e principio paritario, (commento alla normativa - D. Lgs. 25-07-1998, n. 286)*, *Argomenti Dir. Lav.*, 2014, 2, p. 538.

⁷ Chiaromonte, *op. cit.* p. 145. La Corte Constitucional italiana ha considerado legítimo el sistema de contingentes de entrada por motivos de trabajo (*ex multis*, Corte Constitucional, 30 diciembre 1998, núm. 454, en *Giur. Cost.*, 1998, p. 3772, con nota de P. Bonetti, «*La parità di trattamento tra stranieri e cittadini sul collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*»), en virtud del principio de Derecho Internacional consuetudinario por el cual todo Estado puede limitar libremente la entrada de los ciudadanos extranjeros en el territorio propio, como resultado de un equilibrio de intereses que el Estado considera prioritario por el bien de la colectividad (protección de la seguridad, del mercado de trabajo nacional, de la salud pública, orden público). Vettor, T., *op. cit.*, pp. 537-538. Por tanto, resulta legítimo un trato diferenciado en la fase de entrada en el territorio italiano (pero no se justifica, en cambio, un trato diverso cuando el extranjero haya entrado legítimamente en el territorio del Estado).

⁸ Sin embargo, se subraya que dicho documento ha perdido con los años gran parte de su valor. Así, en los últimos años, la acción del Gobierno se ha movido en ausencia de una «*estrategia unitaria*» de medio-largo plazo. El único documento útil a los fines de la acción gubernativa, por tanto, es el documento anual establecido por el Presidente del Consejo de Ministros. Chiaromonte, *op. cit.* pp. 147-148.

⁹ Artículo 32, apartado 1, letra a), del Decreto Legislativo núm. 25, de 28 enero 2008, y sucesivas modificaciones, promulgado en transposición de la Directiva 2005/85/CE.

¹⁰ Artículo 32, apartado 3, del Decreto Legislativo 25/2008.

expedirse un permiso especial de permanencia por motivos humanitarios¹¹. En el caso de que se reconozca el status de refugiado político o se conceda la protección subsidiaria, el solicitante se beneficiará de un permiso de permanencia por asilo político o por protección subsidiaria (por una duración entre los dos y 5 años), que otorgará al beneficiario de protección internacional el acceso a la ocupación, a la formación y a la asistencia social y sanitaria en condiciones de trato igual con el nacional italiano¹². Por tanto, será posible el desempeño de actividad laboral en las mismas condiciones y beneficiándose del mismo tratamiento asistencial y formativo, así como de colocación, de los trabajadores nacionales. A los solicitantes de protección internacional¹³ se les puede expedir también un permiso provisionalmente válido, por 6 meses renovables, hasta la terminación del procedimiento, con el que se les autoriza a permanecer en el territorio del Estado. En virtud de este permiso, los solicitantes pueden «*desarrollar actividad laboral, transcurridos sesenta días desde la presentación de la solicitud*»¹⁴, así como beneficiarse de medidas de formación profesional, eventualmente previstas en el programa del ente local dedicado a la acogida del solicitante¹⁵. Es importante recordar que el legislador ha excluido la posibilidad de que en tal circunstancia el permiso pueda transformarse en un permiso de permanencia por motivos laborales¹⁶ (artículo 22, apartado 2, del Decreto Legislativo 142/2015).

En el marco de la denominada «segunda acogida»¹⁷, regida por el SPRAR (Sistema de protección para refugiados y reclamantes de asilo)¹⁸, se

¹¹ Este permiso especial de estancia constituye una forma residual de protección para el migrante, cuando no concurren las condiciones a que se refieren los artículos 7 y 8 del Decreto Legislativo núm. 251, de 19 noviembre 2007 (actos de persecución y motivos de persecución), que justifiquen el reconocimiento del estatus de refugiado, o las condiciones a que se refiere el artículo 14 (daño grave) del mismo Decreto, que justifiquen el reconocimiento de la protección subsidiaria. El permiso de estancia, por tanto, no encuentra fundamento en la obligación de adecuación a normas internacionales o europeas, sino que constituye un título de estancia previsto por el ordenamiento italiano, cuando «*la repatriación pueda determinar la privación de la titularidad y del ejercicio de los derechos humanos, por debajo de núcleo constitutivo del estatuto de la dignidad personal, en comparación con la situación de integración adquirida en el país de acogida*» (Corte de Casación, núm. 4445-2018).

¹² Artículos 17, 25 y 26 del Decreto Legislativo 251/2007.

¹³ Esto es, «*el extranjero que ha presentado demanda de protección internacional, sobre la que no se haya adoptado aún una decisión definitiva, o ha manifestado la voluntad de pedir tal protección*». Artículo 2, apartado 1, letra a, del Decreto Legislativo núm. 142, de 18 agosto 2015.

¹⁴ Artículo 22, apartado 1, del Decreto Legislativo 142/2015.

¹⁵ Artículo 22, apartado 3, del Decreto Legislativo 142/2015.

¹⁶ Artículo 22, apartado 1, del Decreto Legislativo 142/2015.

¹⁷ El sistema de acogida de los solicitantes de asilo en Italia es extremadamente complejo y objeto constantemente de modificaciones, de un lado, para llevar a cabo prácticas de acogida más inclusivas y respetuosas de los derechos humanos; de otro lado, para gestionar al mismo tiempo con eficacia y racionalidad los problemas ligados a las ingentes cifras de entradas (las últimas modificaciones fueron realizadas por el Decreto-ley Minniti-Orlando núm. 13, de 17 febrero 2017, que también retocó el procedimiento para la concesión de la protección internacional). En síntesis (para profundizar en las problemáticas ligadas al sistema de acogida, cfr. Penasa S., *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 1, pp. 26. Disponible en: [http://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/saggi/58-I-accoglienza-dei-ACDCT, VOL. X \(2018\), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 129-158](http://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/saggi/58-I-accoglienza-dei-ACDCT, VOL. X (2018), ISSN: 1889-4224, PÁGS. 129-158)

revisan prácticas virtuosas de inserción laboral individual para migrantes¹⁹. Las medidas de inserción profesional llevadas a cabo por el SPRAR se dirigen a favorecer la integración del migrante en la colectividad de acogida por medio de la actividad laboral y, sobre todo en aquellos casos en que exista realmente un recorrido de profesionalización de la persona, tales medidas parecen ser un gran instrumento para valorizar la persona, y ayudarla en su desarrollo personal.

richiedenti-asilo-sistema-unico-o-mondi-parallel. Cfr., también, Curigliano, V., Brinis, V. *Asilo, accoglienza, immigrazione a che punto è l'Italia, I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1, 2016, pp. 107-124), el sistema se articula en dos niveles: el primer nivel se dirige ante todo a proporcionar una primera acogida en centros colectivos (denominados hotspot), creados en zonas costeras o próximos a las llegadas, donde los migrantes son identificados, fotografiados, se les proporcionan los necesarios cuidados médicos y se les puede poner en marcha el procedimiento de solicitud de protección internacional. En un segundo momento, los migrantes que realizan la demanda de asilo son transferidos (en teoría, en 48 horas) a los centros de primera acogida (conocidos también como hub regionales), donde son retenidos el tiempo necesario para identificar una solución de estancia e integración a medio plazo, a través de la denominada segunda acogida (para profundizar sobre el sistema de segunda acogida, véase la nota siguiente).

¹⁸ Creado por el artículo 32 de la Ley 189/2002. El sistema está coordinado por el Ministerio del Interior, en colaboración con ANAI, la Asociación Nacional de los Ayuntamientos Italianos (ANCI, en italiano). Dicho sistema se dirige a llevar a cabo una forma de «acogida integrada», a través de una gestión compartida entre los entes locales y organismos del denominado «tercer sector» (como también entes de voluntariado, y otros *stakeholders* estratégicos en el ámbito de la inmigración). La red así constituida se orienta a integrar socialmente, laboralmente, escolarmente y culturalmente los migrantes en la comunidad local de acogida. En el sistema SPRAR se incluyen los titulares de asilo político y los titulares de protección subsidiaria o humanitaria, que pueden permanecer en el proyecto durante seis meses, prorrogables por otros seis meses, durante los cuales son acompañados para encontrar un desarrollo autónomo. Los solicitantes de asilo, en cambio, permanecen todo el tiempo necesario para la conclusión de su expediente. Lamentablemente, la aplicación práctica se desvía de los intentos muchas veces proclamados por el legislador italiano, de hacer del SPRAR el sistema cardinal en torno al que gire la segunda asistencia de los migrantes políticos en Italia. De hecho, pocos ayuntamientos se adhieren al SPRAR (las razones aducidas son a veces de naturaleza exquisitamente política) y esto hace que sea insuficiente el sistema para responder a la necesidad actual de acogida de los millares de solicitantes llegados a Italia. Para luchar contra la emergencia, cuando ésta no resulte gestionable a través del sistema ordinario, se han creado los CAE, por el artículo 11 del Decreto Legislativo 142/2015 (Centros de Acogida Extraordinaria, o CAS, en italiano), concebidos como estructuras temporales para «llegadas constantes y cercanas de solicitantes». En realidad, la práctica está demostrando que dicho sistema es algo más que extraordinario, convirtiéndose en el instrumento principal con el que se gobierna la mayor parte de la acogida de migrantes (cerca del 78%), también por razones de reticencia, motivada muy a menudo por razones absurdamente políticas, de muchos ayuntamientos de entrar en el sistema SPRAR. Cfr. *Il sistema di accoglienza dei migranti in Italia, spiegato per bene*, <https://www.lenius.it/sistema-di-accoglienza-dei-migranti-in-italia/>.

¹⁹ Por ejemplo, en la Provincia Autónoma de Trento, la acogida de los solicitantes de asilo en el ámbito del sistema SPRAR lo gestiona el Centro informativo para la inmigración del Departamento de Salud y Solidaridad de la Provincia Autónoma de Trento (CINFORMI), en colaboración con el centro Astalli de Trento y la asociación Atas onlus. En la categoría de las buenas prácticas dirigidas a una acogida integrada, que se orienta al acompañamiento y a la conquista de la autonomía individual, se programan recorridos individualizados de inserción laboral, a través de la activación de prácticas, de valoración de los pre-requisitos laborales o de inserción en un ambiente de trabajo protegido, según la situación de las personas.

Por lo que se refiere a la protección laboral, de seguridad social y sindical, en línea general en el ordenamiento italiano rige un principio de plena igualdad de derechos y de tutela de los trabajadores extranjeros con permanencia regular, con respecto a los trabajadores italianos, en virtud de lo establecido en el artículo 2, apartado 3, del texto único sobre inmigración²⁰, que se refiere al artículo 10 del Convenio OIT núm 143 de 1975. Esto implica, en línea de principio, que una vez que el trabajador extranjero ha entrado regularmente en el mercado de trabajo italiano, toda disparidad de trato tendrá que considerarse prohibida.

Además de la genérica afirmación presente en el texto unificado, tal principio se repite en las diferentes fuentes nacionales dirigidas a regular el acceso y el disfrute por parte de los nacionales extranjeros de diferentes prestaciones sociales y asistenciales en nuestro territorio. También la normativa europea explicita en diversas ocasiones tal principio, pues, como ha precisado el Tribunal de Justicia en relación con la interpretación del principio de paridad de trato con respecto a los nacionales terceros con permanencia de larga duración²¹, la paridad de trato puede ser limitada por los Estados miembros «*con excepción de las prestaciones de asistencia social o de protección social concedidas por las autoridades públicas, a nivel nacional, regional o local, que contribuyen a permitir que la persona satisfaga sus necesidades elementales*».

Aunque el principio sea afirmado con vigor en el marco normativo, su concreta aplicación se revela a menudo problemática, como demuestra la copiosa jurisprudencia sobre el asunto, sobre todo constitucional²². La obra de esta última se ha concentrado sistemáticamente en la extensión del acceso a los beneficios y prestaciones sociales a los nacionales de terceros países, frente a una normativa nacional y regional no plenamente conforme al principio de igualdad.

²⁰ «*La República italiana, en ejecución del Convenio de la OIT núm. 143, de 24 junio 1975, ratificado por la Ley núm. 158, de 10 abril 1981, garantiza a todos los trabajadores extranjeros con estancia regular en su territorio y a sus familias, paridad de trato y plena igualdad de derechos respecto de los trabajadores italianos*».

²¹ Así se ha expresado el TJUE, en el asunto *Kamberaj v. Istituto per l'edilizia sociale*, C-571/10, sentencia de 24 abril 2012, a propósito de la interpretación del artículo 11, párrafo 4 (*paridad de trato*), de la Directiva 2003/109/CE del Consejo (después modificada por la Directiva 2011/51/UE), y transpuesta al ordenamiento italiano por el Decreto Legislativo núm. 3, de 8 enero 2007.

²² Para un examen atento de la jurisprudencia constitucional, en relación con la extensión de los beneficios sociales y de seguridad social a los ciudadanos terceros, del método utilizado por la Corte para calificar el principio a que se refiere el artículo 3 de la Constitución (principio de igualdad formal y sustancial), frente a la prohibición de discriminación, y también para desarrollar el test de razonabilidad y de diálogo con los otros Tribunales Europeos (TEDH y TJUE), cfr. Sciarra S., *Migranti' e 'persone' al centro di alcune pronunce della Corte Costituzionale sull'accesso a prestazioni sociali, '60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti supreme italiane'*, ponencia presentada en el Consejo de Estado, 26 mayo 2017, pp. 1-10.

Así, la Corte ha llegado a censurar una norma de la ley tributaria de 2001²³, por contraria al principio igualitario (en este caso sustancial), dado que, recordando el requisito de la percepción de una determinada renta (condición necesaria para la expedición del permiso de permanencia), excluía a los extranjeros con permanencia de larga duración de la concesión del subsidio de acompañamiento por incapacidad²⁴, creando una irrazonable discriminación entre nacionales extracomunitarios y nacionales italianos en el acceso a prestaciones y beneficios de seguridad social. En términos análogos, la Corte ha intentado extender a quien permanece con larga duración la pensión de incapacidad²⁵, declarando, una vez más, el requisito de la renta «*manifiestamente irracional*». En otro célebre caso, ha tachado de manifiestamente infundado el requisito de la posesión *de al menos cinco años* de la tarjeta de permanencia (hoy, permiso de permanencia de larga duración), a los efectos de beneficiarse de la percepción del subsidio de acompañamiento (para personas con discapacidad)²⁶.

En otros casos, la Corte Constitucional no ha censurado la normativa de referencia por la falta de extensión de tales tutelas sociales a los migrantes *regularmente presentes* en el mercado de trabajo italiano, sugiriendo a los intérpretes (jueces, pero también Administraciones públicas llamadas a aplicar la reglamentación de seguridad social) la correcta interpretación de la normativa en virtud del principio de la paridad de trato, explicitado en diversos lugares de la normativa en materia de inmigración (de modo que resulta absolutamente inútil la declaración de inconstitucionalidad). Así, la Corte²⁷ ha declarado inadmisibles las cuestiones de legitimidad relativas a la falta de extensión del subsidio de maternidad (artículo 74 del Decreto Legislativo 151/2001) a los extranjeros titulares del permiso de permanencia único de trabajo²⁸, y a los titulares del permiso de permanencia por motivos humanitarios²⁹, en cuanto la extensión a los primeros resulta posible por la aplicación directa del artículo 12 de la Directiva 2011/98³⁰ (que garantiza la paridad de trato en materia de prestaciones de seguridad social), y a los segundos por la aplicación del artículo 34, apartado 5, del Decreto Legislativo 251/2007, en virtud del cual «*a los titulares del permiso de*

²³ Artículo 80, párrafo 19, de la Ley núm. 388, de 23 diciembre 2000.

²⁴ Corte Constitucional, núm. 306/2008.

²⁵ Corte Constitucional, núm. 11/2009.

²⁶ Corte Constitucional, núm. 40/2013 (con las mismas motivaciones, se reconoce la concesión a ciegos parciales, y las pensiones de invalidez para sordos, Corte Constitucional, núms. 22/2015 y 230/2015). Incluso, el irrazonable período de permanencia en un territorio lleva a censurar una norma regional que subordinaba a la residencia de al menos cinco años en la región del Trentino Alto Adige la concesión del subsidio para el sostenimiento del núcleo familiar, Corte Constitucional, núm. 133/2013 (para un análisis de esta decisión, cfr. Sciarra *op. cit.*).

²⁷ Corte Constitucional, Auto núm. 95/2017.

²⁸ Artículo 12 de la Directiva 2011/92.

²⁹ Artículo 34, apartado 5, del Decreto Legislativo núm. 251/2007.

³⁰ Directiva 2011/98/UE, *por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.*

permanencia por motivos humanitarios se les reconoce los mismos derechos establecidos por el presente Decreto a favor de los titulares de protección subsidiaria», entre los cuales sin duda se encuentra el mismo trato respecto al nacional italiano en materia de asistencia social y sanitaria, por aplicación del artículo 27 del mismo Decreto.

La Corte, actuando así, no hace más que recordar que el principio de paridad de trato en materia laboral y de seguridad social entre nacionales italianos y nacionales de terceros países con permanencia regular debe encontrar aplicación directa, bien por parte de los jueces, bien por parte de las Administraciones implicadas, aun cuando el legislador haya omitido indicar entre el conjunto de beneficiarios de las garantías sociales alguna de las categorías de migrantes³¹.

Sentadas estas premisas acerca de los principios que regulan la tutela de seguridad social de los migrantes *con permanencia regular*, nos adentramos ahora en el análisis del verdadero y propio objeto de esta contribución. Para proseguir, sin embargo, parece fundamental dar cuenta de cuáles son los *objetivos esenciales* y la estructura metodológica del análisis que seguirá. Así, analizando la normativa italiana relativa al fenómeno *de quo*, se han identificado en particular tres específicos núcleos temáticos merecedores de atención, que conciernen a los objetivos esenciales que las políticas sociales en materia de inmigración irregular deberían conseguir:

1. La previsión de instrumentos de prevención contra el trabajo de los migrantes irregulares.
2. Los instrumentos de lucha contra la explotación laboral grave y los medios de protección de las víctimas de estas prácticas.
3. La tutela de los derechos sociales fundamentales de los migrantes irregulares y, sobre todo, de los derechos conectados a la relación de trabajo.

El análisis de la normativa italiana a la luz de los objetivos antes mencionados permitirá identificar así las posibles críticas y las incoherencias sistemáticas, merededoras *pro futuro* de deseables intervenciones correctoras

³¹ Por ejemplo: exclusión del conjunto de perceptores del subsidio de maternidad para trabajadoras atípicas (artículo 75 del Decreto Legislativo 151/2000), de los titulares de permiso humanitario, titulares de protección internacional. Los beneficiarios excluidos podrán dirigirse a las Administraciones y, en caso de denegación, al Juez competente; exclusión del conjunto de posibles beneficiarios del subsidio para el núcleo familiar numeroso (artículo 65 de la Ley 488/1988), de los titulares de permiso por motivos humanitarios y de los titulares de permiso único laboral. Sobre la incompatibilidad de tales omisiones con la normativa europea, también se ha pronunciado el TJUE, en el caso *Martinez*, C-449/2016, el cual ratifica que la paridad de trato se aplica a todas las prestaciones concedidas sobre la base de requisitos predeterminados, sin discrecionalidad alguna por parte de la Administración pública.

II. ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS Y RELEVANCIA SOCIAL

La ocupación irregular de los extranjeros representa un fenómeno numéricamente y económicamente muy relevante en nuestro país, sobre todo en algunos sectores como la agricultura, el trabajo doméstico y el sector de la construcción. Sin embargo, debe subrayarse que, tratándose de un fenómeno radicado en la economía sumergida, la existencia de comportamientos de variable naturaleza produce un grado de incertidumbre bastante elevado, y dificulta fotografiar con exactitud el fenómeno en su globalidad.

Fijadas estas premisas, en 2016, una investigación realizada por la fundación Leone Moressa³² ha puesto de relieve que en Italia aproximadamente están presentes 558 mil ocupados irregulares (igual al 20% de los ocupados extranjeros en Italia), con una riqueza producida igual a 12,7 mil millones de euros (igual a un punto del PIB), con una pérdida de ingresos fiscales igual a 5,5 mil millones de euros³³.

Datos similares, proporcionados por la fundación Ismu, estiman los irregulares, a fecha de 1 enero 2017, en 491 mil, aumentando respecto de los 453 computados el año precedente³⁴. La incidencia de los irregulares sobre el total de la población extranjera es, por lo tanto, del 8,2% (a 1 enero 2017, la población extranjera en Italia ha alcanzado la cifra de 5 millones 958 mil, comprendiendo migrantes regulares y no)³⁵.

La ocupación de extranjeros irregulares, además de producir, como se ha mencionado, graves daños al sistema económico y perjudicar el funcionamiento regular de la competencia del mercado, repercute también sobre la condición de los prestadores de trabajo que, por razón de la ausencia de fuerza contractual, que

³² Estimación de la Fundación Leone Moressa, «Il tesoro sommerso dell'immigrazione», 20 octubre 2016, <http://www.fondazioneleonemoressa.org/2016/10/20/il-tesoro-sommerso-dellimmigrazione/>. Cfr. el artículo de comentario aparecido en Reppublica.it, de Polchi, V., «*Gli immigrati che lavorano senza tutele: un "tesoro sommerso" da 12,7 miliardi*», <http://www.repubblica.it/economia/2016/10/21/news/il_tesoro_nero_degli_immigrati_senza_tutele_vale_12_7_miliardi-150170139/?ref=HREC1-18>, 26 octubre 2016.

³³ A nivel territorial, en términos absolutos, casi la mitad (249 mil) se encuentra en el norte. En cambio, la incidencia mayor sobre los ocupados extranjeros es en el sur, donde los irregulares representan más de un tercio (33,9%). Datos Fundación Moressa, 2016.

³⁴ Datos Fundación Ismu, *Ventitreesimo Rapporto sulle migrazioni 2017*, 2017 FrancoAngeli, Milano. Datos comentados en el artículo «*Residenti e irregolari: ecco la mappa dei migranti in Italia. Un detenuto su tre è straniero*», de Carli, A. y Gagliardi, A., extraídos de Il Sole 24 ore, y on line de 5 febrero 2018, <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-02-05/migranti-54-milioni-residenti-e-500mila-irregolari-detenido-tre-e-straniero-150359.shtml?uuid=AEQYWfuD>.

³⁵ *Residenti e irregolari (...)*, *ibidem*.

provoca una situación de extrema vulnerabilidad, serán fácilmente objeto de prácticas de gravísima explotación.

La manifestación más grave del trabajo irregular de los inmigrantes se manifiesta en el ámbito del sector agrícola, sobre todo en aquellos productos donde domina un mercado oligopolístico (en especial, cultivo de tomates, cítricos, patatas y hortalizas), en el que la compleja y larga cadena productiva impone a los cultivadores un precio de venta que no permite internalizar los costes directos e indirectos del trabajo³⁶. La ocupación irregular de mano de obra en la agricultura está a menudo conectada a la práctica del denominado «*caporalato*», esto es, el reclutamiento y el transporte en los campos de mano de obra a bajo coste, casi siempre en situación de irregularidad, donde vienen impuestas condiciones de trabajo caracterizadas por la constante explotación y por la sistemática evasión de la normativa laboral y de seguridad social³⁷. Según algunos análisis, incluso la explotación extrema del trabajo, señaladamente de los trabajadores extranjeros presenten en el territorio italiano, permitiría al sector agrícola italiano conservar competitividad en el mercado globalizado³⁸.

En el año 2015 se han registrado al menos 10 muertes de extranjeros irregulares en la agricultura. En Italia, son 80 los epicentros en los cuales se han registrado fenómenos de grave explotación en la agricultura, y se estiman entre 400.000 y 430.000 los trabajadores irregulares en la agricultura y potenciales víctimas de *caporalato*, de los que 100.000 son trabajadores irregulares en Italia en condiciones de explotación y grave vulnerabilidad; en el sector agrícola la economía sumergida e informal vale aproximadamente entre 3,3 y 3,6 mil millones de euros³⁹.

En 2015, las inspecciones han registrado 713 episodios de *caporalato*. El salario abonado es inferior a cerca del 50% del previsto en el respectivo CCNL (*convenio colectivo nacional*), la paga media oscila entre los 22 y los 30 euros diarios y el horario medio es de 10-12 horas de trabajo. Es bastante frecuente el trabajo a «destajo» por una compensación media de 3-4 euros por un arcón de 375

³⁶ Un gran número de migrantes sigue «*el itinerario de explotación trazado por la estacionalidad de los cultivos*» (De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, en *Lavoro e Diritto*, 2, 2016, p. 313), «*para responder a una demanda de mano de obra que padece la bajada de los precios impuesta por la gran presión de las multinacionales*», que, por lo tanto, repercute la misma presión en la rebaja del coste del trabajo (Sagnet Y., Palmisano L., *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, 2015, Roma: Fandango, pp. 61 ss. y 91 ss., en De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *infra*), De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *op. cit.*, p. 314.

³⁷ De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *op. Cit.*, p. 314.

³⁸ *Ibidem*, p. 314.

³⁹ Datos: Informe «*Agromafie e caporalato*», Fondazione Placido Rizzotto, Flai-CGIL, 2016, <http://www.flai.it/osservatoriopr/>.

Kg. El 60% de los trabajadores empleados bajo *caporalato* no ha accedido al agua o servicios higiénicos⁴⁰.

Esta condición de gran vulnerabilidad hace que resulte particularmente apetecible para los *caporales* el empleo de mano de obra *extranjera*, dado que es más fácilmente «chantajeable». Se estima, en efecto, que en la agricultura 1/3 de los ocupados extranjeros trabaja en condiciones de irregularidad (precisamente el 33,9%)⁴¹. El fenómeno de los flujos migratorios irregulares y el del *caporalato* aparecen, por tanto, cada vez más entrelazados entre ellos, dando vida a la realidad laboral y habitacional donde se violan sistemáticamente los más elementales derechos humanos.

Examinado el marco fenomenológico, vamos ahora a analizar los instrumentos normativos dispuestos por el legislador a fin de regular el fenómeno de la ocupación de la inmigración irregular, centrandolo, como se expuso antes, el análisis en tres momentos esenciales.

III. MEDIDAS DE LUCHA CONTRA EL TRABAJO IRREGULAR DE LOS MIGRANTES: EL APARATO SANCIONADOR

Las posibilidades de ocupación irregular representan desde siempre un factor incentivador (el denominado *pull factor*) de la inmigración clandestina. Sobre la base de esta convicción, la Unión Europea ha promulgado en 2009 la Directiva núm. 52, relativa a «*Normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*», cuyo eje lo constituye la aplicación de sanciones a los empresarios, que operan *directamente* como desincentivo esencial para luchar contra el trabajo irregular e, *indirectamente*, como instrumento dirigido a frenar los flujos de inmigración irregular (actuando, como ya dicho, contra el efecto llamada⁴²). Para conseguir tales objetivos, la Directiva actúa en tres frentes esenciales: 1) prohibición generalizada de empleo de nacionales de terceros países cuya permanencia no sea regular (artículo 3); 2) previsión de un sistema de sanciones *eficaces, proporcionadas y disuasorias* que puedan tener naturaleza financiera,

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Datos Fundación Moressa, 2016, *cit*.

⁴² Considerando 2: «*La posibilidad de encontrar trabajo en la UE sin poseer el estatuto legal exigido es uno de los principales factores de atracción de la inmigración clandestina en la UE. Así pues, la lucha contra la inmigración clandestina y la estancia ilegal debe incluir medidas que atajen ese factor de atracción*». Considerando 36: «*Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, luchar contra la inmigración clandestina atajando el factor de atracción que constituye la posibilidad de trabajar, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión y a los efectos de la presente Directiva, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado*».

administrativa y, en los casos de mayor gravedad, naturaleza penal (artículos 5, 7, 9, 10); y 3) intensificación de la actividad de vigilancia (artículo 14).

En Italia, la Directiva ha sido transpuesta con el Decreto Legislativo núm. 109 de 2012, que ha modificado en algunos puntos el texto unificado sobre inmigración.

Hay que precisar que, incluso antes de la transposición de la Directiva, nuestro sistema ya preveía una prohibición general de ocupación de trabajadores con permanencia no regular, por medio de la aplicación de una sanción penal al empresario que violase tal precepto (artículo 22, apartado 12, del texto unificado sobre inmigración). Por lo tanto, dicha norma no ha sido modificada:

«Al empleador que ocupa en sus propios centros de trabajo trabajadores extranjeros carentes del permiso de estancia previsto en el presente artículo, o cuyo permiso haya caducado y que no se haya solicitado, en los plazos legales, la renovación, revocación o anulación, se le castiga con la reclusión de seis meses a tres años y con multa de 5.000 euros por cada trabajador empleado»⁴³.

Según jurisprudencia constante, siempre ha respondido del delito *de quo*, no sólo quien ha favorecido materialmente la contratación del migrante, sino también cualquier otro sujeto que, con carácter general, pueda ejercitar sobre ellos el poder directivo⁴⁴.

El Decreto Legislativo de 2012, transponiendo la Directiva, ha agravado además la entidad de la pena en aquellas situaciones particularmente graves, que según la Directiva *deben necesariamente* recibir una protección penal (artículo 9). Así, se ha añadido un apartado 12.bis, que contiene las circunstancias agravantes del delito a que se refiere el artículo 22, a tenor del cual:

«Las penas por el hecho previsto en el apartado 12 se aumentan de un tercio a la mitad:

- a) si los trabajadores ocupados son un número superior a tres;
- b) si los trabajadores ocupados son menores en edad no laboral;

⁴³ Con la sentencia de condena, el Juez aplica también la sanción administrativa accesoria del pago del coste medio de repatriación del trabajador contratado ilegalmente. Los ingresos procedentes de la aplicación de las sanciones serán destinados en parte al fondo de repatriación, a que se refiere el artículo 14 T.U. Inmigración, y en parte al fondo social para la formación y la ocupación, a que se refiere el artículo 18, apartado 1, del Decreto-ley núm. 185/2008 para la realización de actuaciones de integración de inmigrantes y menores extranjeros no acompañados. Chiaromonte, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁴ Corte de Casación, núm. 19201/12; Corte de Casación, núm. 25615/11; Corte de Casación, núm. 29494/08.

c) *si los trabajadores ocupados se colocan en otras condiciones laborales de particular explotación, a que se refiere el apartado tercero del artículo 603.bis del Código Penal*»⁴⁵.

Según opiniones de autoridad, la Directiva en cuestión ha tenido una «traducción mínima»⁴⁶ en nuestro ordenamiento, al no transponer normativamente muchos de los principios clave contenidos en la Directiva que resultan fundamentales para contrastar minuciosamente el trabajo (y, señaladamente, la explotación del mismo) de los trabajadores de países terceros privados de título de estancia⁴⁷.

Así, el Decreto Legislativo de 2012 no contiene ninguna referencia a las sanciones administrativas tales como «*la exclusión del disfrute de ayudas públicas, comprendidas las procedentes de fondos de la UE y la imposibilidad de participar en subastas y contrataciones públicas durante los sucesivos 5 años, el reembolso de ayudas y subvenciones públicas de los 12 meses precedentes, la clausura temporal del centro de trabajo y retirada eventual de la licencia*», que la Directiva sugiere transponer para llevar a cabo su potente efecto disuasorio⁴⁸.

A pesar de la previsión de prohibición general de contratar ciudadanos de países terceros que incurran en condiciones de irregularidad, sancionada junto con una hipótesis de delito, estudios recientes⁴⁹ ilustran cómo la vertiente conectada a tal hipótesis de delito es prácticamente inexistente⁵⁰, sobre todo a la luz de la casi total ausencia de denuncias por parte de los trabajadores. Con esta finalidad,

⁴⁵ Se trata de los indicios de explotación a que se refiere el artículo 603.bis del Código Penal, del delito denominado del «*caporalato*».

⁴⁶ Calafà, L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 176. Traducción mínima de una Directiva, por lo demás ya considerada inapropiada, dado que «desequilibra» a favor de la represión del fenómeno de la inmigración irregular, más que hacia la lucha contra el trabajo irregular *tout court*. Daugareilh, I., *La pénalisation du travail irrégulier en droit européen*, en Dubin L. *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

⁴⁷ Vettor, T., *Lavoro e immigrazione irregolare nel d.lgs. n. 109 del 2012*, en *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2012, p. 44. Igualmente, Paggi, M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2012, p. 87.

⁴⁸ En observancia de la normativa europea, Italia se ha dispuesto a extender la responsabilidad por el delito referido antes, también a las personas jurídicas (artículo 11). En cuanto a las sanciones económicas, resulta pacífica la imposición al empleador de la sanción administrativa máxima, a que se refiere el artículo 3 del Decreto-ley 12/2002, convertido en Ley núm. 73/2002, aplicable a todos los empleadores que emplean trabajadores (nacionales o no) en condiciones de irregularidad.

⁴⁹ Calafà, *op. cit.*, 2012, p. 182; Calafà, L., *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, *Lavoro e diritto*, 1, 2017, p. 74, p. 81.

⁵⁰ Paggi, *op. cit.*, p. 88. Para el autor, la escasa casuística del trabajo irregular de los «clandestinos», sobre todo en relación con las actividades de inspección, hay que imputarla sin más a la ineficacia de los instrumentos dirigidos a favorecer e incentivar las denuncias y colaboraciones con las autoridades.

recordamos que el artículo 13, apartado 1, de la Directiva, impone a los Estados miembros que garanticen «*la existencia de mecanismos eficaces para que los nacionales de terceros países empleados ilegalmente puedan denunciar a sus empleadores, directamente o a través de terceros designados por los Estados miembros, como los sindicatos u otras asociaciones o una autoridad competente del Estado miembro, cuando la legislación nacional lo prevea*». Precisa, además, que la asistencia por parte de terceros para la presentación de dichas denuncias no pueda considerarse favorecimiento de la estancia ilegal (artículo 13, apartado 3).

Salvo que las situaciones de ocupación irregular estén caracterizadas por elementos de particular gravedad y de explotación, a las que se refiere el artículo 22, apartado 12.bis, para las cuales, como se verá en breve, se prevé un permiso de estancia temporal para las víctimas, nuestro ordenamiento no se ha dotado de un adecuado mecanismo dirigido a incentivar las denuncias o, al menos, los comportamientos colaboradores que, en rigor, «*debería ser eficazmente realizado sobre todo con ocasión de actuaciones inspectoras o de policía judicial en los lugares de trabajo*»⁵¹. Tampoco se ha explicitado la causa de exclusión de la responsabilidad de los terceros que ayudan a denunciar. Tal omisión parece incluso más grave si se tiene en cuenta que continúa siendo perseguida penalmente la hipótesis a que se refiere el artículo 10.bis del T.U. Inmigración, con el que se sanciona la «*entrada y estancia ilegal en el territorio del Estado*» (el llamado delito de clandestinidad)⁵². Los trabajadores individualizados en condiciones de irregularidad serán, por tanto, denunciados y contextualmente señalados por la autoridad competente, por incumplimientos en materia de repatriación y/o expulsión coactiva⁵³.

A ello se añade que nuestro ordenamiento nada dispone en relación con el contenido del artículo 6, apartado 2, de la Directiva, allí donde se prevé la obligación de informar «*sistemática y objetivamente a los nacionales de terceros países empleados ilegalmente de sus derechos en virtud de este apartado y con arreglo al artículo 13, antes de la ejecución de cualquier decisión de retorno*»⁵⁴. Con la finalidad de que dicha información pueda ser realmente eficaz, debería por lo demás ponerse en marcha con una anticipación significativa respecto de la ejecución de la repatriación, especialmente si se considera que la información resulta funcional para la posibilidad efectiva de presentar denuncia frente a los

⁵¹ Paggi, *op. cit.*, p. 100.

⁵² Cualquier autoridad pública (incluidos los tribunales) que tenga noticia de la presencia en el territorio del extranjero clandestino, estará obligado a denunciar ante el Ministerio Público y a indicarlo a la autoridad administrativa competente para la expulsión (artículo 313 del Código de Procedimiento Penal).

⁵³ Paggi, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁴ Resulta importante subrayar que tal obligación se refiere tanto a las víctimas de concreta explotación legitimada a solicitar el permiso de estancia por razones humanitarias (*infra*), así como a todos los ciudadanos de terceros países contratados ilegalmente, a los que la norma citada reconoce el derecho a actuar para la recuperación de las retribuciones o de las diferencias salariales vencidas (también en los casos de repatriación forzosa o voluntarias) y de las cotizaciones debidas (*infra*).

empleadores, ya directamente, ya por medio de terceros designados por los Estados miembros, tales como sindicatos u otras asociaciones (artículo 13, apartado 2, de la Directiva 52/2009)⁵⁵.

Además, es obvio que subsiste un verdadero y auténtico problema de *efectividad* de la normativa dirigida a impedir la ocupación de mano de obra extranjera irregular, por causa de la falta de aplicación de los instrumentos dirigidos a llevar a cabo la concreta colaboración con los órganos administrativos y judiciales, así como por la persistente existencia de una medida dirigida a castigar *subjetivamente* al migrante que incurra en situación de clandestinidad.

1. La lucha contra las situaciones de grave explotación laboral de los migrantes irregulares y los instrumentos de protección

La condición de «grave explotación laboral» se define por la OIT como «la sustracción con daños al trabajador “de una parte importante de la retribución a la que tiene derecho sobre la base de las prestaciones efectuadas. Es necesario que esto sea consecuencia de una imposición (consciente), esto es, de una disminución favorecida y significativa de la capacidad de autodeterminación del trabajador (teniendo en consideración todos los factores de vulnerabilidad del sujeto)”»⁵⁶. La Directiva 52/20009 define, en cambio, como «condiciones de trabajo especialmente abusivas» aquellas «condiciones de trabajo, incluidas las que resultan de la discriminación por razón del sexo o de otro tipo, en las que se aprecia una desproporción flagrante con respecto a las condiciones de empleo que disfrutaban los trabajadores empleados legalmente, y, por ejemplo, afectan a la salud y la seguridad de los trabajadores y atentan contra la dignidad humana».

Entre las razones de protección por la Directiva de 2009, también se incluyen sin más las de protección de situaciones de grave explotación conectadas a la explotación ilegal de ciudadanos procedentes de terceros países. Con esta finalidad, la normativa europea se ha apresurado a prever un permiso específico para las víctimas expresamente orientado a garantizar, en los casos de explotación

⁵⁵ Si, por lo tanto, es bastante difícil imaginar que la prescrita, sistemática y puntual actividad de información se lleve a cabo de oficio en el curso de actuaciones institucionales, baste pensar en la actual ausencia de dotaciones a los inspectores de vigilancia de módulos informativos plurilingües y en la falta de indicación de tales informaciones incluso en los formularios «pre-establecidos» de expulsión (normalmente en relación con la traducción sólo a la lengua denominada «vehicular»), no hay más que constatarlo en referencia a la macroscópica violación de la Directiva, Paggi, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁶ OIT, *Il lavoro forzato e la tratta di esseri umani. Manuale per gli Ispettori del Lavoro*, Dipartimento per le Pari Opportunità, Roma 2010.

particularmente graves, la puesta en marcha de las denuncias y los comportamientos colaboradores⁵⁷.

Con observancia de las prescripciones europeas, el legislador italiano ha previsto en el apartado 12. quater del artículo 22 T.U. Inmigración el otorgamiento de una permiso concreto de estancia por motivos humanitarios, concedido por la autoridad gubernativa, a propuesta y con el informe favorable del Procurador de la República, «*en los casos de concreta explotación laboral a que se refiere el apartado 12.bis*» (circunstancias agravantes del delito de ocupación irregular de migrantes, *supra*), «*al extranjero que haya presentado denuncia y colabore en el procedimiento penal tramitado frente al empleador*». Por lo tanto, la expedición del permiso humanitario se realiza cuando: los trabajadores ocupados sean superiores a tres; los trabajadores ocupados sean menores; los trabajadores estén expuestos a condiciones laborales de la concreta explotación a que se refiere el artículo 603, apartado 3, del Código Penal, artículo dirigido a sancionar el delito comúnmente llamado de «*caporalato*» (*infra*). Este último apartado indica minuciosamente los indicios de explotación laboral, en línea con la definición de explotación laboral de la normativa europea e internacional (pago reiterado de retribuciones netamente inferiores a la normativa vigente, violaciones patentes de la normativa en materia de salud y seguridad de los lugares de trabajo, violación reiterada de la normativa sobre jornada, la exposición del trabajador a condiciones de trabajo, con métodos de vigilancia o en situaciones de alojamiento degradantes), identificables como *núcleo duro* de la protección conectada a la relación laboral.

Con la finalidad de acabar con la explotación laboral conectada a las prácticas ya mencionadas de «*caporalato*», dramáticamente difundidas en Italia, como ya se ha puesto de relieve, en el 2011, sobre todo en el sector agrícola (con el Decreto-ley núm. 138, luego convertido en Ley núm. 148 de 2011), nuestro ordenamiento se ha dotado de un tipo de delito (artículo 603.bis del Código Penal)⁵⁸ dirigido a sancionar la «*intermediación ilícita y la explotación del trabajo*». Este tipo ha sido recientemente modificado, como consecuencia de

⁵⁷ Art. 13, apartado 4, «*en relación con los delitos contemplados en el artículo 9, apartado 1, letras c) o e)* [ocupación irregular caracterizada por una explotación concreta o la contratación relativa a un menor], *los Estados miembros definirán con arreglo a la legislación nacional las condiciones en las que podrán expedir, caso por caso, permisos de residencia de duración limitada, vinculada a la duración del procedimiento nacional correspondiente, a los nacionales de terceros países implicados*».

⁵⁸ Para profundizar en la normativa previa, en términos penalistas, cfr. Di Martino, A., *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione troppo scontata*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015, pp. 106 ss. En su redacción originaria, el delito de intermediación ilícita y explotación del trabajo estaba construido sobre tres elementos: la existencia de una actividad organizada de intermediación en el reclutamiento de mano de obra o en la organización del trabajo de ésta en condiciones de explotación, una conducta caracterizada por la violencia, amenaza o intimidación y, por último, el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador. De Rubeis, A., *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, pp. 221-237.

críticas presionantes por parte de la opinión pública⁵⁹, con la doble finalidad de extender la punibilidad también al sujeto que lo utiliza (esto es, el empleador que se beneficia en concreto de la explotación de la mano de obra), así como con la finalidad de simplificar el tipo y garantizar una punibilidad más detallada⁶⁰. Por lo tanto, la reforma viene a extender la conducta punible, haciendo desaparecer del tipo básico las modalidades de violencia, amenaza o intimidación, elevadas ahora a meras circunstancias del delito (apartado 2). También la actividad de intermediación se define de manera distinta, en sentido más amplio, eliminando toda referencia a la necesidad de una actividad organizada a tal fin. Se introduce una nueva conducta en el núm. 2 del apartado 1, que castiga la utilización, el empleo o la contratación de mano de obra en condiciones de explotación y aprovechándose del estado de necesidad de los trabajadores⁶¹. Repárese en que también se castiga al que utiliza, aunque no se haya servido materialmente de la actividad de intermediación.

Más concretamente, según la nueva formulación, se prevé que:

«Salvo que el hecho constituye un delito más grave, se castiga con reclusión de uno a seis años y con multa de 500 a 1.000 euros por cada uno de los trabajadores reclutados, siempre y cuando

1) reclute mano de obra con el objeto de destinarla al trabajo en terceros en condiciones de explotación, aprovechando el estado de necesidad del trabajador;

2) utiliza, contrata o emplea mano de obra, también mediante la actividad de intermediación a que se refiere el número 1), sometiendo a los trabajadores a condiciones de explotación y aprovechándose de su estado de necesidad. Si los hechos se cometen mediante violencia o amenaza, se aplica la pena de reclusión de cinco a ocho años y multa de 1.000 a 2.000 euros por cada trabajador reclutado. A efectos del presente artículo, constituye índice de explotación la existencia de una o más de las siguientes condiciones:

1) el pago reiterado de retribuciones de modo claramente desviado de los convenios colectivos nacionales o territoriales estipulados por las

⁵⁹ De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.* p. 317. También el mundo sindical había mostrado ásperas críticas en relación con la falta de extensión de la punibilidad penal al utilizador de la mano de obra suministrada fraudulentamente. En este sentido, el artículo de la «Carta de los derechos universales del trabajo», un proyecto de ley de iniciativa popular presentado por la Cgil proponía la introducción de un nuevo artículo 603.4 del Código Penal, que se dirigía a extender la punibilidad también al empresario utilizador y, contextualmente, a ampliar el tipo penal desde el punto de vista objetivo, no previendo, entre los requisitos del delito, el aprovechamiento del estado de necesidad del trabajador, con el consiguiente aligeramiento de la carga de la prueba.

⁶⁰ Para un examen detallado de los perfiles penales relativos al nuevo tipo, cfr. De Rubeis, A., *op. cit.*, pp. 221-237.

⁶¹ De Rubeis, *op. cit.*, p. 223.

organizaciones sindicales más representativas a nivel nacional, o desproporcionado respecto de la cantidad y calidad del trabajo prestado;

2) la violación reiterada de la normativa sobre jornada, períodos de descanso, descanso semanal, o los permisos obligatorios y fiestas;

3) la existencia de violaciones de las normas en materia de seguridad e higiene de los lugares de trabajo;

4) el sometimiento del trabajador a condiciones de trabajo, métodos de vigilancia o alojamientos degradantes.

Constituyen agravante específica y comportan el aumento de la pena de un tercio a la mitad:

1) el hecho de que el número de trabajadores reclutados sea superior a tres;

2) el hecho de que uno o más de los sujetos reclutados sea menor de la edad laboral;

3) haber cometido el hecho exponiendo a los trabajadores explotados a situaciones de grave peligro, teniendo en cuenta todas las características de las prestaciones a desarrollar y las condiciones de trabajo».

En síntesis, por lo tanto, se castiga a los sujetos que reclutan y utilizan trabajadores sometiéndoles a condiciones de explotación laboral y aprovechándose de su estado de necesidad. El artículo, como ya se dijo, ofrece luego una casuística de los indicios de explotación.

Cuando los trabajadores migrantes irregulares explotados colaboren con las autoridades y presenten denuncia, podrán sin más beneficiarse del permiso especial de estancia por motivos humanitarios a que se refiere el artículo 22, apartado 12. quater (*supra*).

En fin, en caso de gravísima explotación laboral, que ocurre cuando un sujeto *«ejercita sobre una persona poderes equivalentes a los del derecho de propiedad, o cuando reduce o mantiene a una persona en estado de sujeción continuada, constriñéndola a prestaciones laborales o sexuales, o a la mendicidad o al desarrollo de actividades ilícitas (...)»*, cuando la conducta se lleve a cabo mediante *«violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, de inferioridad física o psíquica o de una situación de necesidad, o mediante la promesa o la dación de una suma de dinero o de otras ventajas para quien tiene autoridad sobre la persona»*, el ordenamiento configura la hipótesis de delito de *«reducción a la esclavitud»* (artículo 600 del Código Penal), con la previsión de penas disuasorias severísimas para los reos.

A efectos del artículo 18 T.U. Inmigración, pues, cuando en el curso de investigaciones policiales o de acciones asistenciales surjan situaciones de violencia o grave explotación conectadas al ejercicio de actividades criminales de

carácter asociativo, y subsistan peligros concretos para la indemnidad del extranjero, la autoridad gubernativa, también a propuesta del Procurador de la República, con el informe de la propia autoridad, otorga un permiso especial de estancia que permita al extranjero sustraerse a la violencia y a los condicionamientos de la organización criminal. Resulta importante subrayar que este permiso especial de estancia, expedido «por motivos humanitarios» (con una duración de 6 meses, renovable por un año) puede convertirse, cuando acabe, en un permiso de estancia por motivos de estudio o trabajo y, a diferencia del permiso *ex* artículo 22 T.U. Inmigración, el mismo permite a los inmigrantes denunciantes su inserción en un programa de asistencia e integración social⁶², proyectando así la protección de la víctima también en la dimensión social y de desarrollo personal.

En realidad, el permiso *ex* artículo 18 debería expedirse tanto a las víctimas de los delitos a que se refiere el artículo 603.bis del Código Penal («*caporalato*»), cuando la explotación la lleve a cabo una asociación de carácter criminal, como a las víctimas del delito gravísimo a que se refiere el artículo 600 del Código Penal.

Hay que tener en cuenta, como ya se indicó, que Italia no ha transpuesto la parte de la normativa europea relativa a las obligaciones de información por parte de las autoridades de inspección o de vigilancia en relación con los derechos ejercitables por los migrantes. En principio, cuando durante las diversas actividades inspectoras, o de investigación de la policía, emergen trabajadores extranjeros con estancia irregular, los funcionarios de policía y de los órganos de inspección *deberían* estar en posición de «identificar» (antes de proceder a una eventual expulsión o alejamiento coactivo) eventuales víctimas de explotación grave, en cuanto que sujetos a proteger, señaladamente en el ámbito de un futuro procedimiento penal. En segundo lugar, *deberían* avisar a estos últimos acerca de la posibilidad de colaborar con las autoridades (y consecuentemente, denunciar la situación de irregularidad y explotación), posibilidad que está garantizada por el otorgamiento de un permiso por motivos humanitarios *ex* artículo 18 T.U. Inmigración o *ex* artículo 22, apartado 12.º quater, T.U. Inmigración. Ahora bien, dadas las lagunas y las prácticas insuficientes, en la situación actual subsiste una elevada probabilidad de que los extranjeros con estancia irregular —comprendidas las víctimas de explotación grave— puedan ser sometidos al procedimiento de repatriación sin, al menos, recibir las oportunas informaciones sobre los derechos ejercitables, y sin ser puestos en condiciones de recibir la ayuda indispensable a tal fin⁶³.

⁶² Había sido bienvenido para Calafà, *op. cit.* 2012, p. 201, insertar el permiso previsto por la Directiva directamente en el cuerpo del artículo 18 del T.U., por razón de la finalidad conectada a la integración social de dicho permiso.

⁶³ Paggi, *op. cit.*, p. 103.

2. Protección de los derechos (laborales y de seguridad social) de los trabajadores migrantes irregulares derivados de la relación laboral

Después de haber examinado las medidas sancionadoras frente a la ocupación de extranjeros que se encuentran en situación irregular, debemos interrogarnos sobre cuáles sean los derechos que corresponden a los migrantes, a la luz de la relación laboral que *usualmente ha tenido lugar* entre empleador y trabajador.

La normativa europea, con la ya varias veces mencionada Directiva 52/2009, reconoce que por cada violación de la prohibición a que se refiere el artículo 3⁶⁴, los Estados miembros deben garantizar que el empleador sea responsable del pago de la retribución devengada (según los parámetros establecidos para el salario mínimo por la ley o la negociación colectiva), de las cotizaciones de seguridad social y de los costes de transferir dichas sumas al país al que ha retornado el ciudadano irregular [artículo 6, apartado 1, letras a), b), c)]. Se presume la existencia de un contrato de al menos 3 meses, salvo prueba en contrario (artículo 6, apartado 3).

Del mismo modo, también la normativa de la OIT (artículo 9 del Convenio de la OIT núm. 143 de 1975, ratificado por Italia con la Ley núm. 158 de 1981) prevé que debe garantizárseles a los trabajadores migrantes en condiciones de irregularidad «*paridad de trato en lo que respecta a los derechos derivados de empleos anteriores, en forma de retribuciones, de seguridad social y de otras facilidades*».

En aplicación de la normativa europea, con el ya mencionado Decreto núm. 109 de 2012, el legislador italiano ha previsto expresamente en el artículo 3 que «*con la finalidad de determinar el trato retributivo, contributivo y fiscal a otorgar al extranjero (se) introduce una presunción relativa a la duración de la relación, igual al menos a tres meses*», reconociendo explícitamente de ese modo la titularidad por el migrante de tales derechos.

Es preciso recordar que la jurisprudencia italiana ha reconocido pacíficamente desde siempre (también en el período anterior al Decreto de 2012) el derecho del extranjero a conseguir las sumas esperadas, ligadas a la relación laboral, recurriendo a la aplicación del artículo 2126 del Código Civil⁶⁵. Según

⁶⁴ En relación con la prohibición de contratación de ciudadanos extra UE cuya estancia sea irregular, *supra*.

⁶⁵ Para un reconocimiento de la aplicación jurisprudencial del artículo 2126 del Código Civil, en relación con el contrato estipulado por el extranjero que haya entrado irregularmente en el país, De Mozzì, B., «*L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*», en Brollo, M., Cester, C., Menghini, L. (a cargo de), «*Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*», Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2016, pp. 431-433. Cfr., además, Chiaromonte, *op. cit.*, pp. 197-200.

dicha norma, en su apartado primero, «*la nulidad del contrato no produce efectos durante el período en que haya ocurrido la prestación, salvo que esta última no derive de nulidad de la causa o del objeto*». Para la Casación, la ilicitud de la causa o del objeto se produce sólo cuando la norma violada sea contraria a los «*principios de orden público*»⁶⁶. Según dicho parecer, la violación de las normas relativas a la contratación no produce nulidad ni de la causa ni del objeto (dado que la violación de dichas normas no tiene efecto sobre el contenido objetivo de la actividad laboral), sino mera ilicitud por violación de normas legales imperativas⁶⁷. De acuerdo con este principio, se ha reconocido pacíficamente el derecho a la retribución del extranjero. Se añade, dado que la obligación de cotización es una consecuencia automática de la obligación retributiva, que de ello se sigue que el trabajador extracomunitario tiene derecho sin más «*al reconocimiento a efectos de seguridad social de la actividad desarrollada*»⁶⁸. Por aplicación del mismo principio, se han reconocido pacíficamente, además, el tratamiento de extinción del contrato, todas las demás cantidades derivadas del convenio colectivo nacional de trabajo aplicable, así como la indemnización INAIL por accidente de trabajo⁶⁹. Además, el extranjero puede beneficiarse de la normativa laboral en relación con la protección de la salud y seguridad en los lugares de trabajo, que también está conectada con la mera prestación de hecho de una actividad laboral⁷⁰.

Esta interpretación parece, desde luego, en línea con el principio expresado por el artículo 2 T.U. Inmigración, según el cual a los extranjeros, con independencia de la titularidad del permiso de estancia, se les reconoce igualmente el *goce de los derechos fundamentales* previstos por las normas de Derecho interno, por los convenios internacionales y por los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos. La posibilidad de accionar en juicio para

⁶⁶ Corte de Casación (sección trabajo), núm. 3473/1987.

⁶⁷ Corte de Casación (sección trabajo), núm. 15880/2002; Corte de Casación (sección trabajo), núm. 7380/2010.

⁶⁸ Corte de Casación (sección trabajo), núm. 7380/2010 (nota de comentario de McBritton, M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, en *Rivista Giuridica del lavoro*, 3, 2010, p. 549. Corroboran tal principio las circulares del Ministerio de Trabajo núm. 2/2002 y del INPS núm. 122/03. En el mismo sentido, también Corte de Casación (sección trabajo), núm. 22559/2010.

⁶⁹ Tribunal de Monza, 9 abril 2009. Chiaromonte, *op. cit.*, p. 199. A veces, la jurisprudencia italiana ha argumentado en favor del derecho del trabajador a recibir retribuciones y emolumentos conexos, en virtud también del segundo apartado del artículo 2126 del Código Civil, según el cual «*si el trabajo se ha prestado con violación de normas existentes para la protección del trabajador, éste tiene en todo caso derecho a la retribución*». Por tanto, la nulidad derivada de la violación del artículo 22 del T.U., apartado 12, dejaría a salvo el derecho a la retribución del extranjero (Corte de Casación, núm. 7380/2010).

⁷⁰ De Mozzì, *op. cit.*, p. 433; Corte de Casación (sección trabajo), núm. 12604/1997. La jurisprudencia ha reconocido, además, al extranjero que se encuentra con estancia irregular y a las llamadas «*víctimas secundarias del daño a la persona*» (parientes, también irregularmente presentes en el territorio), el derecho al resarcimiento de los daños, patrimoniales y no patrimoniales, «*consecuencia de la lesión del derecho inviolable a la salud y, por tanto, a la integridad psicofísica*», ocurrida en Italia (Corte de Casación, sección trabajo, núm. 450/2011; Corte de Casación, sección trabajo, núm. 7120/2013).

la protección de sus propios derecho entra, desde luego, en esta categoría de derechos⁷¹.

En cuanto al reconocimiento de las prestaciones médicas, en virtud del mencionado artículo 2 del T.U., que garantiza a todos los extranjeros, *prescindiendo de su estatus*, el respeto de los derechos fundamentales del ser humano, deben asegurarse a todos los ciudadanos extranjeros los cuidados ambulatorios y hospitalarios «*urgentes*» o «*en todo caso esenciales*»⁷², «*así como duraderos por enfermedad y accidente, y extendiéndoseles los programas de medicina preventiva para la salvaguarda de la salud individual y colectiva*» (artículo 35, apartado 3, del T.U. Inmigración) «*sin costes a cargo del beneficiario*»⁷³. Sobre este tema, la circular del Ministerio de Sanidad de 23 marzo 2000 ha precisado que los cuidados médicos *urgentes* se identifican con aquellas prestaciones «*que no pueden diferirse*» sin peligro para la vida o la salud de la persona; por prestaciones *esenciales*, en cambio, se entienden aquellos cuidados relativos a patologías no peligrosas a corto plazo, pero que con el tiempo podrían determinar un mayor daño para la salud o riesgos para la vida⁷⁴. Al interpretar la Ley, dicho decreto ha establecido, además, el principio de la «*continuidad de los cuidados urgentes y esenciales, en el sentido de asegurar al enfermo el ciclo terapéutico y rehabilitador completo en relación con la posible cura del evento morboso*».

Una vez mencionados los derechos que corresponden al trabajador irregular, hay que detenerse en el grado de *efectividad* de estos derechos. El artículo 2, apartado 5, del T.U. Inmigración garantiza a todos los extranjeros plena paridad de trato con el ciudadano, en relación con la *tutela jurisdiccional* de los

⁷¹ Ferrero, M., Guariso, A., *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, en Ferrero, M., Perrocco, F. (a cargo de), *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, FrancoAngeli, Roma, 2011, p. 205.

⁷² En dicho sentido se expresa también Corte Constitucional núm. 251/2001: «*el derecho a los tratamientos sanitarios necesarios para la protección de la salud está constitucionalmente condicionado por las exigencias de equilibrio con otros intereses constitucionalmente protegidos, sin perjuicio de la garantía de un núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana, el cual impone impedir la constitución de situaciones privadas de protección, que puedan en el caso concreto perjudicar la puesta en práctica de aquel derecho. Este núcleo irreductible de protección de la salud en cuanto que derecho fundamental de la persona debe, por tanto, reconocerse también a los extranjeros, cualquiera que sea su posición respecto a las normas que regulan la entrada y la estancia en el Estado, pero pudiendo el legislador prever diversas modalidades de ejercicio del mismo*».

⁷³ Según el mismo artículo, deben garantizarse en concreto: la protección social del embarazo y de la maternidad, con paridad de trato con las ciudadanas italianas; la protección de la salud del menor, en cumplimiento del Convenio sobre derechos del niño de 20 noviembre 1989, ratificado y puesto en práctica por la Ley núm. 176, de 27 mayo 1991; las vacunaciones, según la normativa y en el ámbito de intervención de campañas de prevención colectiva autorizadas por las regiones; las intervenciones de profilaxis internacional; la profilaxis, el diagnóstico y la cura de enfermedades infecciosas y eventualmente saneamiento de los focos respectivos.

⁷⁴ Complicaciones, cronificaciones, agravamientos.

derechos y de los intereses legítimos. Esto significa que el extranjero podrá acudir legítimamente a la autoridad judicial italiana para obtener una sentencia ejecutiva frente al empresario, para recuperar las retribuciones o las diferencias salariales causadas, así como las cotizaciones sociales⁷⁵, y cualquier otra suma debida en razón de la prestación realizada.

Recordemos (*supra*, apartado 3-4) que el legislador nacional no ha transpuesto al propio ordenamiento interno el artículo 6, apartado 2, de la Directiva, allí donde se prevé de modo inequívoco la obligación de informar «sistemáticamente y objetivamente a los ciudadanos de países terceros acerca de sus derechos a que se refiere el presente apartado del artículo 13, antes de la ejecución de cualquier decisión de repatriación»⁷⁶. La obligación de información antes de la ejecución de la repatriación resulta lógicamente de extrema importancia, en cuanto que presupuesto de accionar en juicio para recuperar las cantidades debidas. Por lo tanto, la protección de los derechos parece muy débil y vacía de contenido, dado que es altamente probable que los extranjeros destinatarios del procedimiento de expulsión no sean concretamente puestos en condiciones útiles para el ejercicio de sus derechos.

A ello se añade que la aproximación sancionadora del ordenamiento, en relación con la inmigración clandestina (delito de clandestinidad, artículo 10.bis del T.U.) convierte a estos sujetos en particularmente vulnerables y razonablemente poco inclinados a optar por la protección de sus derechos.

3. Breves reflexiones conclusivas

Los decepcionantes datos relativos al fenómeno del trabajo de la inmigración irregular en Italia (elevado número de trabajadores irregulares, difusión microscópica del «*caporalato*», muertes de braceros en los «guetos» del «*caporalato*», escaso número de procedimientos tramitados, ausencia casi absoluta de denuncias por parte de las víctimas a la autoridad judicial) pintan un cuadro muy crítico, poniendo en evidencia que la mera «aproximación sancionatoria» no puede

⁷⁵ Por lo que respecta a la recuperación de las cotizaciones, hay que tener en cuenta que el artículo 22, apartado 13, del T.U. Inmigración, recientemente modificado, prevé que «*en caso de repatriación, el trabajador extracomunitario conserva los derechos de previsión y de seguridad social causados y puede disfrutar de ellos (...) al producirse el cumplimiento de los requisitos previstos por la normativa vigente, cuando cumpla los sesenta y cinco años de edad, incluso sin que se le exija el requisito de cotización mínimo previsto por el artículo 1, apartado 20, de la Ley núm. 335, de 8 agosto 1995*». Por tanto, no será posible la recuperación inmediata de las cantidades pagadas en concepto de seguridad social.

⁷⁶ Ciertamente, el artículo 1, apartado 3, del Decreto de transposición de 2012 preveía un posterior decreto de naturaleza no reglamentaria, para concretar las «*modalidades y los términos para garantizar a los ciudadanos extranjeros interesados todas las informaciones necesarias para la protección de sus derechos*». Dicho decreto no ha sido todavía emanado. De Mozzi, *op. cit.*, p. 446.

revelarse suficiente para atacar una praxis largamente difundida, en un contexto en el que, como ya se ha argumentado, el acceso a la justicia resulta fuertemente desincentivado⁷⁷.

Algunos autores sugieren, paradójicamente, que la política restrictiva de las cuotas, dirigida a regular el acceso y la permanencia de los migrantes en nuestro país (*supra*), sea una de las posibles causas del creciente fenómeno del trabajo sumergido en Italia⁷⁸. De un lado, el procedimiento administrativo orientado al acceso regular parece extremadamente largo y complejo (en particular, por lo que se refiere al trabajo estacional). Añádase que las cuotas establecidas por el Gobierno para otorgar visados de entrada por motivos laborales son, con mucho, inferiores a las demandas presentadas para la expedición de los documentos orientados a la contratación regular de extranjeros. Una estimación de 2012⁷⁹ hipotiza que de cada 100 demandas presentadas sólo 11 han culminado todo el procedimiento hasta la obtención del permiso de estancia. Es razonable hipotizar que los trabajadores que no han podido suscribir el contrato de estancia para el trabajo subordinado con obtención del permiso de estancia en los términos legales, *podrían* continuar trabajando en la economía informal (por lo demás, muy presente ya en el territorio del Estado)⁸⁰. También el elevado número de la denominada «regularización» (también llamados de *emersion del negro*) —sólo 8 de 86 a día de hoy— es un síntoma patente de cómo el actual sistema no está propiamente en línea con las exigencias del mercado⁸¹.

Por lo tanto, cabría conjeturar que debe rediseñarse el sistema de entrada, con la finalidad de que los procedimientos sean más rápidos y simples, y de que la

⁷⁷ Calafà, 2017, *op. cit.*, p. 80-82.

⁷⁸ Las cuotas serían escasas, incluso, en sustancia, para alimentar el trabajo irregular. McBritton, M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, en *Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari: Cacucci, 2015, p. 593. Ascende únicamente a 30.850 unidades la cuota máxima de trabajadores subordinados, estacionales y no estacionales, así como de trabajadores autónomos, que puede entrar en nuestro país, según el decreto de flujos de 2018, publicado en el *Boletín Oficial* de 16 enero 2018, *Residenti e irregolari (...)*, cit.

⁷⁹ Basada en los datos del Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 30 noviembre 2010. Las demandas presentadas de contratación de trabajadores y trabajadoras extra UE eran igual a 430.258. Sin embargo, solamente 48.978 derivaban de contratos de estancia suscritos y de solicitudes de permiso de estancia. Calafà, 2012, *op. cit.*, p. 161.

⁸⁰ En la práctica, en efecto, sucede que los denominados decretos de flujos se utilizan para contratar trabajadores ya presentes en territorio italiano de manera irregular, de forma que los empleadores presentan la solicitud de permiso de estancia como si los ciudadanos extra UE se encontrasen en su país de origen (procedimiento comúnmente llamado de «regularización impropia»)⁸⁰.

⁸¹ Los procedimientos de emersión del trabajo sumergidos se leen desde siempre por la doctrina socio-económica como un claro índice de total ineficacia de las políticas nacionales en materia de inmigración. Calafà, *op. cit.*, 2012, p. 186. Para profundizar en la secuencia diacrónica de los diversos procedimientos de emersión que se han sucedido en los años, y en las razones de oportunidad política detrás de tales opciones, cfr. Calafà, *ibidem*, pp. 186-194.

demanda y la oferta puedan encontrarse más realísticamente, en línea con las exigencias reales de la economía.

Parece conjeturable, pues, que las intervenciones de *policy* se coloquen en una lógica de sistema, buscando salirse de la mera aproximación sancionadora, caminando para prevenir el fenómeno directamente, en el complejo sistema productivo que sirve de sustrato a fenómenos de explotación laboral e ilegalidad. Por ejemplo, como se ha sugerido por algunos autores⁸², podría buscarse combinar mecanismos sancionadores con mecanismos premiales incentivantes, que estimulen a las empresas a colocarse en la legalidad, respetando los derechos de los trabajadores. De este modo, la conducta lícita se convierte en conveniente, y el efecto distorsionante de la competencia se desequilibra⁸³.

También la perspectiva de la CSR (*Corporate Social Responsibility*) puede valorizarse en el ámbito de la lucha «transversal» contra la explotación del trabajo irregular de los migrantes, responsabilizando así al consumidor de un consumo crítico y sostenible, que premie las cadenas productivas sostenibles y éticamente orientadas⁸⁴. Y es oportuno, en tal sentido, que la legalidad de las cadenas se garantice por un sistema de *labelling* objetivo y hetero-controlado, para garantizar así la máxima transparencia de información al consumidor final⁸⁵.

En fin, se revela esencial convertir en efectiva la protección de los derechos sociales de los migrantes irregulares, proporcionándoles un apoyo constante, señaladamente por medio de una mejor coordinación entre los diversos actores implicados, saliéndose así de la mera lógica represiva y de emergencia, propia de las recientes políticas en materia de inmigración.

BIBLIOGRAFIA

⁸² Pinto, V., *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, en *Rivista di diritto agrario*, 3, 2014, p. 360; De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.*, pp. 320 ss.

⁸³ En esta óptica, se mueven las normativas regionales que subordinan el acceso a la concesión por parte de las regiones al respeto de los denominados índices de conveniencia, entre los cuales destaca, por ejemplo, la Ley regional de Puglia núm. 28 de 2006, desarrollada por Decisión de la Junta Regional núm. 2506, nunca aplicada por causa de la oposición de las asociaciones patronales. Cfr. Pinto, *op. cit.*, p. 360; De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.*, p. 320.

⁸⁴ Particularmente útil en el sector agrícola, donde «no se está frente a un comportamiento afectante a un número restringido de empleadores que pueda ser eficazmente contrarrestado, en el plano individual, con el dispositivo tradicional control/sanción», sino ante «un comportamiento masivo y un factor estructural de los actuales asentamientos productivos». Pinto, V., *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, en *Rivista Giuridica Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 2012, p. 304.

⁸⁵ De Martino, Lozito, Schiuma, *op. cit.*, p. 324.

— Bonetti, P., *La parità di trattamento tra stranieri e cittadini sul collocamento obbligatorio degli invalidi: quando la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. Cost.* 1998.

— Calafà, L., *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, Il Mulino, Bologna, 2012.

— Calafà, L., *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, *Lavoro e diritto*, 1, 2017.

— Carli, A., Gagliardi A., *Residenti e irregolari: ecco la mappa dei migranti in Italia. Un detenuto su tre è straniero*, estratto da *Il Sole 24 ore*, ed. on line del 5 febbraio 2018, <<http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-02-05/migranti-54-milioni-residenti-e-500mila-irregolari-detenuto-tre-e-straniero-150359.shtml?uud=AEQYWfuD>>.

— Chiaromonte, W., *Lavoro e diritti sociali degli stranieri*, Giappichelli, Torino, 2013.

— Curigliano, V., Brinis, V., *Asilo, accoglienza, immigrazione a che punto è l'Italia, I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 1, 2016.

— Daugareilh, I., *La pénalisation du travail irrégulier en droit européen*, in Dubin L. *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

— De Martino, C., Lozito, M., Schiuma, D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e Diritto*, 2, 2016.

— De Mozzi, B., «*L'impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*», in Marina Brolo, Carlo Cester, Luigi Menghini (a cura di), «*Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*», Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2016.

— De Rubeis, A., *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017.

— Di Martino, A., *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione troppo scontata*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2, 2015.

— Ferrero, M., Guariso, A., *Dal diritto penale speciale alla tutela civile contro le discriminazioni razziali*, in Ferrero, M., Perrocco, F. (a cargo de) *Razzismo al lavoro. Il sistema della discriminazione sul lavoro, la cornice giuridica e gli strumenti di tutela*, FrancoAngeli, Roma, 2011.

- Flai-CGIL, Fondazione Placido Rizzotto Rapporto «*Agromafie e caporalato*», 2016, <http://www.flai.it/osservatoriopr/>.
- Fundación Ismu, *Ventitreesimo Rapporto sulle migrazioni 2017*, FrancoAngeli, Milano, 2017.
- Fundación Leone Moressa, «Il tesoro sommerso dell'immigrazione», 20 ottobre 2016, <http://www.fondazioneleonemoressa.org/2016/10/20/il-tesoro-sommerso-dellimmigrazione/>.
- Lenius, *Il sistema di accoglienza dei migranti in Italia, spiegato per bene*, <https://www.lenius.it/sistema-di-accoglienza-dei-migranti-in-italia/>.
- McBritton, M., *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, en *Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza Sociale*, 3, 2010.
- McBritton, M., *Lavoro degli immigrati e lavoro sommerso: l'inadeguatezza della normativa*, en *Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari: Cacucci, 2015.
- McBritton, M., *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Cacucci, Bari, 2017.
- Montanari, A., *Stranieri extracomunitari e lavoro*, Cedam, Padova, 2010.
- OIT, *Il lavoro forzato e la tratta di esseri umani. Manuale per gli Ispettori del Lavoro*, Dipartimento per le Pari Opportunità, Roma 2010.
- Paggi, M., *La tutela degli immigrati irregolari vittime di grave sfruttamento in ambito lavorativo: un percorso ad ostacoli per l'effettivo recepimento della direttiva 52/2009*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2012.
- Penasa, S., *L'accoglienza dei richiedenti asilo: sistema unico o mondi paralleli?*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017.
- Pinto, V., *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, en *Rivista Giuridica Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 2012.
- Pinto, V., *Indici di congruità e contrasto al lavoro irregolare in agricoltura*, en *Rivista di diritto agrario*, 3, 2014.
- Polchi, V., «*Gli immigrati che lavorano senza tutele: un "tesoro sommerso" da 12,7 miliardi*», extraído de Reppublica.It <http://www.repubblica.it/economia/2016/10/21/news/il_tesoro_nero_degli_immig

[rati senza tutele vale 12.7 miliardi-150170139/?ref=HREC1-18>](#), 26 ottobre 2016.

— Pugliese, E., *Indagine sul lavoro nero*, CNEL, 2010.

— Russo, M., *Qualche riflessione sul lavoro irregolare*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona». IT-339/2017.

— Sagnet, Y., Palmisano, L., *Ghetto Italia. I braccianti stranieri tra caporalato e sfruttamento*, 2015, Roma, Fandango.

— Sciarra, S., *Migranti' e 'persone' al centro di alcune pronunce della Corte Costituzionale sull'accesso a prestazioni sociali, '60 anni dopo i Trattati di Roma. I diritti ed i valori fondamentali nel dialogo tra la Corte di Giustizia e le Corti supreme italiane'*, ponencia presentada en el Consejo de Estado, 26 mayo 2017.

— Vettor, T., *Lavoro e immigrazione irregolare nel d.lgs. n. 109 del 2012*, en *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2012.

— Vettor, T., *Cittadini extra UE, Accesso al lavoro, impiego irregolare e principio paritario, (commento alla normativa - D. Lgs. 25-07-1998, n. 286)*, *Argomenti Dir. Lav.*, 2014.