

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

12

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas) 1939 (núm. 64)

María del Ángel IGLESIAS VÁZQUEZ*

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer una serie de observaciones y comentarios acerca de uno de los instrumentos que constituyen el llamado *Native Labour Code*, tres convenios dirigidos expresamente a mejorar las condiciones de vida laboral de los indígenas que si bien no en condiciones de esclavitud, el trabajo a que estaban obligados podía calificarse de forzado. Con sus carencias, este Convenio 64 tiene el mérito de ser el primer texto que incluye una definición de contrato de trabajo y establece unas garantías o derechos (asimismo, obligaciones) a respetar por el empleador. La época en la que está redactado y posteriormente aprobado, hace del mismo un texto histórico que merece ser tenido en consideración, en especial desde el punto de vista de los derechos de las Comunidades Indígenas. Con este Convenio, comprobamos, una vez más, que la OIT se muestra como un organismo clave en el largo camino hacia la consecución del reconocimiento de derechos fundamentales de estas comunidades.

Palabras clave: Contrato de trabajo, trabajadores indígenas, transferencia de trabajadores.

SUMARIO: 1. Antecedentes y gestación del Convenio. 1.1. Principales cuestiones planteadas previamente. 2. Los Comentarios al anteproyecto del Convenio. 3. Recomendación complementaria. 4. El texto final del Convenio. 4.1. Las definiciones. 4.2. Ámbito de aplicación. 4.3. Garantías contractuales. 4.4. La cuestión del menor. 4.5. La duración del contrato. 5. Recomendaciones. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

* Profa. Dra., UNIR, Universidad Internacional de La Rioja.

Contracts of Employment (Indigenous Workers) Convention 1939 (No. 64)

ABSTRACT: This paper aims to offer a certain number of commentaries and explanations about one of the instruments that constitute the so-called Native Labour Code: three conventions expressly aimed at improving the working conditions of indigenous people who, although not in conditions of slavery, the work to which they were obliged, could be described as forced. With its shortcomings, this Convention 64 has the merit of being the first text that includes a definition of an employment contract and establishes guarantees or rights (as well as obligations) to be respected by the employer. The time in which it was drafted and subsequently approved makes it a historic text that deserves to be taken into consideration, especially from the point of view of the rights of Indigenous Communities. With this Convention, we see, once again, that the ILO is shown to be a key body on the long road to achieving the recognition of fundamental rights of these communities.

Key Words: Contracts of employment, indigenous workers, worker transferences.

1. Antecedentes y gestación del Convenio

Ya se dijo en el comentario al Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (n. 50), la Organización Internacional del Trabajo, desde comienzos de la década de los veinte del pasado siglo y en particular desde 1929 había mostrado preocupación e interés por la regulación de determinadas cuestiones que afectaban al trabajador indígena y que por su importancia se había decidido un estudio y posterior regulación separadamente¹.

En la reunión décimo novena de 1935 se estaba tratando la cuestión relativa al Reclutamiento de los Trabajos de los trabajadores indígenas y asimilados y se decidió incluir en el orden del día de la reunión (de la Conferencia) de 1937 la cuestión de los contratos. Los problemas previos que planteaba esta cuestión contractual había sido estudiada por una Comisión de Técnicos. Se trata ahora de llevar a cabo una primera discusión con el fin de poder llegar a la aprobación de un Convenio en 1939. Se gestaba así el tercer Convenio dirigido a reglamentar el trabajo indígena si bien, no fue el último².

El Convenio 64 está en principio calificado como «oriented from an employers' perspective»³, lo que no sorprende ya que hasta 1989 las comunidades indígenas no dispondrán de un texto claramente protector de los derechos que como persona debería reconocérseles. El Convenio anterior 107 también fue calificado de paternalista y así puede afirmarse que se realizó desde una perspectiva del colono. No es fácil, ni se puede pretender, que en veinte años la OIT pudiera elaborar un texto desde una visión sustentada por siglos.

A este Convenio 64 seguirá un tercer Convenio relativo a sanciones penales cuyo conjunto, siguiendo a Tomasselli, constituye, junto al Convenio 54, el *Native Labour Code*⁴.

Por lo que respecta al que ahora nos ocupa, fue aprobado en la 25ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo el día 27 de junio de 1939 si bien su entrada en vigor fue la del 8 de junio de 1948. Fue

¹ Así, las Resoluciones de 1929, 1932 y 1935 correspondientes a las reuniones 12ª, 16ª y 19ª.

² Sanciones Penales, 107 y 169.

³ C. ROY, M. KAYE, *The International Labour Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples*, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International, 2002, p. 19.

⁴ A. TOMASSELLI, *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation: International, Nomos*, 2015, p. 40; L. SWEPSTON, *Development of the ILO Conventions*, en AA.VV. (eds.), *Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application. Book in Honor of Ashjorn Eide at Eighty*, Gáldu, IWGIA, 2015, p. 227.

derogado el día 5 de junio de 2018 en la Conferencia General habida en esa fecha y en la que junto al mismo, lo fueron cinco más⁵. Había sido ratificado por treinta y un estados. Puede concluirse de ello, quizás, que tuvo una buena aceptación.

Como señala el *Informe II* de 1938⁶ «la aceleración del ritmo de explotación de los territorios coloniales» había traído como consecuencia la necesidad de más mano de obra. Las principales actividades llevadas a cabo por los colonos, como las plantaciones o la explotación de minas requería, por su propia naturaleza retener de alguna forma al empleado para lo que el contrato a largo plazo parecía devenir en la forma más segura. La escasez de trabajadores indígenas o asimilados era un hecho evidente y el contrato podría ofrecer un incentivo a aquéllos. No puede dejarse de lado el hecho de que razones económicas y comerciales empujaron a que muchos europeos buscaran otros mercados.

Los trabajos del Instituto colonial de 1897, 1899 y en especial de 1912 habían tratado la cuestión contractual aunque con un campo de aplicación limitado⁷. Este mismo *Informe* recuerda que se habían llegado a proclamar una serie de principios⁸ e incluso un proyecto de reglamentación⁹. Janssen había presentado unas conclusiones en la reunión de 1912 que bien podían haberse incorporado a algún Convenio si bien a falta de ello, aún la cuestión contractual de los trabajadores indígenas quedaba sin cobertura convencional.

Cuestión a tener en cuenta es el periodo de la historia en que este Convenio entra en vigor. El estallido de la segunda guerra mundial no tuvo como escenario las colonias, pero las metrópolis estaban sumidas en el gran conflicto por lo que la atención no se hallaba puesta en la marcha de los Convenios de 1939. Existe amplia literatura que muestra la participación de indígenas llevados lejos de sus tierras ya desde la primera conflagración bélica mundial para participar en un conflicto que realmente les era un tanto ajeno. Ello bajo la promesa de ciertos beneficios materiales, como pensiones¹⁰ o de obtención de nacionalidad que, en más

⁵ 107ª Reunión. Vid. ILO, *Abrogation of Convention 64*, en www.ilo.org.

⁶ Vid. OIT, *Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 24ª Reunión, 1938 (extracto), p. 2.

⁷ Se referían a los trabajadores migrantes.

⁸ Vid. en pie de p. 1 del *Informe*: «todo contrato que prevea más de tres meses de servicio deberá ser extendido por escrito; la duración de la validez de un contrato no podrá exceder de tres años; el empleador está obligado a asegurar al trabajador asistencia médica y a repatriarle a la expiración del contrato».

⁹ Vid. *Informe*, pp. 3 y 4.

¹⁰ L.J. GREENSTEIN, *The Impact of Military Service in World War I on Africans: the Nandi of Kenya*, en *The Journal of Modern African Studies*, 1978, vol. 16, n. 3, pp. 495-507; R.S.

ocasiones de las deseadas, fueron incumplidas.

1.1. Principales cuestiones planteadas previamente

Existían diversos temas sobre los que, ante la duda de la aplicación de esta reglamentación internacional y las diferentes posiciones al respecto, se hacía preciso efectuar las oportunas consultas en forma de preguntas a los estados. Así, un primer grupo de cuestiones se aglutinarían en torno a las respuestas a las siguientes preguntas:

- 1) determinación de la clase de contrato a los fines del Convenio y en particular la de si el ámbito de aplicación quedaría limitada a los trabajadores manuales;
- 2) la relativa a la contraprestación por trabajo, dadas las diferencias en los ordenamientos jurídicos de los estados y las diferentes formas contractuales;
- 3) si igualmente se aplicarían a los contratos celebrados entre empleador indígena y trabajador indígena;
- 4) si eran susceptibles de inclusión los concluidos por subcontratistas o subempleados;
- 5) la utilidad o no de insertar una definición de contrato de trabajo, cuestión ésta que quedó resuelta en forma de su “inutilidad”.

En un segundo grupo se debería consultar con los gobiernos de los estados la cuestión relativa a la obligatoriedad o no de que el contrato quedara plasmado por escrito y si ello dependería de la duración contractual (y en ese caso, qué duración sería la estimada para suponer que el contrato es a largo plazo¹¹) o cuando las condiciones laborales traen consigo «derogaciones notables de las disposiciones habituales en la región de empleo para un trabajo análogo»¹².

Una tercera cuestión a discutir con los estados era la relativa al contenido del contrato, a los elementos esenciales del mismo y en este caso se planteaba la cuestión de incluir determinadas cuestiones en el Convenio (internacional), las más básicas, opción ésta que sorprendentemente es por la que la Comisión de peritos se inclinaba con el añadido de ofrecer al

SHEFFIELD, N. RISEMAN, *Indigenous Peoples and the Second World War. The Politics, Experiences and Legacies of War in the US, Canada, Australia and New Zealand*, Cambridge University Press, 2018.

¹¹ A este respecto surgía el problema de que su celebración por duración de un mes se hacía prácticamente imposible debido a la distancia entre el lugar de habitación y el de trabajo.

¹² *Vid.* el *Informe*, p. 12.

indígena información bastante sobre los temas no incluidos y dejados a la suerte de las legislaciones nacionales.

En cuarto lugar, la necesidad de establecer un mecanismo de vigilancia administrativa del contrato y sus modalidades y en este punto la cuestión de la libertad respecto de otro trato anterior que el trabajador tuviera y que pudiera aún vincularle, la de la no coacción, la de su consentimiento limpio, se erigía como tema a someter a la Conferencia a fin de integrarse en las preguntas a efectuar a los gobiernos. Junto a ello, la comprobación de la forma y contenido del contrato y la debida comprensión por parte del trabajador. Relacionada con esta cuestión aparece la recomendación de la Comisión sobre la conveniencia de la entrega al trabajador de una copia del contrato o “documento equivalente”, ello, con independencia de que como el trabajador «contrata individualmente con el empleador, lo mismo si se entrega a cada uno un documento separado que si se extiende un solo documento para todo el grupo». En cualquier caso, se dejó la cuestión a la oportuna consulta a los gobiernos, como hemos señalado.

En quinto lugar, la obligatoriedad de las visitas médicas antes de la celebración del contrato con carácter general o sólo en determinadas circunstancias (por ejemplo, quedarían fuera los trabajos agrícolas a llevar a cabo cerca del “hogar contratado”).

Respecto a la cuestión relativa al trabajo de mujeres, adolescentes y niños, sorprende aquí que, de un lado se considere junto a la diversidad en las legislaciones nacionales, la cuestión de la igualdad, junto con la frialdad que supone alegar que una forma de resolver la escasez de trabajadores nativos dado el “ritmo acelerado de mano de obra” es la de animar a que el hombre se trasladase acompañado de la familia, autorizándose así el trabajo de ésta¹³.

Otras cuestiones debatidas y a someter fueron la de la duración del contrato, sobre lo que la Comisión de peritos tan sólo enunció el principio de que «La legislación debería fijar la duración máxima de servicio que pueda ser estipulada en los contratos de trabajo. Esta duración debería ser lo más corta posible» señalando la conveniencia en especial de tal duración máxima en determinados supuestos que después señalaremos. Esta cuestión se elevaría así a la consulta de los gobiernos.

Otro de los temas a resolver (y preguntar a los gobiernos) era el de la posibilidad de transferencia de contratos entre empleadores, rescisión del contrato, repatriación, renovación y sanciones penales cuestión sobre la que ya se vislumbra la atenuación, aunque no la supresión de las mismas¹⁴.

¹³ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴ En caso de incumplimiento por parte del trabajador indígena, la imposición de

A estas cuestiones se añadiría con posterioridad la surgida con los «contratos (que) se hayan celebrado en un territorio y que deban ser empleados en otro que esté sometido a otra administración» que después veremos.

Las cuestiones señaladas en este apartado se recogieron en un *Grey Report* junto a «la exposición de la legislación y de la práctica en los diferentes territorios interesados, con el texto de los principios sobre los contratos de trabajo extendidos por escrito que había adoptado la Comisión de peritos en materia de trabajo indígena»¹⁵ y junto al Cuestionario pertinente.

2. Los Comentarios al anteproyecto del Convenio

En la vigésimo quinta reunión de la OIT de 1939 se presentó como Segunda cuestión del día un comentario al anteproyecto del Convenio objeto de este comentario¹⁶. Las cuestiones antes mencionadas fueron enviadas a los gobiernos habiendo respondido veintiún estados¹⁷.

Una observación importante es la de que, aún sin definir indígena, ya refiere a la etimología del término. Ello, cuando para referirse a los sujetos a quienes va dirigido el Convenio, los trabajadores, incluye tanto al autóctono como al que constituya población inmigrada que goza del mismo estatus al efecto.

Por lo que se refiere a empleador, el término engloba «a todos los empleadores particulares, ya sean europeos, indígenas o de otra raza no indígena»¹⁸. Si comprende o no a los empleados por la administración, la Conferencia será quien haya de resolver el problema de su aplicación al mismo. En cuanto a qué deba entenderse por disposiciones legales, incluiría la aplicable al territorio de que se trate (internacional o nacional). Importante nos parece la definición de “contrato” pues, aunque en el

sanciones de tipo penal era cuestión generalizada. El Convenio de 65 de 1939 trataría esta cuestión.

¹⁵ Cfr. OIT, *Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 25ª Reunión, 1939, p. 3.

¹⁶ Igualmente se realizó respecto del Anteproyecto de Convenio relativo a las sanciones penales por incumplimiento del contrato por parte del trabajador indígena y del Proyecto de Recomendación relativa a la inspección del trabajo de los trabajadores indígenas.

¹⁷ Estos son los de Canadá (Provincias de Alberta, de Manitoba y de Ontario), Cuba, Dinamarca, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, India, Irak, Irlanda, Letonia. Lituania, Nueva Zelanda, Países Bajos, Siam, Suecia, Suiza, Turquía y Unión Sudafricana.

¹⁸ *Informe*, p. 8.

artículo 1 no especifique concepto como tal, la referencia a la posterior estipulación (artículo 3) ya nos provee de lo que parece constituir la primera definición en lo que constituyen las normas de trabajo.

La cuestión relativa a la contraprestación por trabajo, a tenor de lo que se desprende del documento, puede ser tanto en salario como en especie.

Quedan fuera de la aplicación del Convenio los contratos de aprendizaje.

La obligatoriedad de su plasmación por escrito¹⁹ so pena de poder exigir reclamación por daños y perjuicios o su ejecución, se produciría cuando «cuando la duración del contrato alcanza o excede de seis meses o de un número de días de trabajo equivalentes a seis meses, y [...] cuando las condiciones de trabajo estipuladas en el contrato implican derogaciones de importancia a las disposiciones habituales en la región del empleo para un trabajo análogo»²⁰.

Llama la atención la importancia dada al contenido del contrato – como antes hemos dejado señalado – pues lo que se dispone en este anteproyecto gira en torno a que en el mismo figuren cuantas disposiciones sean necesarias a fin de fijar con claridad y precisión los derechos y deberes de las partes contratante.

Los contratos habrían de ser verificados mediante la recepción de un visado de un funcionario de la administración que resultare responsable.

De ahí que el apartado 2 oriente señalando las cuestiones que deben ser objeto de comprobación para visar aquél que además ha de ser registrado.

Con respecto al reconocimiento médico, después de recibidas las observaciones de los gobiernos, la OIT decidió: «de hemos añadido una limitación sugerida por una de las respuestas, que trata de subordinar la dispensa del reconocimiento médico a la condición de que la autoridad competente se haya convencido de que el trabajo a ejecutar, en las empresas de carácter no agrícola situadas en las cercanías del hogar del trabajador, no presenta un carácter peligroso ni es de naturaleza que pueda perjudicar a la salud de los trabajadores».

El problema de los menores se deja a la suerte de las legislaciones nacionales lo que supone una garantía de trato no discriminatorio para el trabajador indígena o asimilado, pero, de otra parte, lo que no puede esconderse tras ello, es la disparidad de los ordenamientos jurídicos respecto de la cuestión y el riesgo que ello conlleva. Sin duda, hubiera sido mucho más beneficioso establecer un límite medio determinado.

¹⁹ Excepción hecha de cuando no ha habido negligencia u omisión consciente por parte del empleador. En cualquier caso, simplemente el contrato no obliga al trabajador, sin más consecuencias para el empleador. Además, es ilegal considerar que el contrato obligue a la familia del trabajador (*ex art. 4*).

²⁰ *Informe*, p. 9.

También se deja a la legislación nacional la cuestión relativa a la duración máxima de los contratos.

Sin duda un acierto del convenio es la necesidad de que el trabajador preste su consentimiento cuando va a ser trasladado de empleador o de empresa, aunque no exista obligación de comprobar tal aceptación.

La rescisión de los contratos tendría lugar por terminación o fallecimiento del trabajador, protegiéndose derechos de las personas a su cargo. Fuera de estas condiciones normales la imposibilidad de ejecución del mismo por cualquiera de las partes, consentimiento o a requerimiento de una de las partes también pueden constituir causas de rescisión. Se añadieron, recibidas las opiniones de los estados, ciertas estipulaciones sobre derechos del trabajador en materia de reparación de accidentes o de enfermedades.

Por lo que respecta a la repatriación, ésta correría a cargo del empleador salvo que la terminación contractual se debiera a otras causas, como la propia voluntad del trabajador.

Las excepciones figuran en el artículos 13 y 14 (reproducción de las previstas en el Convenio 50).

Por insistencia de la Oficina y dada la movilidad ya existente, no ya entre empresas o empleadores, sino más allá, de territorios, la Oficina se planteó si convendría plantear algunas reglas para el reparto de las responsabilidades entre las dos administraciones interesadas, cuando un contrato se ha celebrado en un territorio y el trabajador contratante ha de ser empleado en otro. Así la cuestión “territorio de origen-territorio de empleo” conllevaba una serie de obligaciones y estipulaciones en las que el *Informe* tiene en cuenta la posibilidad de que el Convenio no estuviera en vigor en ambos territorios.

Existe una carga de reparto de responsabilidades: como norma general, al estado de origen le competían las siguientes obligaciones: visado del contrato, reconocimiento médico, comprobación de la mayoría de edad, anotación de la transferencia en el contrato, duración, condiciones de rescisión, estipulaciones sobre la repatriación y duración de servicios estipulada en todo contrato de reajuste.

En el supuesto de que no esté el Convenio en vigor a la vez en ambas partes, las obligaciones del funcionario de origen difieren lo mismo que en el supuesto de que ninguno de los dos gobiernos de los estados hubiera procedido a ratificar el Convenio.

3. Recomendación complementaria

La cuestión de la duración máxima de los contratos había sido por voluntad de los estados, dejada preferentemente a una remisión a las legislaciones nacionales, pero la Oficina consideró importante hacer alguna observación al respecto a modo de indicación «tanto sobre los criterios que deberían servir para determinar la duración máxima de los contratos, como sobre las duraciones máximas que deberían ser adoptadas»²¹. Esta es una cuestión que según se desprende de los *travaux préparatoires* era de máximo interés para los gobiernos de los estados. De hecho, se realizó – como seguidamente veremos – una Recomendación al respecto, poco después de que se adoptara el texto final.

4. El texto final del Convenio

Tres meses tan sólo transcurrieron desde la presentación del anteproyecto hasta la adopción del texto final el día 8 de junio de 1939. El texto final apenas se diferencia del anteproyecto quedando cuestiones de gran relevancia – bajo nuestro punto de vista – sin resolver internacionalmente y así, dejadas a lo que las legislaciones nacionales previeran al respecto. Nos referimos a la cuestión de la duración del contrato o a la cuestión de la edad bastante para suscribir un contrato.

4.1. Las definiciones

El artículo 1 del Convenio dedica cuatro apartados las definiciones. Por más que la primera de las cláusulas de este Convenio esté especialmente consagrada a proveer definiciones, no hallamos al igual que en el Convenio anterior, la de «indígena» o «asimilado a la población indígena». Al efecto nos remitimos a las consideraciones hechas respecto del Convenio 50. La época en la que el Convenio se gesta, en el año de comienzo de la II Guerra Mundial, está caracterizada aún por casi un entero continente dependiente de potencias europeas, como es el caso de África y otras muchas colonias en el continente asiático. El derecho internacional de las comunidades indígenas no contaba aún con texto alguno de protección de los derechos de las mismas (que precisamente aparece merced al trabajo de la OIT: los Convenios 107 y 169) ni con

²¹ *Ibidem*, 20.

definición alguna, siendo la primera más relevante la de Martínez Cobos, no exenta de críticas por otra parte. Habremos de entender en consecuencia con lo expuesto, que la referencia al indígena es la más cercana al sentido etimológico del término.

En la letra b) de esta primera disposición ya se contempla cómo el propio indígena podía ser empleador y ello porque en algunas colonias (británicas, por ejemplo) se adoptó un sistema de mixto de control de las actividades no sólo laborales sino por ejemplo fiscales o de recaudación de impuestos²².

4.2. Ámbito de aplicación

El Convenio se aplica a la prestación de servicios a cambio de una remuneración que puede revestir diferentes formas a la dineraria, excluyéndose los de aprendizaje o cuando la remuneración es la de poder ocupar una tierra propiedad del empleador. Se muestra así el texto se muestra demasiado “complaciente” con el empleador de manera que pueden excluirse también de la aplicación del mismo cuando el número de reclutados sea limitado) con remisión a las legislaciones nacionales). Por otra parte, no se exige siempre la formalización del contrato por escrito: precisa su obligatoriedad dependiendo de la duración (igual o superior a seis meses) y condiciones no habituales en la región de empleo para una labor similar.

4.3. Garantías contractuales

Los artículos 5, 6, 7,8 y 9 contienen estipulaciones relativas al contenido del contrato, que de todo punto parecen necesarias a efectos de establecer derechos y obligaciones de las partes en la relación jurídica. Además, la necesidad de que esté visado por un funcionario público habilitado a fin de comprobar no sólo los requisitos del artículo 5 sino que el trabajador indígena ha aceptado sin coacciones o error el contrato, que se ha celebrado en la forma debida, que conoce el contenido del mismo, que se halla liberado de cualquier impedimento (otra relación contractual, por ejemplo) y se ha cumplido con el obligado reconocimiento médico a lo que hace referencia el artículo 7.

²² Vid. *East Africa Hut Tax Ordinance* de 1903 y sus modificaciones.

4.4. La cuestión del menor

No contiene el Convenio disposición que estipule qué se entienda por menor. Existe remisión al efecto a la “legislación”, sin más.

4.5. La duración del contrato

Al igual que lo anterior, tampoco el Convenio fija una duración máxima del contrato²³ por voluntad de los estados, si bien en la Recomendación 58 se indicó por parte de la OIT lo que se consideraría deseable. La cuestión pasa por tener en cuenta que una Recomendación es *soft law* y por tanto no obliga.

Por lo demás, las disposiciones del texto final realmente son las que se han comentado antes y por tanto, se dan por comentadas.

5. Recomendaciones

Al respecto debe tenerse en cuenta el hecho de que, mediante Recomendación²⁴, y por tanto sin fuerza jurídica vinculante, la Conferencia de la OIT procedió a sugerir a los estados que la duración del servicio a prestar por los trabajadores se fijara teniendo en cuenta dos factores:

- a) que el viaje o traslado al lugar de prestación fuera «largo y costoso»;
- b) que la familia acompañase a aquellos, de tal manera que para el primer caso de no ser costoso se fijó en doce meses máxima debiendo ser menor si aquellos no estuvieran acompañados de sus familias y de dos años si lo estuviere.

De contrario, no podría ser superior a dos años *si el trabajador no está acompañado por su familia ni de tres años si su familia lo acompaña*.

A esta regla general seguirían las excepciones de que el empleador quiera establecerles sin separarlos.

Por último, y en cuanto al periodo de descanso vacacional se recomendó una semana si el contrato era de doce o más meses. Ello bajo remuneración.

²³ *Cfr.* art. 8.

²⁴ Recomendación sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (n. 58).

6. Consideraciones finales

Realizar hoy una crítica del primer convenio que se ocupa de los derechos laborales (y humanos de los trabajadores indígenas, en tanto algunas de sus disposiciones trascienden el ámbito puramente laboral, se antoja una cuestión más compleja de lo que puede parecer a primera vista.

Pueden desde luego objetarse las cuestiones que hemos dejado apuntadas, como la de la falta de definiciones claras en aspectos relevantes, pero entendemos que sería faltar a la justicia si se pretende que en el año en que se adopta el Convenio 64 la comunidad internacional viniera a otorgar lo que casi un siglo después se ha logrado.

Desde luego se trata de un texto hecho “unilateralmente” y sin la debida consulta al sector afectado. De un lado, por más que la esclavitud, como palabra se hubiera desterrado en 1815, lo que representa tal hecho realmente cambia para esconderse bajo otras formas (trabajos forzados existentes hasta hoy en día). El indígena dejó de ser esclavo, pero no recuperó su estatus anterior: el progresivo reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas es reciente en el derecho internacional y el único texto vinculante se debe a la loable labor de la Organización Internacional de Trabajo, el Convenio 169 de 1989. La pérdida de sus tierras tras el fenómeno colonizador hace que devenga en súbdito de extraños en lo que por derecho les pertenece.

Entendemos que este Convenio debería interpretarse a la luz del tiempo en que se elabora y en especial teniendo en cuenta el sujeto al que va dirigido: las comunidades indígenas se hallaban desprovistas de instrumentos jurídicos de protección de sus derechos. El que la Organización Internacional del Trabajo se ocupase del derecho a trabajar y dentro del mismo de la relación contractual en tiempos de dependencia de tantos estados respecto de las metrópolis es un avance innegable para el derecho internacional.

Los acontecimientos internacionales acaecidos en el año de su adopción, 1939 (segunda guerra mundial) y el nuevo derecho internacional surgido después de la misma, cambiaron notablemente el panorama de los derechos humanos. Sin embargo, este Convenio permanecerá vigente hasta 2018 aunque realmente en la práctica muchas de sus disposiciones quedaron *de facto* desplazadas por el derecho posterior.

7. Bibliografía

GREENSTEIN L.J., *The Impact of Military Service in World War I on Africans: the Nandi of Kenya*, en *The Journal of Modern African Studies*, 1978, vol. 16, n. 3, pp. 495-507

ILO, [Abrogation of Convention 64](#), en www.ilo.org

OIT, *Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 24ª Reunión, 1938 (extracto)

OIT, *Informe II. Reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas*, Conferencia Internacional del Trabajo, 25ª Reunión, 1939

ROY C., KAYE M., *The International Labour Organization: A Handbook for Minorities and Indigenous Peoples*, Minority Rights Group International and Anti-Slavery International, 2002

SHEFFIELD R.S., RISEMAN N., *Indigenous Peoples and the Second World War. The Politics, Experiences and Legacies of War in the US, Canada, Australia and New Zealand*, Cambridge University Press, 2018

SWEPSTON L., *Development of the ILO Conventions*, en AA.VV. (eds.), [Indigenous Peoples' Rights in International Law: Emergence and Application. Book in Honor of Asbjørn Eide at Eighty](#), Gáldu, IWGIA, 2015

TOMASSELLI A., *Indigenous Peoples and their Right to Political Participation: International*, Nomos, 2015

Normativa

Official Gazette of The East Africa and Uganda, 1 enero 1903, vol V, n. 76

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo