



Trabajadores inmigrantes indocumentados en tiempos de crisis y pandemia: exigencias morales y jurídicas para la repolitización de las fronteras

UNDOCUMENTED IMMIGRANT WORKERS IN TIMES OF CRISIS AND PANDEMIC: MORAL AND LEGAL DEMANDS FOR THE REPOLITICIZATION OF BORDERS

Ricardo José Macedo De Britto Pereira

Profesor Titular del Master en Derechos de las Relaciones Sociales y Laborales
Centro Universitario do Distrito Federal – UDF (Brasil)
rjmbpereira@gmail.com  0000-0003-4510-8894

Recibido: 13.10.2020 | Aceptado: 15.12.2020

RESUMEN

El presente texto se ocupa de la violación de los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados por las políticas restrictivas de inmigración. La vulnerabilidad de este grupo aumenta en el actual contexto de pandemia y crisis económica. Se hace una crítica de la prevalencia de esas políticas, que son orientadas por la expansión del mercado, restringiendo derechos e incrementando las desigualdades. La primacía de los derechos pasa por la repolitización de las fronteras que responda a las exigencias morales y jurídicas de respeto a la persona humana. Esa repolitización, para vencer la lógica del mercado, depende del fortalecimiento de la organización sindical y de la incorporación de la lucha de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

ABSTRACT

This text deals with the violation of the rights of undocumented immigrant workers by restrictive immigration policies. The vulnerability of this group increases in the current context of pandemic and economic crisis. It casts a criticism of the prevalence of those policies guided by the market expansion, restricting rights and intensifying inequalities. The primacy of rights goes through the repolitization of the borders that respond to moral and legal demands regarding human beings. This repolitization depends on the strengthening of the union organization, incorporating the undocumented immigrant workers' fight.

PALABRAS CLAVE

Trabajadores inmigrantes
Indocumentados
Repolitización
Fronteras
Dignidad humana

KEYWORDS

Immigrant workers
Undocumented
Repolitization
Borders
Human dignity

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS
 - A. Las políticas de inmigración y la relatividad de las fronteras
 - B. Los trabajadores inmigrantes indocumentados: invisibilidad y mercado informal
 - C. Protección internacional de los derechos humanos y los trabajadores migrantes indocumentados
- III. EL AGRAVAMIENTO DE LA VULNERABILIDAD DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS EN TIEMPOS DE CRISIS Y PANDEMIA
 - A. Los efectos de la pandemia en las clases más vulnerables
 - B. Compromisos constitucionales y el estado de excepcionalidad
- IV. DERECHOS HUMANOS Y DIGNIDAD DE LA PERSONA VERSUS POLÍTICAS ORIENTADAS POR LA EXPANSIÓN DEL MERCADO
 - A. Justificaciones morales para el reconocimiento de derechos a los inmigrantes
 - B. Derechos humanos y la dignidad de la persona
 - C. La sociedad de la externalización y la invasión del mercado
- V. REPOLITIZACIÓN DE LAS FRONTERAS Y LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS
 - A. Políticas versus derechos
 - B. Los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados
 - C. Dos comprensiones distintas de los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados
- VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto se dedica al estudio de los trabajadores inmigrantes indocumentados, así como su extrema vulnerabilidad en tiempos de crisis y pandemia.

El problema central de investigación puede ser representado por la indagación sobre si la extrema vulnerabilidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados, resultante de políticas de inmigración restrictivas, agravada por la pandemia y crisis económica, son aceptados por los instrumentos nacionales e internacionales que aseguran los derechos humanos y la dignidad de la persona. La respuesta negativa lleva a la cuestión de las vías para asegurar los derechos humanos y la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

La base de análisis es la prevalencia de las políticas migratorias en detrimento de los derechos y el hecho de que esas políticas estén orientadas por una idea expansiva y predatoria de mercado, por la cual la elevada concentración de recursos y poder se sostiene en una brutal desigualdad social y económica.

Así, el texto se ocupa de las exigencias morales y jurídicas para que los derechos no sean negados ante las políticas de inmigración. Por otro lado, se reconoce que las exigencias morales y jurídicas no son suficientes para las transformaciones propuestas, siendo necesario una repolitización de las fronteras. O sea, en la disputa entre políticas y derechos, la propuesta no es la derrota de la política o la despoltización,

sino la repolitización. En este sentido, las mudanzas deben ocurrir en el espacio político y no fuera de él.

El estudio se divide en las siguientes partes. Inicialmente se hará un abordaje sobre los desplazamientos de trabajadores en búsqueda de oportunidades de trabajo y las tendencias de las políticas de inmigración, mencionando instrumentos que se ocupan de asegurar derechos a los inmigrantes indocumentados. En seguida, será examinado como los períodos de crisis y pandemia afectan a los más vulnerables, entre ellos los trabajadores inmigrantes indocumentados, así como las crisis institucionales que esas situaciones de excepcionalidad generan, con amenaza de ruptura de los compromisos constitucionales. Se continúa con las teorías que se ocupan de las cuestiones morales relacionadas con las fronteras para, luego, ingresar en el estudio de los derechos humanos y de la dignidad de la persona. Después se invierte la perspectiva para abordar la sociedad de la externalización y la invasión del mercado. Establecido el enfrentamiento entre políticas y derechos, se presentan argumentos para consagrar la primacía de los derechos, no por la despolitización, sino por la repolitización. Por tanto, el último apartado se ocupa de los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, por medio de la comparación de decisiones de la Suprema Corte estadounidense y del Tribunal Constitucional español.

La conclusión reafirma la necesidad de observancia de los derechos de los trabajadores inmigrantes indocumentados, por medio de una repolitización que valore la acción colectiva de estos trabajadores a partir de la garantía de los derechos humanos y de la dignidad de la persona.

II. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS Y LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS

A. Las políticas de inmigración y la relatividad de las fronteras

Se entiende por política la estructuración de medios para alcanzar fines colectivos. Las políticas interfieren en la vida de las personas de manera distinta, según condiciones económicas y sociales u otras variables, pero son difundidas como medidas que satisfacen el bien común. Las políticas pueden encubrir ideologías sectarias y, más que lograr ventajas para la colectividad, buscan implementar y consolidar proyectos de poder.

Las políticas de inmigración reflejan las variaciones de los perfiles ideológicos de los diversos gobiernos, que alternan medidas desde la criminalización o expulsión de los inmigrantes, reforzada con el cierre de las fronteras y el bloqueo de entradas, hasta otra opuesta de acogida, amparo y facilitación para la regularidad de la situación.

El desplazamiento de personas a otros países no es un fenómeno novedoso. Está presente en buena parte de la historia de la humanidad. Pero, el desarrollo tecnológico, la velocidad en el flujo de informaciones, los medios de transporte, la circulación

de mercancías y la globalización de la economía hacen que las migraciones sean mucho más frecuentes en la actualidad¹.

Las personas dejan sus países por distintos motivos, en general para concretar proyectos de encontrar trabajo y tener una vida en condiciones más favorables. Crisis, violación de derechos, guerras, dictaduras, problemas de salud, son algunos de los ejemplos que llevan a las personas a huir de situaciones desfavorables y peligrosas para tener alguna perspectiva en otro lugar, como una reacción necesaria por la supervivencia. Así, los migrantes rompen con el pasado, para utilizar todas las energías, recursos y esperanzas en los proyectos de mudanza, sin tener conocimiento preciso de cuál será el recorrido y hacia dónde van o si llegarán al destino y cuáles serán los desafíos a superar. Todo el proceso es extremadamente arriesgado, con amenazas en todas las etapas: la salida, el trayecto, la llegada y la permanencia².

La relatividad de las fronteras significa que los criterios de entrada son muy variados. Las fronteras están abiertas para el tránsito de personas en innumerables situaciones. Pero, particularmente para aquellos que buscan trabajo y supervivencia las puertas suelen estar cerradas. Como observa Lance Compa, hay una expansión del comercio "por medio de acuerdos comerciales, tratados bilaterales, tratados de inversiones y otros movimientos para atraer inversiones y promover exportación de bienes y comercio de servicios. Entretanto, la expansión del movimiento de bienes, servicios y dinero no se extiende a las personas"³.

La premisa aquí adoptada es que las tendencias nacionalistas y xenófobas resultan de una idea ampliada de mercado, que cultiva la defensa del interés propio en detrimento de la situación ajena y de la comunidad. Esas posturas se verifican incluso en varios países que se tornaron dependientes del trabajo de los inmigrantes para el funcionamiento de la economía. O sea, en países cuyas políticas migratorias son orientadas por el mercado de trabajo, los inmigrantes suelen ser víctimas de aptitudes contrarias a sus personas por el mero hecho de la nacionalidad.

Las políticas más restrictivas en general están basadas en ventajas económicas y en la ausencia de disposición para redistribuir beneficios con los no nacionales. El cierre o la expulsión son presentados como solución para el desempleo de los nacionales o para evitar costes por el combate a problemas sociales de no nacionales en búsqueda de empleo y asistencia personal y familiar. Los inmigrantes son señalados como factores de desestabilización, idea difundida e incorporada por parte de la sociedad, sin cuestionamientos o datos comprobatorios, sobre todo en momentos de crisis económicas⁴.

1. Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 39.

2. Caldera Sánchez-Capitan, J.: "La inmigración y su integración en el mercado laboral español", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho, Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 80.

3. Compa, L.: "Migrant Workers in The United States: Connecting Domestic Law with International Labor Standards: The Piper Lecture", 92 *Chicago-Kent Law Review* 211 (2017).

4. Por ejemplo el cierre de la atención a los inmigrantes en el sistema de salud como forma de cumplir medidas de austeridad en virtud de la crisis financiera: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/24010/espanha+terra+ato+contra+corte+de+atendimento+medico+a+imigrantes+ilegais.shtml>.

La política de inmigración se torna en elemento central de los gobiernos, integrando los debates políticos y electorales. En general, los criterios económicos se superponen al aspecto humanitario. Las personas son puestas debajo de factores de producción y las balizas de las acciones son marcadamente económicas⁵.

Los gobiernos definen unilateralmente quiénes permanecerán en su territorio, por cuánto tiempo y en qué condiciones. Sin embargo, el control estatal no es capaz de impedir la entrada en varias situaciones, como prácticas clandestinas e ilegales de mafias y redes de trata de seres humanos. Son prácticas violadoras de derechos humanos que se concretan con la sumisión de personas vulnerables a varios tipos de explotación en razón del manifiesto estado de necesidad, situación que puede persistir por largo tiempo, e incluso definitivamente. La consecuencia es el aumento de un tratamiento cruel, degradante y deshumanizado. Las reacciones a este cuadro suelen atacar más a las víctimas que a los agresores.

Las políticas migratorias pueden ser divididas por categorías, de acuerdo con las situaciones particularizadas, con variaciones de derechos asegurados tanto por el derecho nacional como por el internacional.

Nunzia Castelli presenta una clasificación que distingue la migración política de la migración económica. Las migraciones políticas se refieren a diversas situaciones como desastres naturales, conflictos armados y violaciones a las libertades, por las cuales las personas son forzadas a salir, pues no tienen como actuar en contra de esas fuerzas para evitar los daños resultantes. En este grupo se encuentran los refugiados y los solicitantes de asilo. Las migraciones económicas, también denominadas laborales, se configuran por el carácter voluntario, en las cuales el desplazamiento se produce por la búsqueda de "recursos y de las oportunidades de desarrollo personal y familiar." Con relación a esta última, Castelli subraya la escasez de instrumentos internacionales dirigidos a esa modalidad de inmigrante⁶.

Este estudio se dedicará a la clase más vulnerable de los inmigrantes económicos, que son aquellos que no cuentan con permiso de residencia y de trabajo o indocumentados. Estos trabajadores enfrentan varios tipos de dificultades y barreras por su condición de inmigrantes indocumentados, a las cuales se añaden otras por razones como género, edad, raza, discapacidades u orientación sexual.

B. Los trabajadores inmigrantes indocumentados: invisibilidad y mercado informal

Los trabajadores inmigrantes sin permiso de trabajo son atraídos por el mercado informal, en actividades que los nacionales no suelen aceptar⁷. Estos empleos corresponden a actividades con menor protección y condiciones inadecuadas de trabajo.

5. López, J.; "Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad", *Estudios de derecho judicial*, núm. 76, 2005, p. 26.

6. Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 19.

7. Viadel Colomer, A.: *Inmigrantes y emigrantes*, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2006, pp. 4-5.

Los sueldos son bajos, no hay vacaciones o licencias pagadas y los riesgos de accidentes o enfermedades en el trabajo son elevados. Los inmigrantes sin permiso son las víctimas más frecuentes de estos trabajos, en situación de clandestinidad, facilitando el ocultamiento de las infracciones. Las esperanzas de una vida mejor se convierten en pesadillas. Las personas y las instituciones no oyen o comprenden “los gritos de esos hombres y mujeres” o entonces no tienen contacto con su sufrimiento y dolor⁸.

Los que cruzan las fronteras en búsqueda de trabajo y vida digna son considerados ilegales y pasan a sufrir ataques del poder público y de poderes privados. Estas personas viven en la clandestinidad, sin acceso a bienes, instituciones y servicios públicos de educación y salud. La amenaza de deportación hace inviable cualquier reivindicación en términos de derechos.

Las políticas favorables al cierre de las fronteras consideran a los inmigrantes como culpables de situaciones desfavorables y responsables de la mala suerte de los nacionales, enemigos del bien común, debiendo ser expulsados si logran pasar por las fronteras.

Esas razones pasan a ser compartidas por parte de los nacionales, incorporando las ideas sobre la necesidad de impedir la entrada de inmigrantes o de expulsarlos. La represión estatal y legal se refuerza por la represión social, aumentando las barreras para la posible permanencia, integración y reconocimiento de los inmigrantes como sujetos de derechos.

Así, los inmigrantes sin permiso para residir y trabajar suelen enfrentar barreras resultantes de dos frentes: la primera se refiere al estado, que pone el inmigrante al margen de cualquier medida o beneficio estatal, además de perseguirlo para expulsarlo, muchas veces con agresión u otras medidas violentas; la segunda se refiere a una sociedad cerrada que excluye, oprime y amenaza con denunciar, colocando a la persona en constante situación de riesgo e incertidumbre acerca de lo que puede pasar el día siguiente.

En razón de la doble opresión, los inmigrantes se vuelven vulnerables a distintos tipos de violencia en el trabajo y en la vida cotidiana. Los inmigrantes, no representados o ignorados colectivamente, se sujetan a esas políticas, sin alternativas de reacción. La única defensa que poseen es la invisibilidad y esto contribuye a aceptar vivir y trabajar en condiciones inhumanas y degradantes. Por paradójico que parezca, su permanencia depende de su explotación para asegurar esa invisibilidad. Forman las minorías, en la acepción más extremada del término, pues están imposibilitados para recibir prestaciones sociales y económicas o participar de las deliberaciones públicas que puedan decir respeto a su realidad y necesidades, además de ser víctimas de tratamiento violento y degradante.

La debilitación de los inmigrantes sin permiso de residencia y trabajo incrementa el poder de todos que pueden establecer relaciones con ellos, como empleadores, dueños de hogar y comerciantes. El desequilibrio en las relaciones establecidas se caracteriza por el ejercicio de poder incontrolado, por un lado, y la completa sujeción,

8. *Ibid.*, p. 8.

por otro. Si los empleadores llegan a concentrar un poder extraordinario, que gobierne la vida de los trabajadores, estableciendo un gobierno privado, que, en algunos aspectos, controlan y disciplinan la vida de los trabajadores con más intensidad que los gobiernos públicos⁹, con relación a los inmigrantes indocumentados ese control es más intenso.

Las políticas de inmigración orientadas por el mercado y conducidas por el poder del imperio del Estado da margen a la violación de derechos humanos y ese hecho colisiona con constituciones democráticas y tratados internacionales de derechos humanos.

La visión mercantilista y estatista se encuadra en el “clásico régimen de extranjero” y enfrenta concepciones más actuales basadas en un concepto amplio de ciudadanía y derechos humanos¹⁰.

C. Protección internacional de los derechos humanos y los trabajadores migrantes indocumentados

La protección de los derechos humanos en el ámbito internacional general y regional es incuestionablemente aplicable a los trabajadores inmigrantes indocumentados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos confirma esa protección al adoptar un concepto amplio de trabajador. La Corte subraya que:

“Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”¹¹.

Ya la protección específica es más escasa. Se pueden citar los Convenios n. 97¹² y 143¹³ de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio Internacional sobre

9. Anderson, E.: *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*, Princeton University Press. New Jersey, 2017.

10. Chueca Sancho, Á. G.: “*El ius migrandi en el Derecho Internacional de las migraciones*”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 755.

11. CIDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acceso el 04/04/2013.

12. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C097:NO. Acceso el 26/05/2020.

13. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C143:NO. Acceso el 26/05/2020.

la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares de la Organización de las Naciones Unidas¹⁴, adoptada en 1990, que entró en vigor en 2003.

Los convenios de la OIT, aunque tengan disposiciones más generales que pueden dirigirse tanto a los trabajadores inmigrantes documentados como a los indocumentados, condiciona algunos derechos a la legalidad de la permanencia. El artículo 6.1 del Convenio n. 97 establece que:

“1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

(a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:

- (i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;
- (ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;
- (iii) la vivienda;

(b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva:

- (i) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición.
- (ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;

(c) los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;

(d) las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio”.

El Convenio n. 143 también dirige algunos derechos a los trabajadores que tengan residencia legal, como en el artículo 8:

“1. A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la

14. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>. Acceso el 26/05/2020.

pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo.

2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación”¹⁵.

Por otro lado, el Convenio Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares contiene numerosos derechos dirigidos a los trabajadores migrantes en general, documentados o no. En su preámbulo, eso está muy claro:

“Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos, por tanto, de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles la protección de sus derechos humanos fundamentales,

Considerando que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal,

Considerando también que la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentarán a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”¹⁶.

El Convenio de la ONU no ha logrado un número significativo de ratificaciones por los Estados destinatarios de migrantes. Los que lo ratificaron son en general Estados de origen.

El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular¹⁷, firmado en 2018, representa un importante compromiso internacional para combatir prácticas ilícitas, como el tráfico de personas, así como para facilitar los procesos de migración regular. El Pacto no es vinculante, de modo que no obliga a un Estado que se adhiera a sus términos.

El convenio n. 190¹⁸ de la OIT, aprobado en 2019, es un importante instrumento contra el asedio y la violencia en el trabajo y tiene foco especial en los grupos vulnerables, entre ellos, los migrantes.

15. OIT. Convenio n° 143, de 4 de junio de 1975. Disponible en <http://www.oit.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>. Acceso el 04/04/2013.

16. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>. Acceso el 26/05/2020.

17. Disponible en <https://refugeesmigrants.un.org/es/pacto-sobre-migraci%C3%B3n>. Acceso el 26/05/2020.

18. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C190:NO. Acceso el 26/05/2020.

Nunzia Castelli enumera una serie de problemas que convierten la búsqueda de políticas direccionadas a los movimientos migratorios en Europa más difíciles. Los efectos de crisis económicas y las políticas de austeridad afectaron a los servicios públicos y también al mercado laboral, con un aumento de la “precarización, domesticación y descolectivización”. Las crisis migratorias y de refugiados desencadenó respuestas en dirección a la adopción de políticas basadas en más restricción y represión, así como una asociación más próxima de los movimientos migratorios con la criminalidad y el terrorismo. El mercado avanzó sobre el derecho de asilo, transformado en “moneda de cambio de la política exterior”. La libre circulación incrementó la búsqueda de más protección social, en una especie de “turismo social”, sobrecargando los sistemas de algunos Estados, en la ausencia de una política europea de solidaridad para soportar los costes de los beneficios¹⁹.

En este escenario que apunta por el fortalecimiento del nacionalismo, se vuelve mucho más desafiante lograr efectividad en las normas de derechos humanos y dotar a los inmigrantes indocumentados del status de sujetos de derecho, que les permita su defensa en casos de explotación y violencia contra ellos. Pero, de alguna manera, lo que se dibujaba desde hace algún tiempo pasaba por un período de relativa normalidad. Ahora la situación se agrava, pues se enfrenta una pandemia que destruye vidas y los recursos de los países, de los empresarios y de los trabajadores, imponiendo cambios drásticos en los comportamientos, con impacto en todos los sectores, afectando especialmente a las personas más vulnerables, como son los trabajadores inmigrantes indocumentados.

III. EL AGRAVAMIENTO DE LA VULNERABILIDAD DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS EN TIEMPOS DE CRISIS Y PANDEMIA

A. Los efectos de la pandemia en las clases más vulnerables

Las tragedias naturales o causadas por acciones humanas provocan innumerables crisis, con impactos en la vida de las personas y en la economía, comprometiendo la disponibilidad de recursos para hacer frente a la subsistencia de grupos, especialmente los más vulnerables.

La pandemia del nuevo coronavirus (Covid-19) es una tragedia humanitaria que quita la vida de millares de personas en todo el mundo y enseña que los sistemas de salud de la mayoría de los países están desestructurados para hacer frente a esa catástrofe. El impacto en la economía por las paralizaciones de actividades y la pérdida de empleos puede convertirse en una crisis sin precedentes, pues se sabe muy poco acerca de hasta cuando las medidas de protección a la vida, como las cuarentenas, serán necesarias. La pandemia revela también las condiciones desiguales

19. Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*, ob. cit., pp. 87-95.

provocadas por el modelo económico prevaleciente en los últimos tiempos, adoptado en muchos países y basado en la privatización de los servicios públicos de salud, resultando más difícil el enfrentamiento de las amenazas, de las enfermedades y de las diversas carencias.

En Estados Unidos, ciudades con brasileños e hispánicos tienen un 30% más de muertes por coronavirus que otros lugares, y eso se debe a la falta de acceso a la sanidad, al recelo por la deportación y a la falta de un ahorro financiero²⁰.

La desestructuración de la sanidad en este modelo económico puede ser constatada en la disminución de camas en hospitales, como estrategia de disminución de la atención de emergencia, en el intento de aumentar las ganancias de las instituciones privadas de salud. El mismo modelo permitió que los grandes laboratorios farmacéuticos no se interesasen en invertir en el descubrimiento y producción de vacunas para el combate de enfermedades infecto-contagiosas, consideradas poco lucrativas en comparadas con otras medicinas. Los Estados, siguiendo las políticas de austeridad, no cubrieron este hueco²¹.

El virus incrementa la extrema vulnerabilidad de refugiados y migrantes. En Grecia, en los campos de internamiento no hay suficiente agua y jabón para la higiene y mucho menos la posibilidad de aislamiento, pues las personas están colocadas unas junto a otras en reducidos espacios de convivencia. Esta realidad está presente en prácticamente todos los campos de internamiento de refugiados y migrantes, que según las Naciones Unidas albergan a 70 millones de personas²².

Los trabajadores precarios e informales son muy vulnerables, pues tienen que administrar la necesidad de aislarse y encontrar medios para la subsistencia. Así también los trabajadores callejeros, que, sin el flujo de personas, perdieron la posibilidad de obtener rendimientos para sus necesidades. Los trabajadores uberizados se quedaron sin ingresos y los que pudieron mantenerse, sobre todo por la entrega de alimentos, asumen los riesgos de la contaminación. En la misma situación de riesgo y carencia se encuentran los moradores de los entornos, que viven en favelas, sin servicios de saneamiento u otros servicios públicos. Completan estos grupos los inmigrantes indocumentados y los refugiados, concentrados en los campos de internamiento en condiciones degradantes, las personas con discapacidad y los mayores, por citar solo a algunos grupos en estas condiciones²³.

La Organización Internacional del Trabajo indica que los efectos más impactantes de la pandemia se muestran en el mercado informal, como resultante de las medidas de aislamiento y cierre de actividades. La pérdida de la renta en el mercado informal, compuesto por aproximadamente 1,6 mil millones de trabajadores en todo el mundo, aumenta la pobreza relativa. Ante este cuadro, la OIT clama por urgentes políticas

20. <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/04/19/nos-eua-cidades-com-migrantes-brasileiros-e-hispanicos-tem-30-mais-mortes-por-covid-19.htm>.

21. Davis, M. et al.: *Coronavirus e a luta de classe*, Terra sem amos, Brasil, 2020.

22. Santos, B. S.: *A pedagogia do virus*, Almedina, Lisboa, 2020.

23. *Ibid.*

gubernamentales para proteger a los empresarios, sobre todo a los pequeños, y a los trabajadores, especialmente los que se encuentran en la economía informal²⁴.

Además de la pérdida de renta, los inmigrantes tienen que enfrentar muchas barreras para tener acceso a las ayudas y beneficios estatales. La Organización Internacional de Migración observa que las prácticas xenófobas y discriminatorias crecieron en este momento de gran incertidumbre provocado por la pandemia. Según la OIM, la recuperación de todos los problemas causados por la pandemia debe necesariamente incluir la “lucha contra la xenofobia”²⁵.

En Europa, la ausencia de inmigrantes por el cierre de fronteras afecta a las cosechas de varios países, dado que esos trabajadores son la mayoría en estas actividades. Las propuestas para facilitar la entrada de esos trabajadores enfrentan la resistencia por los que defienden el cierre de las fronteras²⁶.

La pandemia ha intensificado las barreras en las fronteras, reforzando las políticas restrictivas de la inmigración, para impedir la entrada de refugiados y de menores no acompañados, imponiendo la deportación de los detenidos por cruzar las fronteras, independientemente de ser portadores de enfermedades o de amenazar con contaminar a otras personas. Estas directivas de deportación se vuelcan contra los que llegan a las fronteras sin documentos válidos, ignorando el derecho a pedir asilo y los procedimientos aplicados a los menores no acompañados²⁷. Entre los deportados, personas infectadas con el virus se quedan sin cualquier tipo de asistencia²⁸.

En todo el mundo fue necesaria una actuación más efectiva de los gobiernos, para ayudar a empresarios y trabajadores que perdieron sus ingresos. Con todo, los trabajadores inmigrantes indocumentados difícilmente tienen acceso a estas ayudas y a los que las reivindican asumen los riesgos de exponer la situación de indocumentado.

B. Compromisos constitucionales y el estado de excepcionalidad

Stephen Holmes resalta la importancia de los compromisos constitucionales para controlar los excesos de los poderes públicos y privados, como la actuación de mayorías contra minorías. No se trata de limitar de forma irracional la autonomía de generaciones futuras, sino de hacer viable un curso regular de la vida en comunidad, sin la necesidad de refundación a cada generación de las bases para el funcionamiento de las instituciones. La idea es impedir que tendencias autoritarias o resultantes de pasiones momentáneas destruyan conquistas civilizatorias del pasado. Holmes utiliza

24. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_743146.pdf.

25. <https://www.iom.int/es/news/la-lucha-contra-la-xenofobia-es-clave-para-una-recuperacion-efectiva-tras-la-pandemia-de-covid>.

26. <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/04/20/imigrantes-colheitas-europa.htm>.

27. <https://www.nytimes.com/2020/05/11/opinion/trump-coronavirus-immigration.html?referringSource=articleShare>.

28. <https://www.nytimes.com/2020/05/19/books/review/one-mighty-and-irresistible-tide-jia-lynn-yang-the-deportation-machine-adam-goodman.html?referringSource=articleShare>.

las figuras de Ulises preso en el mástil para no caer en la tentación del canto de las serenas y la Constitución como “Pedro sobrio” y los electores como “Pedro borracho”. Un ejemplo de compromiso constitucional que no podría ser alterado por las generaciones futuras sería la prohibición de rescatar la esclavitud²⁹.

Esa limitación propuesta por Holmes es de gran importancia en la actualidad, considerando las embestidas en contra de los derechos constitucionales, incluso antes de la crisis por la pandemia. El avance del neoliberalismo situaba los derechos como barreras para la expansión del mercado. Con todo, con el inicio de la contaminación masiva, los gobiernos se percataron de que, sin una fuerte participación del Estado para neutralizar algunos de los efectos de la crisis, las consecuencias serían peores todavía. Por otro lado, el estado de excepcionalidad abre las puertas a justificaciones de no aplicación de los derechos previstos en la constitución y esta idea refuerza la expansión neoliberal, debilitando los compromisos constitucionales.

Una crisis constitucional que afectó rotundamente la vida de los trabajadores inmigrantes fue la sucedida tras el atentado a las Torres Gemelas de Nueva York. La *Patriot Act*, basada en una definición más amplia de terrorismo, afectó a los derechos fundamentales al permitir el control sobre las personas y sus comunicaciones para cumplir con el imperativo de la seguridad nacional. La privacidad e intimidad de las personas quedaron debilitadas ante los poderes conferidos a las autoridades para hacer búsquedas y aprehensiones. La violación de la persona fue mucho más incisiva con relación a los inmigrantes, sujetos a procedimientos secretos para averiguaciones y detenciones, seguidos de deportaciones³⁰.

En la pandemia, la idea de la seguridad de los nacionales es confrontada con la apertura de la economía. Se contraponen la vida de las personas a los impactos de las restricciones en la economía. Las políticas que adoptan la elección por la economía pasan a defender la apertura de las empresas, en la expectativa de la vuelta a la normalidad. El problema es que la flexibilidad de las medidas restrictivas aumenta el riesgo de contagio, llevando a más personas a los hospitales, con una sobrecarga del sistema de salud, y al final los focos de contagio imponen nuevos cierres. La prevalencia de las ideas económicas representa una amenaza a la vida de las personas, así como a sus derechos.

En los próximos apartados se confrontarán los derechos humanos y la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados con los imperativos de un mercado expandido, favorable al capital financiero y a los grandes empresarios, que ignora derechos y subestima a las personas.

29. Holmes, S.: *Passions & Constraint. On the theory of liberal democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, pp. 134 y ss.

30. Ernst, J. L.: “The constitution in times of national crisis: contextualizing post-september 11 constitutional ramifications”, *North Dakota Law Review*, vol. 88, núm. 1, article 3.

IV. DERECHOS HUMANOS Y DIGNIDAD DE LA PERSONA VERSUS POLÍTICAS ORIENTADAS POR LA EXPANSIÓN DEL MERCADO

A. Justificaciones morales para el reconocimiento de derechos a los inmigrantes

Algunos teóricos se muestran en contra del poder discrecional de los Estados de definir unilateralmente las condiciones de entrada y permanencia de inmigrantes, basados en patrones morales que exigirían un tratamiento compatible con la condición de personas humanas, y como tales, portadoras de derechos en cualquier lugar y circunstancia en que se encuentren.

Will Kymlicka señala las contradicciones de los teóricos liberales, que resaltan la igualdad moral de las personas, pero al final, atribuyen esta igualdad solo a los ciudadanos, a quienes les son reconocidos los derechos de transitar libremente, buscar oportunidades para mejorar las condiciones de vida y de trabajo y participar de las deliberaciones colectivas. Las libertades y oportunidades, así como el bienestar, quedan reservadas para el interior de los Estados, mientras fuera de sus fronteras la pobreza y los problemas de todo orden son dejados al margen de las preocupaciones de los gobiernos. El mero hecho del lugar de nacimiento es aceptado con naturalidad para justificar una división entre concentración o escasez de derechos y de recursos, lo que amplía la brutal desigualdad mundial³¹.

Este factor, lugar de nacimiento en uno u otro territorio, se torna más cuestionable, considerando el establecimiento arbitrario de las fronteras, sin observar cualquier criterio de racionalidad o la participación de la población, sino circunstancias históricas ilegítimas, como “conquistas, colonización o la cesión de territorios” por los detentores de poder³².

El movimiento teórico que plantea la libertad de las personas para cruzar las fronteras, negando el poder discrecional de establecer límites por los Estados, es denominado de fronteras abiertas (*open borders*). Uno de sus ilustres representantes es Joseph H. Carens, que cuestiona el uso de la fuerza por parte de la policía de fronteras para tratar a los inmigrantes como si fueran “terroristas, invasores armados o criminales”. La mayoría de los inmigrantes no se encuadran cómo tales pues, al contrario, son personas pacíficas que simplemente buscan nuevas oportunidades de trabajo y un futuro más seguro para su familia. Por lo tanto, Carens cuestiona la existencia de justificaciones morales para impedir la entrada de estas personas, en ocasiones con el uso de fuerza y armas³³.

Carens se opone a la tendencia mayoritaria basada en la soberanía y en la autodeterminación política que aportarían las justificaciones para el ejercicio del control de fronteras, de acuerdo con los intereses de los nacionales. Según esa corriente, habría

31. Kymlicka, W.: *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 36-37.

32. *Ibid*, p. 38.

33. Carens, J. H.: *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, New York, 2013, p. 225.

una libertad de escoger la posibilidad de acoger o no los inmigrantes, pero, en ningún caso, un deber moral de proceder así³⁴.

Utilizando la sociedad medieval para fines comparativos, Carens equipara a la nobleza de los países ricos de Europa y América del Norte, y a los campesinos de los países pobres de Asia y África. En la sociedad contemporánea los primeros poseen incuestionables ventajas respecto a las innumerables desventajas a superar de los últimos. El lugar de nacimiento o de origen, por lo tanto, sería un privilegio y el cierre de las fronteras de los países ricos sería una medida para preservar este privilegio. En este sentido, Carens pregunta: ¿si no había justificaciones para el mantenimiento de los privilegios en las sociedades medievales, por qué razón habría en el mundo contemporáneo?³⁵.

Carens basa su cuestionamiento en contra del control de las fronteras en tres premisas. La primera es que no hay órdenes sociales naturales; son creados por seres humanos y alterados según las necesidades de las comunidades. La segunda es que los seres humanos son iguales y poseedores del mismo valor moral. La tercera es que las restricciones a la libertad de las personas demandan necesariamente una justificación moral. De hecho, las tres premisas no son sólo para justificar una posición favorable a la apertura de las fronteras, sino que también son exigencias para la legitimación moral de todos los regímenes democráticos en la actualidad³⁶.

La autodeterminación es cuestionable por no dejar muy claro quiénes son los sujetos que definen el grupo y por qué razón tendrían legitimidad para deliberar, sin tener en cuenta los intereses de todos los afectados por la decisión de ingreso o no en el país. La libertad de movimientos no puede ser considerada de forma aislada, sino en conjunto con otras libertades. La limitación de una acaba por llevar a restricciones a otras libertades. La apertura de fronteras contribuiría en este aspecto a la ampliación de las libertades. La mejora de las condiciones de vida de las personas no puede ser impedida por criterios como el origen o lugar de nacimiento, la raza, el color, el género o la clase social. Esos factores discriminatorios impiden a las personas a desarrollar todo su potencial, colocándolas en condiciones de inferioridad con relación a las personas que no pertenecen a estos grupos, en una especie de jerarquización de la sociedad, en los moldes feudales. En este sentido, Carens refuerza su argumento de que la apertura de las fronteras contribuiría a la igualdad de oportunidades de todas las personas³⁷.

Carens es consciente de la dificultad de establecer la apertura de las fronteras como proyecto viable. Su propuesta se localiza en una perspectiva de pensar los derechos como una cuestión de principios. El autor pretende, justamente, poner de manifiesto el distanciamiento entre las políticas y los principios³⁸.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*, p. 226.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, p. 228.

38. *Ibid.*, p. 229.

Luigi Ferrajoli comparte la crítica del cierre de fronteras y del uso de la fuerza contra los inmigrantes que buscan mejores condiciones de vida y trabajo en otros países. Los derechos diferenciados en razón de la nacionalidad o la condición de extranjero representan “el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”³⁹.

Las personas se ven forzadas a salir de sus países por una serie de circunstancias, como “guerras, hambres y desigualdades substanciales en los más pobres países de origen, siendo que muchos de los problemas son derivados de políticas del pasado y presente de los más ricos países de destino”. Los países más ricos explotaron a los más pobres y luego cerraron las puertas a las personas que sufrieron las consecuencias de sus acciones. Así, a la llegada a otro país, los inmigrantes tienen que soportar un tratamiento discriminatorio y explotación en el trabajo y otras relaciones, asociados a reacciones xenófobas y racistas. Estas tendencias están presentes en gran parte de la historia de los movimientos migratorios. Lo que se añade en la actualidad es la criminalización del inmigrante irregular, situándolo como “clandestino” o “persona ilegal”, en refuerzo de la invisibilidad de estas personas y de la indiferencia con relación a las prácticas violentas, humillantes y de explotación dirigidas a ellas⁴⁰.

El flujo migratorio en dirección a los países con mejores condiciones económicas no es algo episódico o contingente. Al revés, es un problema estructural que resulta de la desigualdad y desequilibrio en las relaciones económicas en el ámbito mundial. La desigualdad aumenta por la retórica de segmentos políticos que se expanden en Europa rumbo al cierre de las fronteras y a la exclusión de inmigrantes, propagando la xenofobia y el racismo, bajo el argumento de la preservación de una identidad cultural. En realidad, el crecimiento de este segmento político amenaza los valores occidentales, sobre todo de Europa⁴¹.

Ferrajoli trata de la asimetría del derecho de emigrar y de su reverso, el derecho de inmigrar. En el pasado, los europeos dejaron sus países de origen para colonizar el nuevo mundo. Ese movimiento perduró siglos y se caracterizó por explotación, masacres y depredación. Ahora, son las personas con hambre y sin condiciones de vida y trabajo las que emergen en las fronteras de Europa⁴².

Las políticas contra la inmigración se insertan en un contexto de políticas liberales que han sido responsables del aumento de la desigualdad en el mundo, la precarización de las relaciones laborales y el aumento del desempleo. Ese cuadro contrasta con la “subjetividad política colectiva” de Europa estructurada sobre la igualdad de derechos y la solidaridad, ahora reemplazadas por “nuevas identidades colectivas de tipo racista basadas en el odio a los diferentes”⁴³.

39. Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 117.

40. Ferrajoli, L.: *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019, p. 185.

41. *Ibid.*, p. 186.

42. *Ibid.*, p. 190.

43. *Ibid.*, p. 200.

Aún más incisivo que Carens, en cuanto a la defensa de la superación de las fronteras, Ferrajoli considera que la civilización es la realización con más o menos intensidad de la historia de las utopías, llegando a reservar un papel constituyente a los pueblos migrantes, que representan mejor la brutal desigualdad material, las diferencias de identidad y las desigualdades en los derechos y status⁴⁴.

Martha C. Nussbaum, en un extenso debate con importantes estudiosos dedicados a la teoría social, critica el patriotismo para defender el cosmopolitismo y una educación volcada en la relatividad de las fronteras. Los reclamos de una ciudadanía mundial, sin distinciones de nacimiento o de pertenencia étnica, entre otras, afronta resistencias, pues exigirían una completa reformulación institucional, con numerosas incertidumbres. Ese desacuerdo general es relevante para establecer consensos en situaciones particulares, como el tratamiento más humano y respetuoso, así como la necesidad de reconocer derechos básicos. Es relevante igualmente para buscar un compromiso global para varias cuestiones no localizadas, pero que se quedan a cargo de cada Estado⁴⁵.

Es incuestionable la hipocresía moral en el uso excesivo del término “universalismo, pero cuyo universo, por el contrario, tiene un alcance restringido e interesado”. La referencia a la dignidad humana, la igualdad de todos en la titularidad de derechos indisponibles reclaman una postura diferente de diálogo con relación a los derechos de los otros en lugar de la mera retórica⁴⁶.

Existe una contradicción en la enérgica adopción de una pauta de ruptura con “las fronteras de la etnicidad, la clase, el género y la raza”, pero que deja de existir cuando se encuentra con las fronteras de los Estados⁴⁷.

Kwame Anthony Appiah refuerza la idea de que los valores liberales, la igualdad de todos delante de derechos indisponibles se tornan extremadamente débiles si estos mismos valores no valen para los extranjeros⁴⁸. Este es un punto que parece central en el reconocimiento de derechos de los inmigrantes. La ausencia de reconocimiento de derechos básicos vinculados a su condición humana compromete la propia idea de derechos humanos y de dignidad de la persona.

De hecho, una lealtad cosmopolita más amplia no significa excluir otras lealtades locales, si bien la cuestión central que se presenta es si es posible una ciudadanía mundial sin un Estado mundial⁴⁹.

Immanuel Wallerstein destaca el poder político, económico y social de los fuertes “de ejercer una hostilidad agresiva hacia los débiles (xenofobia)” y que los débiles reaccionan contra esas desventajas por medio de un sentimiento de afirmación de grupo, lo que conlleva a un “nacionalismo de los oprimidos”. Según Wallerstein, la fórmula

44. *Ibid.*, pp. 203-206.

45. Nussbaum, M. C. et al.: *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Espasa, Barcelona, 1999.

46. *Ibid.*, p. 24.

47. *Ibid.*, p. 25.

48. *Ibid.*, p. 37.

49. *Ibid.*, pp. 136 y 141.

para superar esta opresión no es por la vía del cosmopolitismo, sino con la defensa “de un mundo más democrático e igualitario”⁵⁰.

Michael Walzer adopta una concepción más cerrada por la cual sin el establecimiento de fronteras no es posible pensar en mecanismos de justicia distributiva. A partir de la definición de la condición de miembro es posible identificar los destinatarios de los bienes y servicios y los que tienen el deber de pagar impuestos. Los que no son miembros tienen significativas desventajas, incluso para participar del mercado, que en principio está abierto a todos. Los no miembros están en una situación arriesgada, además de no tener garantía de que se beneficiarán de los servicios de seguridad y bienestar. Por lo tanto, esta capacidad política de definir soberanamente quiénes pueden entrar y permanecer en el interior de las fronteras es fundamental para la independencia del Estado⁵¹.

Esa distribución de la condición de miembro es una concesión a extraños, pues los miembros que deciden el tamaño del Estado y los bienes y servicios a ser distribuidos ya poseen esta condición. Esta concesión dependerá de una serie de factores como relaciones y alianzas con los que están fuera de las fronteras⁵².

Los Estados tienen el poder soberano de establecer las políticas de admisión de personas, de controlar y poner barreras a la entrada de inmigrantes, por razones de compromisos de distribución de bienes y servicios o para preservar la cultura de personas vinculadas por modos de vida compartidos. Mientras tanto, no tienen el mismo poder para establecer controles de salida, que en lugar de en un compromiso se basaría en la fuerza. En este sentido, hay una asimetría moral entre la inmigración y la emigración. Reconocer afinidades con los nacionales como motivo para permitir la inmigración no significa que el no reconocimiento de afinidades sea motivo para la expulsión⁵³.

Al tratar de los trabajadores invitados, Walzer excluye de esta categoría a los inmigrantes en búsqueda de casa o ciudadanía y subraya que hay actividades que los nacionales no están dispuestos a ejecutar, por ser actividades cuyos sueldos son más bajos de lo que esperan cobrar. Los trabajadores invitados, cuando acaban sus actividades o expira su visado, son presionados para dejar el país. Sin embargo, en este caso, sería como separar el trabajo de estos trabajadores de su vivienda, como si fuera posible vivir en un Estado distinto del cual se prestan servicios. La exclusión de estas personas, que dividen el territorio con los nacionales, equivaldría a la opresión y no a una comunidad basada en la libertad. Así, a esos trabajadores no se les puede negar la misma protección conferida a los nacionales, incluso de carácter político⁵⁴.

Por consiguiente, la oferta de trabajo a un no nacional es presentada como una oportunidad para la comunidad, en el sentido de que los trabajos que los nacionales

50. *Ibid.*, pp. 149 y 151.

51. Walzer, M.: *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 39 y ss.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*, p. 73.

no están dispuestos a realizar crea un vínculo con el trabajador que extrapola el trabajo en sí, alcanzando a la propia comunidad. El término del contrato con el trabajador extranjero que sirvió a la comunidad no puede convertirse en acto arbitrario de expulsión⁵⁵.

Walzer se basa en un fundamento político para justificar el derecho de los nacionales a controlar las fronteras, pero respecto al trabajador invitado hay una justificación moral fuerte en el sentido de igual consideración y respeto, además de un derecho a permanecer en razón del trabajo. El trabajo, por lo tanto, tendría esa fuerza de integrar al trabajador en la comunidad, prevaleciendo sobre las opciones políticas.

Es posible hacer una crítica a Walzer, por el carácter cerrado de su posición, incluso por presentar justificaciones para limitar el refugio y el asilo, pero también por la vaguedad de su cambio de perspectiva en cuanto trata de los trabajadores invitados. No está claro si hay un tiempo mínimo para que un trabajador temporal tenga este reconocimiento. De todos modos, en este aspecto del trabajador invitado, Walzer se acerca a la posición más amplia de Carens sobre la existencia de un derecho de permanecer que se consolida con el tiempo, en razón de los vínculos establecidos en la sociedad de destino. Cuanto más largo sea el tiempo de permanencia en el lugar de destino, más consistente es la justificación para desafiar las políticas migratorias cerradas⁵⁶.

La permanencia de un trabajador en una localidad, por medio de una actividad, sea formalizada o no, genera ventajas para las personas y consolida los vínculos con la comunidad. Esa circunstancia refuerza la necesidad de protección de la persona, no a penas como ser humano, pero también como parte de una colectividad.

B. Derechos humanos y la dignidad de la persona

En este apartado se pretende ingresar en el complejo debate de los derechos humanos y de la dignidad de la persona como importantes instrumentos para impedir que las personas vulnerables sean violentadas, agredidas o explotadas.

Los derechos humanos "son un conjunto mínimo de bienes, servicios, oportunidades y protección que son largamente reconocidos hoy como prerequisites esenciales para la vida con dignidad"⁵⁷.

Estos derechos constituyen una categoría central del discurso jurídico en razón de su potencial argumentativo y de su fuerte atractivo. Pertenecen a los seres humanos por su condición humana, para que cada uno sea un agente, de acuerdo con sus propias opciones, sin someterse a los otros para la obtención de fines ajenos. La fuerza del discurso de los derechos humanos busca desencadenar, por medio de la acción política y de su aplicación en el razonamiento jurídico, transformaciones en la realidad como medio para impedir situaciones degradantes e inhumanas.

55. *Ibid.*

56. Carens, J. H.: *Innigrants and the right to stay*, MIT Press, Cambridge, 2010.

57. Nota *supra* 6, p. 29.

Con todo, esta idea no es aceptada sin cuestionamientos. Mientras algunos invocan los derechos humanos como una demanda justificada moralmente para eliminar todas las formas de injusticia, para otros no pasan de un *slogan* que debe ser tratado con desconfianza e incluso rechazado⁵⁸.

De hecho, hay una considerable disputa en torno al concepto de dignidad de la persona y de derechos humanos, la relación entre ellos, así como de las varias realidades concernientes a su aplicación práctica.

James Griffin considera la indeterminación de los derechos humanos y propone como remedio para completar su noción incompleta el contenido ético adoptado tras el abandono del contenido teológico. Así, los derechos humanos deben ser vistos como una protección para el contenido normativo de la acción humana⁵⁹.

Para resolver la indeterminación de los derechos humanos, Griffin utiliza el concepto de personalidad (*personhood*) para enumerar los derechos humanos tradicionales, como el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la libertad de expresión, de reunión, de prensa y de religión. En esta lista, Griffin incluye derechos de libertad positiva, como el derecho a la educación, a la subsistencia y a no ser torturado, que elimina la capacidad de decisión⁶⁰. Con relación a su aplicación, Griffin utiliza el término *practicalities* para considerar que los derechos humanos son dotados de mecanismos para su exigibilidad, lo que diferencia estos derechos de las normas morales en general⁶¹.

Para Griffin, la universalidad de los derechos humanos no significa que su contenido se refiera a todos los lugares y tiempos. La aplicación de los derechos humanos tiene en cuenta personas localizadas y no personas en abstracto⁶². En este sentido, hay un deber general de respetar los derechos humanos cuyo contenido demanda regulaciones e instrumentos específicos para una protección efectiva, considerando las variaciones de las relaciones de poder y las diversidades en las sociedades.

La universalidad de los derechos humanos es confirmada por el hecho de que los Estados están obligados por el derecho internacional vinculante. Ello dice respecto a la titularidad y la existencia de estos derechos⁶³, pero eso no significa que haya universalidad en la aplicación, exigencia o disfrute, que juegan con las variables y disputas conceptuales en torno a esos derechos. Esto no debilita los derechos humanos, sino que los vuelven más fuertes⁶⁴.

En este sentido, el universalismo y la diversidad cultural presentes en el debate sobre los derechos humanos son perfectamente conciliables, siendo posible usar la expresión "la relativa universalidad de los derechos humanos"⁶⁵.

58. Clapham, A.: *Human Rights. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2007.

59. Griffin, J.: *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

60. *Ibid.*, p. 33.

61. *Ibid.*, p. 38.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*, p. 40.

64. *Ibid.*, p. 41.

65. *Ibid.*, p. 48-49.

Evidentemente que la relatividad en la implementación de los derechos humanos debe observar límites, caso contrario se comprometería la titularidad universal de los derechos, vaciando todo su sentido como fuente de deberes jurídicos. El efectivo disfrute de los derechos humanos requiere aptitudes para reaccionar a sus violaciones. La parálisis y la inoperancia son incompatibles con la existencia, así como a la protección, de los derechos humanos.

La dignidad humana es considerada por muchos teóricos como fundamento de los derechos humanos⁶⁶. Por supuesto, este punto genera muchas controversias. Pero la dignidad de la persona puede establecer límites a la relativización en la aplicación de los derechos humanos. La dignidad como un estándar que justifica reacciones por variados medios para, cuando no sea observado, rescatar el valor intrínseco de la persona por su condición humana.

La dignidad suele ser invocada por partes que están en posiciones contrapuestas de una disputa, con posibilidad de favorecer a uno u otro lado. Como argumentos que ingresan en el campo de la moral, hay cuestionamientos sobre su capacidad de ofrecer soluciones racionales, así como la posibilidad de un uso manipulado, lo que comprometería su potencial para cumplir alguna finalidad con relación a los derechos humanos. No obstante, la imprecisión conceptual no sería un punto débil sino fuerte, de modo que la dignidad podría figurar como locus de partida en los debates en torno a visiones distintas y contradictorias⁶⁷.

La dignidad humana viene siendo contextualizada para atender a las exigencias de la democracia y del pluralismo. No se trata de una esencia inmutable ajena a las acciones humanas. Son las acciones concretas que construyen espacios de luchas por la dignidad humana⁶⁸ y eso “se alimenta de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana”⁶⁹.

La dignidad humana es un concepto abierto, cuya densidad resulta de procesos de disputa y de comparto de significados en una propia cultura o entre culturas distintas, basada en el reconocimiento del otro para la “ampliación de los círculos de reciprocidad” y la consecuente consolidación de su “capacidad de inclusión social”⁷⁰.

La idea de dignidad humana, introducida en varias constituciones, fue fuertemente influenciada por la doctrina kantiana, que diferenció lo que posee precio, y es sustituible, de lo que está por encima de todo precio y, por no ser sustituible, posee dignidad⁷¹. Ese “valor interno absoluto” de cada ser humano es atributo de la “persona aparejada con identidad moral y auto-responsabilidad, dotada de razón práctica y

66. Habermas, J.: “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010, pp. 464-480.

67. Maccruden, C.: “In Pursuit of human dignity: An introduction to current debates”, *Michigan Law*, paper n. 309, 2013.

68. Herrera Flores, J.: “Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales”, en *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004, p. 68.

69. Habermas, J.: *Sobre a Constituição da Europa*, Unesp, São Paulo, 2012, p. 11.

70. Santos, B. S.: “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”. *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo cultural*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, pp. 62-63.

71. Kant, I.: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 1991, p. 81.

capacidad de autodeterminación⁷². De esta manera, se disocia el ámbito de las relaciones mercantiles, de intercambio patrimonial, según actos de disposición, de la esfera de los derechos que tutelan la dignidad humana, no disponible y no negociable.

Por la dificultad en establecer un contenido más denso para delimitar las exigencias de la dignidad humana, los expertos buscan establecer prácticas posibles de ser identificadas como indignas, asociadas al desprecio, a la humillación y a la degradación. Este aspecto negativo encuentra cuestionamientos, pues esas situaciones, como la humillación y el desprecio, no tendrían como fundamentar los derechos humanos⁷³. Pero, no son esas situaciones las que cumplen esa función de fundamentación de los derechos humanos, pues ellas se sitúan por debajo del estándar que representa un mínimo a ser observado en relación a toda persona. Ello simplemente posibilita la identificación de situaciones extremas para desencadenar la reacción en contra de prácticas que indudablemente violan la dignidad humana. El fundamento sigue en los aspectos positivos o los deberes impuestos para la observancia del estándar, como es la exigencia de igual respeto y consideración, por ejemplo.

Hay quien defiende que la dignidad no se mezcla con los derechos humanos, porque ejercen una función de crítica a ellos⁷⁴. Con todo, el ejercicio de una función correctora no parece incompatible con su encuadramiento como fundamento de los derechos humanos. Lo importante es que la dignidad cumpla con su papel como guía para la acción, en el sentido de llevar a remedios que impidan o reparen un tratamiento inhumano o degradante.

El trato a las personas más vulnerables por los miembros de una comunidad muestra el grado de compromiso que esta comunidad tiene con la dignidad humana. Si son tratados como objetos, el valor intrínseco es despreciado, quitando el sentido de la vida. Aunque haya una difusión de la idea de dignidad como expresión de la autonomía y de la libertad, medidas de protección son necesarias para impedir que sean explotadas, despreciadas o tratadas como si fueran un objeto para la satisfacción de intereses ajenos. Los derechos sociales y económicos son fundamentales para el desarrollo de la persona, incluso para que pueda hacer elecciones y perseguir la libertad. La libertad es muchas veces restringida para asegurar la dignidad, como en el caso de los enones examinado por el Consejo de Estado Francés⁷⁵.

La dignidad también está vinculada a la idea de igualdad y ha sido un importante elemento en las reivindicaciones de grupos históricamente oprimidos, por cuestiones raciales, de género, orientación sexual, discapacidades, enfermedades y otros muchos factores que generan diferenciaciones de tratamiento y oportunidades. La dignidad en este sentido posee un importante contenido crítico de las estructuras tradicionales que confieren soporte a desigualdades que solamente encuentran justificaciones en un modelo autoritario y jerárquico de sociedad.

72. Haberle, P.: "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en Sarlet, I. W. (org.): *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 117.

73. *Ibid.*

74. *Ibid.*

75. Maccruden, C.: "In Pursuit of human dignity: An introduction to current debates", ob. cit.

Jeremy Waldron desarrolla un concepto de dignidad humana vinculada a la idea de *status* y de igualdad para defender el alto grado de consideración y respeto de todos los seres humanos. Waldron busca una fundamentación más jurídica que moral, para asegurar los mismos derechos humanos, que deben ser proclamados y respetados, además de protegidos igualmente por las leyes. Los términos “igual consideración y respeto” y “dignidad humana” están articulados, pero no son sinónimos. Estos términos son conectados para formar un potente bloque de principios con función vertical relacionada con la identificación del valor de cada ser humano, y horizontal para asegurar la igualdad de consideración de este valor entre todos los seres humanos⁷⁶. La noción de igual protección puede ser conciliada con diferencias de riqueza y poder en las sociedades, si hay una base para el interés de todos, pero la igual protección establece alertas a las desigualdades sociales y económicas, al afectar a la capacidad de personas de identificarse como parte del todo⁷⁷. Por otro lado, una clasificación racista o sexista que sitúa seres humanos en *status* distintos en razón de la raza y el género, por supuesto, no encuentra ninguna base en el bloque de dignidad humana y de igual protección⁷⁸.

La idea kantiana de que las personas no pueden servir de medios para alcanzar fines estuvo presente en la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán cuando pronunció la inconstitucionalidad del *Aviation Security Act*, por la cual se justificaba matar pasajeros en aviones para evitar que otras personas fuesen víctimas de ataques terroristas. En este caso, la dignidad de los pasajeros no permitió que ellos fuesen usados como medios para proteger la vida de otras personas. La dignidad media entre el campo de los deberes morales y el de las exigencias legales. Los derechos humanos surgen como respuesta a situaciones de “resistencia al despotismo, la opresión y la humillación”. Esta idea está presente en las constituciones post-guerra, en que los países con los regímenes más crueles fueron los que dispusieron la dignidad humana en sus constituciones. Así pasó con Alemania, Italia y Japón⁷⁹.

Habermas menciona violaciones concretas de la dignidad de la persona humana en situaciones como la marginalización de las clases empobrecidas, el tratamiento desigual entre hombre y mujer en los lugares de trabajo, en la discriminación contra los extranjeros y minorías raciales, lingüísticas, culturales y religiosas, de la mujer joven inmigrante por razones de violación de códigos de honor y en la expulsión de inmigrantes y de los que buscan asilo⁸⁰.

La dignidad humana opera la conexión entre distintas “generaciones” de derechos humanos. Los típicos derechos civiles y políticos, de libertad contra la interferencia del Estado, sólo son efectivamente observados si se garantizan condiciones sociales y económicas mínimas. Caso contrario, las personas serán llevadas a la marginalización, la

76. Waldron, J.: *One Another's Equals. The basis of human equality*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2017, p. 3.

77. *Ibid.*, p. 5.

78. *Ibid.*, p. 15

79. Habermas, J.: “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”, ob. cit., *vid.* nota 66.

80. *Ibid.*

discriminación y para el sufrimiento. Siendo así, la dignidad permite que los derechos humanos sean considerados como indivisibles. Las categorías de derechos humanos consideradas fragmentadas no son suficientes para resguardar el respeto a la igual dignidad de todas las personas en todos los lugares⁸¹.

La dignidad como fuente de derechos exigibles se circunscribe en una sociedad política específica, pero su carácter universal legitima pretensiones que sobrepasan las fronteras de los estados-naciones. Pero la protección de los derechos humanos en los estados naciones, así como más allá de sus fronteras, en muchos casos presupone luchas y disputas políticas de resistencias contra situaciones de opresión y degradación⁸².

En el campo jurídico, hay una discusión acerca de exactamente qué sería la dignidad prevista en constituciones e instrumentos internacionales. ¿Sería un derecho, un principio o un valor? Ello tiene importancia en la definición del carácter absoluto o relativo, cuando la dignidad es confrontada con otros bienes y valores del mismo rango. ¿Habría margen para la ponderación? Aharon Barak estudia la dignidad humana en las constituciones y sus diferentes previsiones. Según él, la dignidad está directamente vinculada a contextos históricos y su concepto sufre constante variaciones. Barak no está de acuerdo con que la dignidad sería un concepto axiomático y universal. Pero el hecho de no aceptar su universalidad no le quita fuerza. Esta relatividad conceptual, que la convierte en dependiente de sociedades concretas, es lo que permite desplegar toda su fuerza. Además, el concepto de dignidad expresa respeto al ser humano que se relaciona con los otros seres humanos, siendo por lo tanto relacional⁸³.

Algunas constituciones, como la española, consideran la dignidad como un valor. La Constitución brasileña la prevé como fundamento de la república. La dignidad puede ser reconocida como valor implícito en las constituciones norteamericana y canadiense. En la Ley Fundamental de Bonn, la dignidad es un derecho absoluto, que no admite juicio de proporcionalidad. Como consecuencia, la dignidad provocará una limitación desproporcionada en derechos que colisionen con ella en casos concretos. En otras constituciones, los conflictos en que la dignidad está en discusión son solucionados, admitiéndose restricciones en la dignidad si son proporcionales. Barak llama al derecho de la dignidad humana como un derecho-madre que posee derechos-hijos que revelan las facetas de la dignidad en diferentes niveles de abstracción. Un eventual conflicto entre derecho-madre y derecho-hijo no será resuelto a nivel constitucional, sino infraconstitucional. Barak responde que la idea de dignidad, por su flexibilidad, sería un medio para ampliar el margen discrecional del juzgador. Según él, los demás derechos fundamentales se caracterizan, así como la dignidad, por un campo amplio de significaciones⁸⁴.

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*

83. Barak, A.: *Human Dignity. The constitutional value and the constitutional right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

84. *Ibid.*

Pese a ese entendimiento mayoritario de relativizar la dignidad humana para someterla a la ponderación como otros derechos fundamentales, incluso a partir de la crítica a la jurisprudencia alemana, ella misma, considerada como fundamento de los derechos, no sería relativizada o ponderada, pues establecería un límite, un mínimo según el cual el derecho no podría ceder. En este sentido la dignidad asegura el núcleo esencial de los derechos.

Neomi Rao desarrolla tres conceptos de dignidad humana⁸⁵. El primero se refiere a la dignidad como valor intrínseco de todo ser humano, con independencia de las acciones para perseguir los ideales de vida buena. Es decir, la dignidad se vincula a la condición de ser humano y no a sus acciones y opciones. Su contenido básico es la libertad negativa que permite a las personas elegir sus proyectos de vida, sin interferencias. El segundo concepto se refiere a las formas substantivas de dignidad, diferente de la dignidad como valor intrínseco, que se ocupa de modos de vida particulares. El foco no es solo el ser humano en su individualidad, sino como miembro de una comunidad. El último concepto de dignidad se conecta con las exigencias de respeto y reconocimiento, por el cual, difiere del valor intrínseco, como espacio para el desarrollo, en esta última la dignidad y la identidad de la persona dependen de la aptitud de los otros para obtener respeto y reconocimiento⁸⁶.

La vinculación de la dignidad a determinadas condiciones de bien estar, por ejemplo, es un elemento externo que no es posible satisfacer por la idea de dignidad como valor intrínseco. Como estas condiciones de bien estar son contingentes de acuerdo con sociedades concretas, se entiende que la dignidad es eliminada o disminuida por razones como la pobreza o situaciones de discapacidad⁸⁷.

La Constitución sudafricana, por ejemplo, asegura la vivienda digna como derecho de todas las personas, correspondiendo al legislador promover las políticas necesarias para el cumplimiento de este derecho. La Suprema Corte vinculó este derecho a la dignidad de la persona, considerando que ninguna persona tendrá libertad e igualdad sin garantías de comida, ropa y vivienda. Así, la Corte condenó El estado a promover políticas para el gradual ejercicio del derecho previsto en la Constitución⁸⁸.

En el derecho internacional, la dignidad humana es mencionada en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración de Derechos Humanos, en los Convenios de Derechos Humanos de 1966, en el Preámbulo del Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en el Preámbulo del Convenio para la Eliminación de todas las formas de discriminaciones contra las mujeres, en el Preámbulo del Convenio de los Derechos de los Niños, en el Convenio de Protección de los Derechos de todos Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, en el Preámbulo de la Declaración de Viena, en el Convenio para la Protección de todas las personas forzo-

85. Rao, N.: "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law", *Notre Dame Law Review*, vol. 86, núm. 1, 2011, pp. 183-271; *George Mason Law & Economics Research Paper*, núm. 11-20. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1838597>.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.*

88. *Ibid.*

samente desaparecidas, en el Convenio de las Personas con Discapacidades, además de convenios de órganos y agencias especializadas⁸⁹.

Ocurre que los espacios de moralidad son reducidos por la invasión del mercado en las esferas de convivencia, sustituyendo patrones morales por la mercantilización de la vida.

C. La sociedad de la externalización y la invasión del mercado

Stephan Lessenich, en *La Sociedad de la Externalización*, describe la política global imperante, cuyo desarrollo social y económico está basado en un reparto desigual de las oportunidades y de los riesgos, como parte de la gestión de los costes del régimen capitalista. Por medio de la externalización, se trasladan a terceros, ajenos al proceso de acumulación de ganancias y riquezas, los costes y daños al medio ambiente y a las personas. La externalización se basa justamente en la desigualdad y la necesidad de su preservación, creando barreras para que los destinatarios de los efectos negativos del proceso puedan superar sus problemas y dejar de ejercer esta función⁹⁰.

La buena vida de unos es posible porque otros sufren al soportar las malas consecuencias que ello genera. Para que unos puedan ganar, otros tendrán que perder. La realidad es encubierta por una propaganda engañosa en la que los avances en la economía representarían posibles ventajas para los más pobres. Con todo, es un sistema que aumenta las desigualdades, pues está basado en la lógica de que para que unos ganen otros tienen necesariamente que perder⁹¹.

La expansión capitalista se direcciona a nuevas conquistas de espacios para convertir los territorios en objetos para la realización del fin de incrementar las ventajas económicas. Esa expansión se verifica con relación a la mano de obra barata para la descentralización de los costes de producción, lo que incrementa las prácticas de trabajo forzoso y esclavo, trabajo infantil y trabajo degradante. Ese proceso se desarrolla por medio de una distribución funcional del centro hacia la periferia. Esta distribución opera, entre otros mecanismos, por medio de cadenas de producción que disocian los daños sociales y ambientales de la generación y concentración de riqueza. El centro retiene los ingresos y la parte limpia del proceso, mientras la periferia se queda con los daños, los perjuicios, la basura y toda la suciedad. El incremento del poder económico corresponde al incremento del poder político. La asimetría de poder es parte estructural de la sociedad de la externalización. El ejercicio del poder en esta sociedad consiste justamente en la capacidad de descargar sobre terceros los costes del bienestar, que, a su vez, están excluidos de cualquier beneficio⁹².

Los miembros que tienen que soportar los daños, las desventajas y los perjuicios del proceso de producción de bienestar son los primeros afectados en tiempos de

89. *Ibid.*, p. 38.

90. Lessenich, S.: *La Sociedad de la Externalización*, Herder Editorial, Barcelona, 2019.

91. *Ibid.*

92. *Ibid.*

austeridad, por medio de narrativas como apretar “los cinturones” para justificar la reducción de ingresos y de derechos, cuyo resultado es el aumento de las ganancias y del bienestar para los grupos del centro⁹³.

Este proceso de externalización igualmente opera con un cierre social por el cual se protege a los miembros que monopolizan las ganancias de no sujetarse al proceso de explotación para generarlas. El funcionamiento de la sociedad de la externalización opera por la difusión de un proceso psíquico, que interioriza al cotidiano la deslocalización, la descarga, la represión y la exoneración. Se adopta el imperativo categórico inverso, en el sentido de hacer a los otros todo lo que no se quiere que se haga a sí mismo⁹⁴.

Los refugiados de guerra son animados a volver para participar en el proceso de lucha política de sus países de origen. Las diferencias son reforzadas para destacar el lado perverso de los extranjeros, con la difusión de la necesidad de tratarlos como criminales y de que la recuperación es inviable. Los movimientos de emigración de la periferia al centro son parte del efecto secundario de la sociedad de la externalización, como una especie de cobro del precio por soportar estos efectos. La reacción muchas veces se evidencia con prácticas represivas y racistas para proteger, por medio de la violencia y destrucción, los centros de prosperidad. Además, hay una enorme asimetría en el poder de movilidad asociada a las dificultades de la contención por las barreras, lo que genera una crisis migratoria. Los países centrales tienen la movilidad de sus nacionales asegurada en muchos países mientras los países de la periferia tienen cercenada esta movilidad, para no externalizar sus problemas a los países centrales. Los límites de la sociedad de la externalización tiene esa marca desigual entre entrada y salida⁹⁵.

Karl Polanyi analizó la vinculación de la economía a las necesidades de las sociedades y los intentos de aislar los dos fenómenos para forjar una economía auto-regulada y orientada exclusivamente por los imperativos del mercado, tendencia que vino con la revolución industrial. La solución para los problemas se encontraría en la materialización de las necesidades, por medio de una cantidad de mercancías (*commodities*). En estas economías, el comportamiento humano se vuelca para obtener el máximo de ingresos. Los precios tienen la capacidad de controlar la producción y la distribución en las sociedades. Todo lo que se produce es colocado para su venta en el mercado y los ingresos son originarios de estas ventas. El mercado asume una dimensión en que pasa a controlar no sólo la producción de los bienes y servicios, sino también el propio dinero, el trabajo y la tierra, que tendrán sus precios, mediante su conversión en mercancías, remunerados por juros, salarios y alquileres. Se prohíbe cualquier interferencia en la definición de los precios, que se quedan condicionados tan solamente a las definiciones del mercado⁹⁶.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. Polanyi, K.: *A grande transformação. As origens de nossa época*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 2000, p. 89.

Esta separación entre economía y sociedad, y consecuentemente entre economía y política, es presentada como si fuera común a toda la sociedad, cuando en realidad toda la economía debe servir a la sociedad. La tendencia de expansión del mercado, transformando dinero, trabajo y tierra en mercancías, no pasa de una ficción, puesto que el trabajo, la tierra y el dinero no son realmente mercancías, pues están directamente asociadas a la vida humana, de modo que tratarlas como mercancías es subordinar la sociedad a las exigencias del mercado. El trabajo está directamente vinculado a la persona del trabajador, no aceptando ser almacenado como un producto, así como la tierra es la propia naturaleza y no puede ser producida por el ser humano. El dinero simboliza el poder de compra, por lo que tampoco es una mercancía. Así, se refuerza que la conversión de estos elementos en mercancías no pasa de una ficción. La separación del trabajo de las actividades de la vida para insertarse en las leyes del mercado elimina formas sociales orgánicas para dar paso a formas individuales y atómicas. La autonomía de la voluntad manifestada por el contrato es la vía para eliminar relaciones humanas no contractuales⁹⁷.

En el caso que, efectivamente, el trabajo, la tierra y el dinero fueran orientados exclusivamente por los mercados, las sociedades se desplomarían. Según Polanyi, esta sobredimensión del mercado destruiría a las personas, las empresas y la naturaleza y ninguna sociedad se mantendría, en un efecto devastador que él denomina “molinos satánicos”⁹⁸.

El análisis de Polanyi muestra una lucha en el siglo XIX contra el dominio del mercado, en que fue posible preservar la posición subordinada de la economía a la sociedad. Sin embargo, en el siglo XXI lo “molinos satánicos” parecen desarrollar toda su fuerza destructora en razón de la prevalencia del mercado.

Michael Sandel, conocido por su célebre *best seller Justicia*, retrata en otro libro, *Lo que el dinero no puede comprar*, la invasión del mercado en las esferas de la vida que antes eran orientadas por otros factores. Como ejemplos de qué se compra, Sandel menciona, entre otros, la mejora en la cárcel, acceso a las vías de transportes solidarios con solo uno pasajero, madre de alquiler en India, derecho de ser inmigrante en los Estados Unidos, derecho de matar animales amenazados de extinción, teléfono móvil del médico, derecho de contaminar el medioambiente y matrícula de los hijos en universidades de prestigio⁹⁹.

Los mercados rigen las actividades humanas de forma apartada de la moral. Las relaciones humanas son orientadas por la lógica del mercado y, cada vez más, el dinero determina el comportamiento y las vidas de las personas. El autor utiliza el término corrupción, en sentido más amplio que el utilizado para referirse a pagos ilícitos y sobornos, en el intento de indicar la degradación de los bienes y prácticas, que pierden

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*, p. 95.

99. Sandel, M. J.: *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do Mercado*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016.

su valor moral, para transformarse en objeto de transacciones, destinándose apenas a incrementar los ingresos¹⁰⁰.

Un gerente de Walmart en New Hampshire, Michael Rice, lleva una televisión al coche de una cliente y, en el camino, sufre un ataque cardíaco y fallece a la semana siguiente. La póliza de seguro con valor de US\$300.000 no fue para la viuda o los dos hijos de Rice. Fue para Walmart, que adquirió la póliza, indicando a la propia Walmart como beneficiaria. Con naturalidad, Walmart justificó el beneficio con los costes para la formación y entrenamiento del empleado, así como la necesidad de sustitución y preparación de otro para ocupar su puesto. Según Sandel, la objeción a una práctica como esa llega a ser obvia. Aceptar que los empleadores puedan lucrarse con la muerte de sus empleados es algo que genera un desprecio total de las condiciones de salud y seguridad en el trabajo. No obstante, fue una práctica muy utilizada, tanto que los seguros de los trabajadores víctimas del 11 de septiembre de 2001, en el ataque a las Torres Gemelas, no beneficiaron a los familiares de los muertos, sino a los empleadores¹⁰¹.

Esta invasión de una lógica de mercado en todas las esferas de la vida deforma la dignidad de la persona humana, a partir de la máxima kantiana de que las personas no tienen precio, sino dignidad. Es la inversión del imperativo categórico en la sociedad de la externalización, como subraya Lessenich, por el cual el mandamiento pasa a ser descargar sobre los otros todo lo que se no quiere que caiga sobre uno mismo¹⁰².

O sea, la dignidad que representa el campo de lo no negociable e indisponible pasa a ser orientada por los mecanismos de mercado, como algo disponible y vendible, desafiando la Declaración de Philadelphia (1944) que afirma que el trabajador no es una mercancía.

Estas características flexibilizan el principal instrumento de protección de la dignidad humana, que son los derechos. Los derechos pierden su indisponibilidad, pasando a adquirir un carácter flexible, precario y temporal. En el derecho laboral, la precariedad viene en forma de subcontratación y de cadenas productivas como instrumentos de explotación y la creación de un pasivo laboral por numerosos infortunos y falta de pago, sin que sea posible identificar los responsables de las deudas. Los propios trabajadores tienen que soportar esos perjuicios. Los derechos laborales pasan a sufrir presiones, pues en ese modelo son obstáculos para el desarrollo económico y la expansión del mercado.

Ese contexto afecta a los trabajadores inmigrantes en una doble perspectiva. Una refuerza la prohibición de ingreso, por medio de posturas criminales y racistas en la búsqueda de culpables para problemas no resueltos. Otra afecta a los que logran entrar, que son convertidos en mercancías, sometidos a la explotación y a la degradación de las condiciones de trabajo. Las barreras en la entrada favorecen la explotación de los que ingresan y consiguen permanecer.

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*

102. *Vid.* nota 52.

V. REPOLITIZACIÓN DE LAS FRONTERAS Y LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES INDOCUMENTADOS

A. Políticas versus derechos

Las políticas de inmigración, inspiradas en una idea de mercado expandido y de externalización de los efectos dañinos de la concentración de recursos, se confrontan con las exigencias morales y jurídicas de respeto y consideración a la persona humana. Esas políticas suelen denegar derechos previstos en el ordenamiento nacional e internacional a los trabajadores inmigrantes indocumentados.

Ronald Dworkin desarrolló como parte de su teoría el posible enfrentamiento entre derechos y políticas. Inicialmente, Dworkin presenta la distinción entre principios y políticas (*policies*). Con relación a estas últimas, son un estándar que establecen objetivos a ser alcanzados en general para obtener resultados en términos económicos, políticos o sociales en beneficio de la comunidad. Los principios son igualmente estándares a ser observados no para lograr objetivos económicos, sociales o políticos, sino por un imperativo de justicia o de otra exigencia moral¹⁰³. A continuación, Dworkin diferencia derechos y objetivos, subrayando que los argumentos de principios buscan establecer un derecho individual mientras los argumentos de políticas se prestan a fijar objetivos colectivos¹⁰⁴. Un derecho político busca satisfacer una demanda individual, mientras los objetivos colectivos no se ocupan de una demanda individual, sino de alcanzar, por medio del equilibrio entre beneficios y cargas, ventajas para la comunidad en general¹⁰⁵.

Los derechos no están sujetos a este juego de compensaciones entre beneficios y cargas, pero esto no significa que sean absolutos. Los derechos pueden ceder ante otros principios o ante políticas urgentes, de acuerdo con circunstancias fácticas muy específicas. Pero, en general, los derechos prevalecen cuando en disputa con otras medidas para alcanzar objetivos colectivos. Esta es la base de la expresión “derechos como triunfos”, significando que los derechos se sobreponen a otras justificaciones para la acción política. Por ejemplo, una política buscando la seguridad de la comunidad por medio de la reducción de crímenes violentos aumenta los impuestos para estructurar mejor la policía. Esa política posee justificaciones para su implementación, pero no puede lograrse mediante la prohibición de manifestaciones o el encarcelamiento de personas sin el debido proceso¹⁰⁶.

Al lado de su teoría de los “derechos como triunfos”, Dworkin pone de relieve el concepto de “igual consideración y respeto”. El elemento central de esta idea es la igualdad y no la libertad. Los gobiernos están obligados a tratar a todos como humanos, con consideración, lo que significa tener en cuenta sus frustraciones y sufrimientos, así

103. Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 22.

104. *Ibid.*, p. 90.

105. *Ibid.*, p. 91.

106. Dworkin, R.: *Justice for Hedhoges*, Harvard University Press, Cambridge, 2013, p. 329.

como con respeto, asegurando los espacios donde actuar como agentes libres y conscientes para elaborar y ejecutar sus planes de vida. No se trata de que cada uno tenga una consideración y respeto en alguna medida, sino de que todos estén sujetos a igual consideración y respeto¹⁰⁷.

Según Dworkin, una comunidad política no tiene poder para crear y exigir obligación en contra a sus miembros si no observa igual consideración y respeto, aunque sea en la búsqueda de un nivel de bienestar considerable beneficioso para muchos. En suma, los principios de dignidad triunfan sobre las políticas colectivas¹⁰⁸.

Dworkin expone algunas concepciones de derechos humanos, subrayando la que sitúa los derechos como triunfos no solo sobre objetivos colectivos nacionales, pero también con relación a la soberanía nacional. Además de ser tratados con igual respeto y consideración, un individuo ostenta “un derecho de ser tratado como ser humano cuya dignidad fundamentalmente importa”¹⁰⁹.

Es importante aclarar que la teoría de derechos como triunfos no consagra una prevalencia de derechos individuales sobre objetivos colectivos que se convirtieron en derechos. Dworkin criticó la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Lochner*¹¹⁰, que apartó la legislación estatal de limitación de la jornada de panaderos so fundamento de la libertad de contratar¹¹¹. Como Dworkin deja claro en su teoría, el concepto de igualdad tiene más peso que el de libertad. Su teoría ha desencadenado debates y controversias en muchas áreas¹¹². Lo que importa resaltar es el peso que confiere a las fundamentaciones morales y jurídicas sobre las meramente políticas en el sentido de objetivos colectivos a ser alcanzados. En nuestro caso, las exigencias morales y jurídicas establecen límites a las políticas de inmigración, que debe ceder para respetar la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

La pregunta es si los argumentos morales y jurídicos, por sí solos, son suficientes para resguardar la dignidad de los trabajadores inmigrantes indocumentados. La respuesta es negativa, especialmente en estos tiempos de aumento del nacionalismo y de sentimientos xenófobos. De ahí que estas exigencias morales y jurídicas no deben anteponerse a la política, sino subsidiar una repolitización de las fronteras para establecer un replanteamiento por medio de la inversión de la ecuación entre el mercado y la vida de las personas.

La dignidad humana fue incorporada al movimiento laboral en la mitad del siglo XIX y asociada a la idea de justicia, lo que permitió extrapolar el campo del pensamiento a la práctica jurídica.¹¹³ Esa conversión se operó en el campo de la lucha política. La

107. Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, ob. cit., p. 272.

108. Dworkin, R.: *Justice for Hedhoges*, ob. cit., p. 330.

109. *Ibid.*, p. 335.

110. *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

111. Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, ob. cit., p. 278.

112. Waldron, J.: “Pildes on Dworkin’s Theory of Rights”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000, pp. 301-307. Publicado por The University of Chicago Press for The University of Chicago Law School en <http://www.jstor.org/stable/10.1086/468072>.

113. Haberle, P.: “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, ob. cit., p. 118.

protección de prácticas discriminatorias y degradantes convierte la dignidad en un poder para desafiar “los poderes ilegítimos, las jerarquías y los privilegios”¹¹⁴.

En contrapunto a la dignidad humana, se presenta el poder de reducir todo en medio para la acumulación de riquezas, que se alimenta de la capacidad política de influir en la dinámica social. Ese poder busca la despolitización del movimiento obrero, por medio de la naturalización de las violaciones de derechos, disminuyendo el poder de los trabajadores, de la individualización de los intereses, desorganizando acciones colectivas, y del pseudoasistencialismo, en el sentido de que la explotación de seres humanos es presentada como oportunidades para los más débiles.

La orientación ultraliberal desconsidera las luchas históricas para defender que la productividad de los trabajadores aumenta en condiciones de dificultades económicas y de alto riesgo para su salud y seguridad. En este sentido, la productividad sería inversamente proporcional a la protección laboral. Según esta visión, el orden económico no se somete a un control democrático o de medidas de justicia social¹¹⁵.

El trabajo digno figura como elemento central de la democracia, como inductor de distribución de poder. No respetar la dignidad de los trabajadores es una de las fórmulas más efectivas de apropiación y concentración de poder. El respeto a la dignidad asegura el poder de estar presente en la sociedad para defender adecuadamente sus intereses. Las afrentas a la dignidad desplazan a los trabajadores de los centros de las decisiones. Las violaciones de derechos laborales se convierten en estrategias para no distribuir poder, ya que la observancia de los derechos empodera. Las acciones contra el trabajo digno se valen de elementos de las normativas civiles y comerciales, para el campo transaccional, para quitar su carácter inderogable y relegar el sistema de protección social. Las tendencias de flexibilización aumentan el poder de los empleadores, volviendo a las viejas relaciones de poder como coto vedado a los derechos fundamentales¹¹⁶. “Con la eliminación de la violencia física como instrumento legítimo para obtener resultados, los mecanismos de control pasaran a ser disimulados, con carácter psicológico, introduciendo problemas graves de violencia y sufrimiento físico y mental en el ambiente de trabajo”¹¹⁷.

La repolitización de las fronteras está directamente condicionada a la organización y a la acción colectiva de los trabajadores inmigrantes indocumentados.

B. Los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados

Antonio Baylos destaca la dimensión del sindicalismo “como movimiento social y como cultura política” en constante tensión con “la regulación que la norma realiza de sus

114. Njoya, W.: “Dignity as non-discrimination: existential protests and legal claim-making for reproductive rights”, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 43, núm. 1, 2017, pp. 51-82.

115. Supiot, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Península, Barcelona, 2011, p. 35.

116. Lasagabaster Herrarte, I. L.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

117. Cf. Dejours, C.: *A banalização da injustiça social*, FGV, Rio de Janeiro, 2006.

estructuras y formas de actuación". La primera antecede y pone límites a la intervención estatal para preservar la autonomía y la independencia de los sindicatos¹¹⁸.

La existencia de un derecho colectivo de trabajadores inmigrantes indocumentados es incuestionable, pero su reconocimiento es gradual y objeto de disputas jurídicas, según el peso que se atribuyen a las políticas de inmigración. De cualquier manera, se trata de uno de los instrumentos más legítimos para una repolitización de las fronteras, pues es un canal para la defensa de la dignidad humana.

En algunas ocasiones es necesario conferir tratamiento colectivo a formas no organizadas de colectividades o actuar en otras organizaciones cuyos objetivos no sean propiamente laborales. Hay problemas que afectan a individuos que tienen dificultad en organizarse y cuya solución debe ser alcanzada en clave colectiva. Por tanto, hay derechos que se unen a otros varios para el desarrollo de las sociedades en general, como el derecho a la paz, a un medio ambiente sostenible, a la protección del patrimonio de la humanidad¹¹⁹, a la asistencia humanitaria y a minorías y grupos vulnerables, como los niños, discapacitados, enfermos y ancianos¹²⁰.

Los intereses colectivos no representan la suma de intereses individuales; son por lo tanto indivisibles y no están sujetos a la libre disponibilidad. Esto facilita la comprensión de la actuación de sindicatos contemplando trabajadores que no son afiliados¹²¹, lo que contribuye a que el trabajador reconozca su interés en el ámbito de una colectividad¹²².

Uno de los desafíos que se presentan a los sindicatos es una reestructuración para, además de orientarse por las categorías de profesión, sector o rama de actividad, tener en cuenta la diversidad y subjetividad de los trabajadores.

El sufrimiento en el trabajo no ha merecido la atención debida de las organizaciones sindicales, por el hecho de haber sido vinculado a la subjetividad individual, que podría direccionar a prácticas individualizadas en detrimento de la acción colectiva. Este espacio fue ocupado por empleadores, por medio de sus sectores de recursos humanos, que desarrollaron "nuevos métodos concernientes a la subjetividad y al sentido del trabajo: cultura empresarial, proyecto institucional, movilización organizacional, etc., extendiendo de manera drástica la brecha entre la capacidad de iniciativa de gerentes y empleadores, de un lado, y la capacidad de resistencia y de acción colectiva de las organizaciones sindicales, de otro"¹²³.

En los colectivos de trabajadores hay una heterogeneidad de intereses, así como violaciones particularizadas de trabajadores negros, mujeres, homosexuales, jóvenes, ancianos, inmigrantes, que merecen atención y tratamiento diferenciados. La identificación

118. Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004, p. 7.

119. García Inda, A.: *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 35-38.

120. No existe uniformidad en la clasificación de estos derechos como colectivos. Sobre este punto, ver la de G. Peces Barba, que distingue los derechos individuales por la pertenencia a un colectivo de los derechos colectivos y, a su vez, estos de las competencias. "Los derechos colectivos", en Ansuátegui Roig, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson-IDH "Bartolomé de las Casas"-Universidad Carlos III, Madrid, 2001.

121. Giugni, G.: *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001, p. 58.

122. Vallebona, A.: *Istituzioni di diritto del lavoro. I Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 69.

123. Dejours, C.: *A banalização da injustiça social*, ob. cit., p. 39.

y comprensión de estos problemas pueden ocurrir mediante la articulación con otros movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales y agentes públicos formuladores y ejecutores de políticas públicas, formándose redes de protección dirigidas a cuestiones específicas.

La actuación de los sindicatos para beneficiar solo a sus afiliados o a los integrantes de una categoría específica de trabajadores puede dar margen a un proceso de inclusión y de ciudadanía. Una organización espontánea de trabajadores migrantes indocumentados es de difícil concreción, por la necesidad de asumir posiciones de visibilidad pública, lo que representa una gran amenaza para estos trabajadores.

Compete a los sindicatos comprometerse en la protección y en la acogida de los trabajadores inmigrantes, independientemente de un contrato formal de trabajo. La actuación más general puede ser una estrategia en contra de la reducción del número de afiliaciones que es una tendencia general.

La noción de trabajador no depende de la nacionalidad del sujeto que trabaja. El trabajo, por sí sólo, justifica la aplicación de derechos, tanto en el ámbito individual como colectivo, sobre todo los derechos fundamentales. El trabajo iguala el disfrute de derechos, independiente de la condición de nacional o de otros motivos diferenciadores¹²⁴.

Como resalta Baylos, “[l]a dependencia de la inmigración como fenómeno social de la norma imperativa estatal-nacional es marcada por la política de emigración comunitaria, no impide olvidar que existe un espacio de autonomía colectiva que se conforma como una esfera de acción en la que también el trabajador inmigrante posee su lugar porque puede concebirse y proyectarse como sujeto colectivo o como participante de un sujeto colectivo ya dado y que actúa en el mundo del trabajo. En esa dimensión colectiva, la presencia del inmigrante como sujeto y un elemento que sin embargo se suele dejar en la sombra, incluso en las declaraciones de derechos”¹²⁵.

C. Dos comprensiones distintas de los derechos colectivos de los trabajadores inmigrantes indocumentados

En este apartado, se pretende analizar la decisión de la Suprema Corte Norteamericana en el caso *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. NLRB*¹²⁶ por la cual se consideró que la decisión de la agencia nacional de relaciones colectivas (*National Labor Relations Board-NLRB*), que garantizó la reincorporación y el pago retroactivo a un trabajador extranjero indocumentado tras un despido por participar de actividades sindicales, no era compatible con la política de inmigración federal. La idea es hacer una comparación con la decisión del Tribunal Constitucional español, que consideró inconstitucional

124. Baylos Grau, A.: “Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español”, *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006, pp. 11-40.

125. *Ibid.*

126. 535 U.S. 137 (2002).

la ley que exigía un permiso de residencia para reconocer el derecho de organización y acción sindical¹²⁷.

En mayo de 1988, la empresa Hoffman Plastic Compounds, Inc. (Hoffman) contrató a José de Castro como operador de máquinas. Castro presentó a la empresa los documentos que le autorizaban a trabajar en Estados Unidos. En diciembre del mismo año, un sindicato ligado a AFL-CIO lanzó una campaña para organizar trabajadores en la empresa. Castro participó de la campaña distribuyendo material a sus compañeros de trabajo. En enero de 1989, la empresa despidió a todos los trabajadores que participaron de la campaña, incluyendo a Castro. En enero de 1992 la agencia NLRB entendió que el despido colectivo violó el § 8 (a)(3) de la Ley Nacional de Relaciones Colectivas (*National Labor Relations Act -NLRA*) y ordenó a la empresa no violar la NLRA y notificar a sus empleados la decisión, determinando la reincorporación de los empleados afectados por el despido y el pago de los sueldos atrasados. La empresa aceptó con la decisión de la NLRB, pero, en junio de 1993, en una audiencia con un Juez Administrativo para establecer la cuantía del pago, Castro alegó que era originario de México y que no tenía permiso de trabajo válido en Estados Unidos. Castro usó una certificación de nacimiento falsa con la cual obtuvo su permiso de conducir y su número de la Seguro Social. El Juez Administrativo, ante los hechos, considerando la violación a la ley de inmigración, denegó el pago. Con todo, en septiembre de 1998, la NLRA, por mayoría, revirtió la decisión que denegó el pago, con el argumento de que la forma apropiada de cumplir la política de inmigración es garantizar al trabajador indocumentado la misma protección ofrecida a los demás trabajadores. De este modo, se calculó el pago en \$66.951.

La empresa llevó el caso a la Corte de Apelaciones, que denegó el recurso, pero la Suprema Corte aceptó el caso y revirtió la decisión. El voto de la mayoría subrayó que el margen de la NLRA para definir remedios por la violación de la NLRA no es ilimitado, como se había decidido en el caso *Sure-Tan*¹²⁸, por el cual dos empresas denunciaron a empleados extranjeros al Servicio de Inmigración y Naturalización (INS) como represalia por organizar actividades sindicales. Los trabajadores dejaron el país voluntariamente. La NLRB, durante la investigación, concluyó que las empresas violaron los §§ 8 (a)(1) y (3) de la NLRA y determinó la reintegración y pago atrasado, pero para no ir contra la Ley de Inmigración y Naturalización (INA), las medidas fueron condicionadas a la entrada regular en el país.

Dos años después de *Sure-Tan*, el Congreso aprobó en 1986 una reforma de la Ley de Inmigración (*Immigration Reform and Control Act-IRCA*) para impedir el empleo de extranjeros que no estuvieran legalmente en Estados Unidos o no autorizados para trabajar en el país. En este caso, no podían ser contratados, penalizando con sanciones civiles y criminales a los empleadores que contratasen trabajadores indocumentados. Los trabajadores indocumentados también serían penalizados si presentaban documentos alterados o falsos. Como Castro usó documentos falsos, él

127. STC 236/2007, de 07 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad 1707/2001 (BOE 10/12/2007).

128. 467 U.S. 883 (1984).

violó la ley y el pago atrasado iba en contra de la IRCA, de modo que la NLRA no tenía autoridad para aplicar esas órdenes. En la concepción de la mayoría, la decisión de la NLRA estimularía las violaciones como la de Castro. El voto de la minoría discrepó de la conclusión de la mayoría, bajo el argumento de que el pago atrasado no violaría la política federal de inmigración. Al contrario, eso contribuiría a disuadir la actividad ilícita en desacuerdo con las leyes de relaciones colectiva y de inmigración. Como el despido resultó de la actividad sindical contra la ley, el pago atrasado buscaba inhibir violaciones como esta. Caso contrario, el empleador se sentiría estimulado para violar la ley por ausencia de sanción. La ley de Inmigración contiene sanciones específicas y no impide el pago atrasado a trabajadores indocumentados. Según el voto vencido, la decisión en *Sure-Tan* denegó el pago atrasado porque los extranjeros dejaron el país.

Por lo tanto, son dos visiones distintas. Para la mayoría, el derecho de acción sindical queda debilitado por la ley de inmigración. Para la minoría, el pago reforzaría el cumplimiento de la política de inmigración.

El Tribunal Constitucional español también examinó un caso que confrontaba derechos colectivos de trabajadores inmigrantes indocumentados con las políticas de inmigración.

La Ley Orgánica 4/2000¹²⁹, de 11 de enero, aprobó nuevas disposiciones sobre los derechos, libertades y la integración de los inmigrantes en España. El texto original del artículo 11 preveía el derecho de filiación a sindicatos en condiciones de igualdad con los españoles, de acuerdo con la ley. La Ley Orgánica 8/2000¹³⁰, de 23 de diciembre, modificó el mencionado artículo 11, incluyendo una condición para el ejercicio del derecho de filiación a sindicatos: el permiso de residencia en España. Otros derechos fundamentales, como el de asociación, acceso a la tutela judicial efectiva y educación, entre otros, también fueron condicionados por la ley al permiso de residencia.

Recursos de inconstitucionalidad fueron presentados, cuestionando, entre otros, el artículo 11 sobre el derecho de filiación sindical con relación al artículo 28 de la Constitución Española. El Tribunal inició su análisis con una cuestión importante en torno a la localización de los derechos de los extranjeros en la Constitución o en la ley. De acuerdo con el Tribunal, la Constitución no trasladó a la ley el régimen de extranjería en España. Con base en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal subrayó que el artículo 13 de la Constitución contenía “un estatuto constitucional de los extranjeros”. El hecho de que dicho artículo mencionase la ley no significa que la Constitución delegue estos derechos al legislador, pero el legislador tiene un margen para regular los derechos de los extranjeros, observados los límites establecidos por la Constitución. Los extranjeros son titulares de algunos derechos fundamentales del Título I por mandamiento constitucional, sin que se admita un tratamiento diferenciado de los españoles (STC 107/1984), de manera que los derechos están asegurados en igualdad de condiciones con los españoles (STC 95/2000). Estos derechos pertenecen a la persona como ser humano y no como ciudadano y son esenciales para

129. Publicada en el BOE de 12/01/2000.

130. Publicada en el BOE de 23/12/2000.

asegurar la dignidad humana en los términos del artículo 10 de la Constitución (SSTC 107/1984; 99/1985; 130/1995).

Este punto merece atención al establecer la dignidad humana como elemento definidor de algunos derechos fundamentales por los cuales los extranjeros tienen la misma protección que los españoles, ejercidos con las mismas garantías y límites. Este grupo de derechos incluye la vida, la integridad moral y física, la privacidad, la libertad de expresión (STC 107/1984), el derecho de protección efectiva por jueces y tribunales (STC 99/1985), el derecho de asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003), el derecho de libertad y seguridad (STC 144/1990) y el derecho de no ser discriminado por origen, raza, sexo, religión u otra circunstancia personal o social (STC 137/2000). El Tribunal reconoció estos derechos de las personas como seres humanos en una lista no cerrada, que incluye la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados ratificados por España, como está previsto en el artículo 10.2 de la Constitución¹³¹.

Esta conclusión no quita el margen del legislador de delimitar derechos de los extranjeros. La Constitución ofrece una serie de opciones políticas y el legislador puede condicionar algunos derechos al permiso de residencia, como el derecho de establecer un contrato de trabajo válido (STC 107/1984).

Así, el Tribunal con apoyo de los artículos 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 22 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 del Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2 del Convenio n. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, consideró que el artículo 28.1 de la Constitución no excluye a los trabajadores extranjeros, haciéndolo solo con relación a los trabajadores sujetos a disciplinas militares y algunas particularidades de los funcionarios públicos. El contenido de este derecho es amplio y engloba un elemento funcional para la actividad de los sindicatos (STC 281/2005). Así, el Tribunal concluyó que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 4/2000, con la alteración de la Ley Orgánica 8/2000, era inconstitucional.

Tras la decisión, la Ley Orgánica 4/2000 fue modificada nuevamente para ajustarse al fallo del Tribunal Constitucional, asegurando el derecho de filiación sindical en las mismas condiciones de los españoles¹³².

La Ley Orgánica 4/2000, así como la ley norteamericana (IRCA), contiene sanciones a los empleadores que contratan trabajadores extranjeros indocumentados. Entretanto, los tribunales españoles aplican en caso de violación de las leyes laborales los mismos remedios aplicados a los trabajadores documentados. Por ejemplo, en un despido, un trabajador indocumentado tendrá la misma cuantía que un trabajador español o extranjero documentado. La única diferencia es la imposibilidad de reintegración¹³³.

131. Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo de Britto Pereira, R. J.: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Migraciones*, núm. 18, 2005, pp. 199-215.

132. Publicado el 12/12/2009.

133. TS- SS de 29.09.2003, rec. 3003/2002.

En términos de comparación, se puede decir que en la decisión de la Suprema Corte norteamericana prevaleció la política de inmigración, mientras en la decisión del Tribunal Constitucional español prevaleció la dignidad humana.

Lance Compa¹³⁴ menciona la repercusión del caso Hoffman en el plano internacional, considerando que los estándares internacionales no dan soporte al excepcionalismo estadounidense. La Organización Internacional del Trabajo, por el Comité de Libertad Sindical, declaró que el acuerdo en el caso Hoffman violó las normas internacionales de protección a los trabajadores para organizarse en sindicatos. La conclusión fue que revertir las medidas aplicadas por la NLRB en casos de acción sindical por trabajadores inmigrantes indocumentados comprometía la protección contra las prácticas antisindicales. La OIT recomendó al Congreso estadounidense la aprobación de una ley consagrando la libertad sindical, con consulta a los actores sociales, para proteger los trabajadores contra actos antisindicales, superando la doctrina Hoffman. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se manifestó sobre el caso Hoffman, subrayando que los derechos laborales deben ser observados siempre que un trabajador en sentido amplio se involucra en una actividad remunerada. Estos derechos que son previstos en el plano nacional e internacional se aplican a las relaciones entre empleados y empleadores, independientemente de cualquier circunstancia social o económica. Si alguien ingresa en un país y establece una relación de empleo pasa a ser titular de derechos humanos laborales en el estado del empleo, sin importar la situación migratoria. El ejercicio de estos derechos debe ser garantizado sin discriminar a estos trabajadores¹³⁵.

Carolina Núñez¹³⁶ resalta la paradójica situación de los trabajadores inmigrantes indocumentados, que tienen la protección de las leyes laborales pero no tienen los remedios asegurados de los trabajadores estadounidenses o a los que tienen autorización para trabajar. Hoffman consagró un “modelo fracturado” de miembros: los que poseen todos los derechos y los inmigrantes indocumentados, que tienen la garantía de hacer parte, pero sin los derechos de un miembro pleno.

El análisis de Núñez se basa en dos criterios que compiten entre ellos: el de la territorialidad y el basado en el estatus, este último adoptado en el caso Hoffman. El criterio basado en el estatus es de carácter formal y supone la admisión legal en Estados Unidos. El criterio de la territorialidad condiciona la posición de miembro a la presencia física del inmigrante en el territorio. Para los ciudadanos e inmigrantes documentados, a quienes se le reconocen derechos, la distinción entre los modelos no genera ninguna consecuencia práctica. Mientras tanto, para los indocumentados es la “diferencia entre inclusión y exclusión, derechos y no derechos”. Para el criterio de territorialidad, el hecho de estar dentro desencadena derechos. Para el basado en

134. Compa, L.: “Migrant Workers in The United States: Connecting Domestic Law with International Labor Standards: The Piper Lecture”, ob. cit.

135. CIDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acceso el 21/04/2018.

136. Núñez, C.: “Fractured Membership: Deconstructing Territoriality to Secure Rights and Remedies for the Undocumented Worker”, *Wisconsin Law Review*, 2010 (3), pp. 817-873.

el estatus, se tienen en cuenta las situaciones legales variadas, como turistas, estudiantes, trabajadores temporales, ciudadanos, que dan margen a derechos diferenciados¹³⁷. El criterio basado en estatus exige el consentimiento del Estado para adquirir la condición de miembro, mientras el de la territorialidad depende de la decisión individual con relación a un territorio. Los que defienden la inclusión del trabajador inmigrante indocumentado toman el criterio basado en la territorialidad, pues en el criterio basado en el estatus, “la frontera de exclusión está en el lugar de trabajo”¹³⁸.

El debate pone de relieve las dos concepciones en conflicto examinadas en este texto: una con soporte en decisiones políticas orientadas por una idea de la primacía de los imperativos de expansión mercantil y de la externalización de los efectos dañinos; otra basada en la persona humana, como portadora de dignidad y titular de derechos indisponibles e indispensables para su protección y desarrollo.

De ahí que la propuesta de repolitización basada en la dignidad del trabajador inmigrante indocumentado pase por el reconocimiento y garantía de sus derechos laborales. A partir de ahí, las instituciones deben dejar de reproducir las relaciones de dominación, convirtiendo los reclamos y deseos de las víctimas de humillación y menosprecio, para asumir la misión constitucional de asegurar igual consideración y respeto a toda persona humana.

VI. CONCLUSIONES

Las políticas de inmigración más restrictivas están orientadas por cuestiones materiales, teniendo como correspondencia un sistema económico basado en la expansión del mercado, con la externalización de los efectos dañinos a las personas y al medio ambiente. Este conjunto conlleva a profundas desigualdades y coloca a los trabajadores inmigrantes indocumentados en una situación de extrema vulnerabilidad.

En tiempos de crisis y pandemia, estos trabajadores y los grupos vulnerables son las principales víctimas. El estado excepcional que justificaría una atención especial a las víctimas, para disminuir su sufrimiento, muchas veces opta por romper compromisos constitucionales, en una falsa disyuntiva entre vida y economía, que agravan más la situación y la desesperación de esas personas.

No hay justificaciones morales para excluir los derechos de los inmigrantes indocumentados y desprestigiar su dignidad. Por más que no haya señales en dirección a la eliminación de las fronteras de los países, la presencia y permanencia de una persona en un territorio, independientemente de su situación legal, genera exigencias morales y jurídicas.

Las políticas no se anteponen a los derechos. Los derechos son triunfos que deben prevalecer, no para derrotar políticas, sino para replantearlas según exigencias morales y jurídicas en respeto de las personas.

137. *Ibid.*

138. *Ibid.*

La repolitización de las fronteras depende de la observancia de los derechos laborales, sobre todo la organización y acción colectiva de los trabajadores inmigrantes indocumentados. La comparación de decisiones de la Suprema Corte estadounidense y del Tribunal Constitucional español ponen de relieve dos concepciones distintas: la primera basada en la política de inmigración y la segunda en los derechos.

La negación de derechos a trabajadores inmigrantes impacta en la sociedad como un todo al rebajar el umbral mínimo civilizatorio, deshaciendo los pactos contra la instalación de la barbarie.

Bibliografía

- Anderson, E.: *Private Government. How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*, Princeton University Press. New Jersey, 2017.
- Barak, A.: *Human Dignity. The constitutional value and the constitutional right*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2008.
- Baylos Grau, A.: "Inmigración y derechos sindicales. Un análisis del modelo legal español", *Revista de Derecho Social*, núm. 34, 2006.
- Baylos Grau, A.: *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- Caldera Sánchez-Capitan, J.: "La inmigración y su integración en el mercado laboral español", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 2008.
- Carens, J. H.: *Innigrants and the right to stay*, MIT Press, Cambridge, 2010.
- Carens, J. H.: *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, New York, 2013.
- Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- Chueca Sancho, Á. G.: "El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.): *Inmigración, Estado y Derecho*, Bosch, Barcelona, 2008.
- Clapham, A.: *Human Rights. A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2007.
- Compa, L.: "Migrant Workers in The United States: Connecting Domestic Law with International Labor Standards: The Piper Lecture", *Chicago-Kent Law Review*, 92, 211 (2017).
- Davis, M. et al.: *Coronavirus e a luta de classe*, Terra sem amos, Brasil, 2020.
- Dejours, C.: *A banalização da injustiça social*, FGV, Rio de Janeiro, 2006.
- Dworkin, R.: *Justice for Hedhogs*, Havard University Press, Cambridge, 2013.
- Dworkin, R.: *Taking Rights Seriously*, Havard University Press, Cambridge, 1977.
- Ernst, J. L.: "The constitution in times of national crisis: contextualizing post-september 11 constitutional ramifications", *North Dakota Law Review*, vol. 88, núm. 1, article 3.
- Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más Débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- Ferrajoli, L.: *Manifiesto por la igualdad*, Trotta, Madrid, 2019.
- García Inda, A.: *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Giugni, G.: *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2001.
- Griffin, J.: *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- Haberle, P.: "A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal", en Sarlet, I. W. (org.): *Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.
- Habermas, J.: "The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights", *Metaphilosophy*, vol. 41, núm. 4, 2010.
- Habermas, J.: *Sobre a Constituição da Europa*, Unesp, São Paulo, 2012.

- Herrera Flores, J.: "Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales", en *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004.
- Holmes, S.: *Passions & Constraint. On the theory of liberal democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
- Kant, I.: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 1991.
- Kymlicka, W.: *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006.
- Lasagabaster Herrarte, I. L.: *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.
- Lessenich, S.: *La Sociedad de la Externalización*, Herder Editorial, Barcelona, 2019.
- López, J.: "Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad", *Estudios de derecho judicial*, núm. 76, 2005.
- Maccruden, C.: "In Pursuit of human dignity: An introduction to current debates", *Michigan Law*, paper n. 309, 2013.
- Nieto Roales-Nieto, C. y Macedo de Britto Pereira, R. J.: "La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar", *Migraciones*, núm. 18, 2005.
- Njoya, W.: "Dignity as non-discrimination: existential protests and legal claim-making for reproductive rights", *Philosophy and Social Criticism*, vol. 43, núm. 1, 2017.
- Núñez, C.: "Fractured Membership: Deconstructing Territoriality to Secure Rights and Remedies for the Undocumented Worker", *Wisconsin Law Review*, 2010 (3).
- Nussbaum, M. C. et al.: *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*, Espasa, Barcelona, 1999.
- Peces Barba, G.: "Los derechos colectivos", en Ansuátegui Roig, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson-IDH "Bartolomé de las Casas"-Universidad Carlos III, Madrid, 2001.
- Polanyi, K.: *A grande transformação. As origens de nossa época*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 2000.
- Rao, N.: "Three Concepts of Dignity in Constitutional Law", *Notre Dame Law Review*, vol. 86, núm. 1, 2011, pp. 183-271; *George Mason Law & Economics Research Paper*, núm. 11-20.
- Sandel, M. J.: *O que o dinheiro não compra. Os limites morais do Mercado*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2016.
- Santos, B. S.: "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade". *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo cultural*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Santos, B. S.: *A pedagogia do vírus*, Almedina, Lisboa, 2020.
- Supiot, A.: *El Espíritu de Filadelfia. La justicia social frente al mercado total*, Península, Barcelona, 2011.
- Vallebona, A.: *Istituzioni di diritto del lavoro. I Il diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2000.
- Viadel Colomer, A.: *Inmigrantes y emigrantes*, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2006.
- Waldron, J.: "Pildes on Dworkin's Theory of Rights", *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, núm. 1, 2000.
- Waldron, J.: *One Another's Equals. The basis of human equality*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2017.
- Walzer, M.: *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2003.