

Consideraciones jurídicas en materia del trabajo realizado por los migrantes en condición irregular

Legal considerations regarding work performed by migrants in an irregular condition

LUIS FERNANDO ÁVILA SALCEDO

Universidad Anáhuac México, Facultad de Derecho, México
favila@anahuac.mx

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n35.01>

Recibido: 16/05/2022

Aceptado: 20/06/2022

RESUMEN

El presente artículo versa sobre la situación jurídica del trabajo y del trabajador en condición de migrante irregular, tomando en consideración el alcance que puedan tener las disciplinas del derecho social, como son el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social dentro del contexto de la protección jurídica de los sujetos previstos en estos ordenamientos con la finalidad de proyectarlos en el marco jurídico internacional y afianzar medios que propicien desde la comprensión de los derechos humanos y la dignidad de la persona hasta la defensa y garantía del trabajo, con respecto a la situación fáctica que ofrece el realizar servicios laborales cuando la persona se encuentra en situación de estancia irregular.

Palabras clave: migración irregular, derecho del trabajo, seguridad social.

ABSTRACT

This article deals with the legal situation of work and of the worker in irregular migrant status, taking into account the scope that the disciplines of social law, such as labor law and social security law, may have in the context of the legal protection, of the subjects provided for in these systems, to project them in the international legal framework, and strengthen means that promote, from the understanding of human rights, and the dignity of the person, the defense and guarantee of work, with respect to the factual situation, offered by performing labor services, when the person is in a situation of irregular stay.

Keywords: *irregular migration, labor law, social security.*

Preliminar de la investigación

La perspectiva del trabajo del migrante en condición irregular dentro del campo del derecho del trabajo y de la seguridad social y desde el plano de la investigación en lo referente al ejercicio de la estructura formal a la que pertenece el primero y al carácter contributivo de la segunda, se presenta este novedoso tema en donde la relación del trabajo es el eje de la construcción jurídica de la disciplina mencionada, dentro de la que autores como son los maestros Mario de la Cueva, Néstor de Buen Lozano, José Dávalos Morales y Euquerio Guerrero, han desarrollado una doctrina laboral sobre este eje y, por lo tanto, se plantean la posibilidad de ampliar su ejercicio para el trabajo del migrante irregular, con los efectos de protección que ello causarían. Para impulsar la cobertura hacia las unidades de análisis señaladas, se tomaron como referencia estudios de los profesores Stephen Castles, *Migración, trabajo y derechos precarios*, Salazar Rojas, *Incidencia de las normas internacionales para la protección de los trabajadores migrantes irregulares en Colombia*, Pablo Rieznik, *Trabajo, una definición antropológica* publicado en el Dossier “Trabajo, alienación y crisis en el mundo contemporáneo”, Helena Hirata y Philippe Zariffian en *El concepto de trabajo*, entre otros, con el propósito de cimentar un camino hacia la regularización del trabajo realizado por el migrante en situación irregular.

Hacia el concepto de migración irregular y trabajo

Incursionar en el mundo del trabajo es voltear a verse uno a sí mismo y ha sido el gran motor de la humanidad, la base del paisaje construido

es la fortaleza de lo individual y la consistencia de lo colectivo para asumir retos.

Hablar de migración es reflejarnos históricamente, es la base de la movilidad humana. En el tiempo se han forjado escenarios de sociedades diversas y, en este sentido, hechos como la conquista o el encuentro de Europa con América convirtieron a este continente en un inmenso territorio receptor de migrantes y lo mismo en otros continentes en referencia, por ejemplo, al caso de África y de Australia.

La humanidad ha vivido permanentemente procesos de movilidad, en gran medida la inquietud por explorar y la perspectiva de abrir nuevos caminos; le ha permitido desde ampliar horizontes hasta ser el motor de grandes transformaciones, en lo económico, lo social, lo cultural, entre otros. Por ejemplo, véase la importancia histórica de la ruta de la seda que conllevó a occidente y oriente a intercambiar experiencias y conocimientos, forjando importantes transformaciones de unos y otros. Se podría afirmar que los procesos de migración son naturales a los seres humanos.

Para identificar el fenómeno, resulta conducente acudir a los conceptos que sobre migración irregular y trabajo presenta la doctrina y de esta manera entender sus manifestaciones, alcances y efectos mismos que hoy en día ofrecen limitantes y subyacen en la problemática universal de las organizaciones políticas modernas, fijando el cuestionamiento, en el sentido de si los países industrializados mantienen la tendencia de aprovechar mano de obra barata no manifestada en registro alguno.

Actualmente existe un panorama de desplazamientos humanos como lo que sucede en la fronteras entre Balarús y Polonia o entre Venezuela y Colombia, la migración hacia los EUA y la política de muros en las fronteras que son materia de tratamiento jurídico internacional, cuyos contenidos atraen diversas disciplinas, unas más desarrolladas que otras, dirigidas a entender las causas y las consecuencias que atrae la migración irregular, con la finalidad de diagnosticar y brindar respuestas sólidas que den salida a esa política, del dejar hacer y dejar pasar, sobre la base de una discrecionalidad que actúa según la oportunidad o conveniencia de quien tiene el poder.

¿Qué señala la doctrina cuando se refiere al término migrante?

Dairen Madrigal, señala al respecto:

Un migrante es aquella persona que decide salir de su lugar de origen para trasladarse a otro, ya sea una comunidad, estado, o país por un intervalo de tiempo considerado. Todo traslado es una emigración con respecto a la zona de origen y una inmigración con respecto a la zona

de destino. Es decir, el migrante es al mismo tiempo inmigrante y emigrante. La zona de origen, también conocida como zona de salida es el lugar natal de donde proviene el migrante, de aquí se traslada hacia la zona de destino o, de entrada, la cual se convierte en su residencia actual, temporal o permanente.¹

Con base en el concepto citado y para la precisión de la investigación en función de fijar las unidades de análisis, la perspectiva de la migración irregular presenta comportamientos que no afectan su identificación, como sucede en la migración México-EUA, exhibiendo otros factores como se señala en el siguiente texto:

Los flujos migratorios irregulares de México a EUA han ocurrido a lo largo del siglo xx (Bustamante, 1976). Una premisa básica del concepto de *circularidad migratoria*, tal como se utiliza aquí, es que la persistencia y las grandes dimensiones que han caracterizado a estos flujos a lo largo del siglo se explican por medio de un proceso de circularidad migratoria (Bustamante, 1977). Este concepto no es descriptivo. Es una construcción teórica que implica varios factores que dan lugar a subsecuentes conceptualizaciones.²

Bajo estos lineamientos, la pregunta es si, independientemente de las variaciones que pueda presentar la migración, existen situaciones comunes relevantes, características de los grupos o sujetos que comienzan este proceso, que ofrezcan elementos que abonen al estado planteado, especialmente en función de dar una respuesta jurídica coherente con los derechos humanos. Al respecto, véase lo siguiente:

En un contexto más estructural, está la posición adscrita a los migrantes dentro de las estructuras de poder de sus sociedades de origen, en las que el migrante, por el hecho de haberse alejado de su comunidad y de su familia, pierde capacidad de defensa como sujeto de derechos humanos. Puede decirse que el migrante gana indefensión, conforme se aleja de su comunidad de origen.

De este supuesto surge la noción de *vulnerabilidad estructural* de los migrantes, concepto que ha sido desarrollado por el autor antes mencionado (véase Bustamante, 1998) para sugerir el proceso paradójico por

¹ MADRIGAL, Dairen, "Definiciones y conceptos sobre migración", México, Universidad Autónoma de Tabasco. https://www.academia.edu/39376036/CAP%C3%8DTULO_I_Definiciones_y_conceptos_sobre_la_migraci%C3%B3n?from=cover_page

² BUSTAMANTE, Jorge A., "Migración irregular de México a Estados Unidos: diez años de investigación del Proyecto Cañón Zapata", *Frontera norte*, vol. 12, núm. 23, 2000, pp. 7-49. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-73722000000100001&lng=es&nrm=iso

medio del cual los migrantes o extranjeros son “etiquetados” como “extranjeros” en un sentido peyorativo, lo cual es una construcción social que parte de un acto de poder que los nacionales de un país derivan ilegítimamente de un derecho legítimo de soberanía del Estado de definir quién es un nacional y quién no lo es. Tal construcción social de la naturaleza peyorativa del uso de la etiqueta de “extranjero” se convierte en la base ideológica de una imputación social de inferioridad de los migrantes y, en mayor medida, de los migrantes indocumentados.³

El señalamiento se hace en el sentido que la migración, en sí misma, implica desprendimiento de lo propio para involucrarse con lo ajeno en cuanto ingresa a un ordenamiento jurídico diferente al de su origen y cuya dimensión inmediata es la distinción de lo local con lo foráneo, marcando la supremacía del que recibe y que se concreta en marcos regulatorios densos y de tiempos muchas de las veces a modo, para regularizar su estancia, empleados bajo el concepto de soberanía estatal que logrado, calificaría para la denominada migración regular, cuyas actuaciones distan de lo simple, aspecto relevante, si se toma en cuenta la situación y características de quien ingresa al Estado extranjero, sin las formalidades requeridas, magnificándose y deformándose por ingresar a un submundo que lo invisibiliza en detrimento de su condición de persona y con proyección a cualquiera de sus acciones, en especial la referente al trabajo, al que se le comunica igualmente una situación de desconocimiento o desatención en razón al estado de irregularidad. Para precisar el concepto, se trae a colación el siguiente texto:

... la ONU precisa este término y se refiere a “migraciones irregulares”, para describir diversos fenómenos de personas que ingresan o permanecen en un país del cual no son ciudadanos, violando las leyes nacionales. El término se aplica a los migrantes que ingresan o permanecen en un país sin autorización, a los solicitantes de asilo rechazados que no respetan una orden de expulsión y a las personas que evaden los controles migratorios mediante matrimonios no consumados o de conveniencia”. El informe reconoce la controversia [...] sobre los términos indocumentado e ilegal, plantea estar de acuerdo en que una persona no puede ser “irregular” o “ilegal” y anuncia que se denominará a estas personas migrantes en situación irregular.⁴

³ *Idem.*

⁴ MARTÍN, Magali, “La migración irregular en Latinoamérica: un asunto a debate”, *Migrantes latinoamericanos: el estado de las investigaciones en la región*, Brasil, Asociación Latinoamericana de Población, 2008, pp. 149-161. https://web.archive.org/web/20180425163933id_/http://www.alapop.org/alap/SerieInvestigaciones/InvestigacionesSI1aSi9/MigrantesALYC.pdf#page=149

Lo primero que se advierte del concepto de la ONU es descartar la criminalización del fenómeno migratorio ya que su situación no es la de delincuente y por lo mismo se encuentra por fuera de los estatutos penales, razón por la cual el organismo mencionado recomendó en 1999 el empleo de “irregular” y que se oficializó en 2005 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Bajo este gran avance conceptual, que no es tema menor y es un aspecto que amerita atención, resulta necesario identificar cuantitativamente la población en esta condición que, como se ha visto, sus características la orillan a introducirse en un submundo, paradójicamente para posibilitar su subsistencia pero proclive a todo abuso y ausencia de amparo legal, al no existir registros oficiales ya que es notoria la ausencia de políticas adecuadas para tratar el problema; sin embargo, existen esfuerzos al respecto como el que presentó en el 2006 el Fondo de Población y Vivienda, en donde se presentan cálculos de entre treinta y cuarenta millones de personas en esta situación. La ONU estima que entre 2.5 millones cruzan fronteras sin autorización. En Europa entre 10 y 15% de 56 millones, se encuentran en situación irregular.

Dentro del marco temporal citado, en EUA los estudios señalan que la población migrante indocumentada asciende a 12 millones y que representa el 30% de extranjeros que residen en ese país, datos que según informes periodísticos no disminuyen a pesar de las políticas antimigratorias existentes hoy en ese país y que se mantiene en ascenso y en consecuencia, en el centro de la atención internacional es imprescindible visibilizar la situación de esta población para corregir prácticas que vulneran su condición de persona y ante todo, acciones que van contra el sentido de justicia de los pueblos civilizados.

Con base en el señalamiento anterior se pueden observar actuaciones en otras latitudes, especialmente en países europeos en lo que respecta al tratamiento de la migración irregular y en donde se presentan diferentes respuestas, como lo señala el siguiente estudio:

Con el aumento constante de migración irregular como consecuencia del movimiento de trabajadores en busca de mejores oportunidades de empleo que las que tienen en sus países de origen —a pesar de la discriminación de que son objeto—, los países receptores se plantean por un lado, la búsqueda de controles fronterizos para limitar la entrada de los migrantes no deseados y por otro, la promulgación de políticas migratorias que regularicen a los que ya han ingresado violando las fronteras o las regulaciones migratorias establecidas con anterioridad. [...] España, que realizó una normalización masiva en el 2005, que beneficio a 600.000 migrantes en situación irregular, [...] Portugal, también en el 2005, aprobó

una ley que flexibiliza los requisitos para la nacionalización de los inmigrantes, que favorece a aquellos provenientes de sus excolonias, entre ellos a más de 120.000 brasileños que residen en el país y a los nietos de portugueses residentes en Brasil y en otros países latinoamericanos, en especial Venezuela y Argentina.⁵

Bajo esta lente, la búsqueda es brindar soluciones que, desde la óptica internacional, sugieran a partir de sus experiencias, canales jurídicos, políticos, económicos, etc., que manejen con eficacia el problema siendo uno de los aspectos a priorizar el de visibilizar a la población migrante en condición irregular mediante procedimientos administrativos que permitan establecer cifras ciertas, posibilitando la ejecución de programas o políticas públicas que, según las disposiciones, el Estado o los Estados hayan fijado para su tratamiento jurídico, respondiendo concretamente a quienes atravesaron fronteras sin la realización de las formalidades para ello.

Analizado el concepto de migración irregular y vinculado a ella se relaciona la situación del trabajo realizado como consecuencia de un sentido de vida y se enfrenta al concepto de trabajo regulado, que conlleva las exigencias que presenta el derecho del trabajo y cuya consideración se plantea pertinente para responder a la situación que, de hecho, el trabajador migrante irregular puede presentar. En este orden de ideas, resulta oportuno atraer la perspectiva antropológica del desarrollo del trabajo en la historia de la humanidad, en cuanto que en la antigüedad no se le concibió como “producto o producción de la humanidad”, el tratamiento de la riqueza se relaciona con un atributo de la tierra, de la naturaleza misma, significando que la creación como reproducción no es resultado de la intervención humana, en todo caso la operación se encuentra limitada al descubrimiento, a la extracción y finalmente el consumo.

Al respecto, en un artículo desarrollado por el profesor Rieznik se señala:

El trabajo para el mantenimiento de la vida era concebido, por lo tanto, apenas como una compulsión, tarea obligada y penosa, ejercicio propio de degradarse, extraño a aquello que podrían caracterizar lo más elevado de la esencia del hombre como tal. En la Grecia clásica, el trabajador era esclavo, no era hombre; el hombre no trabajaba. No hay en lengua

⁵ MARTÍN, Magali, “Migración irregular y tráfico de personas: nuevos problemas para América Latina y el Caribe”, *Aldea Mundo*, vol. 11, núm. 22, pp. 43-54. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=54302205>

griega una palabra, por lo tanto, para designar el trabajo humano con la connotación que le asignamos en la actualidad.⁶

De tal manera que el nexo trabajo-hombre se presenta extraño en tanto su condición se le relega a cosa y no a persona, aspecto que va categorizando su posterior calificación, como se desprende de la siguiente reflexión:

...en la tradición judeocristiana el trabajo productivo se presenta, entonces, como carga, como pena y sacrificio impuestos como caída del hombre en la miseria de la vida terrena.⁷

Desde el tratamiento etimológico de la palabra, esta condición se manifiesta en el sentido que en lengua latina, tiene derivación de la palabra *tripalium* en referencia a un instrumento de tres puntas utilizado para triturar granos, como para herrar caballos, igualmente se designa a un instrumento de tortura, por lo que trabajo es identificado con suplicio, sufrimiento; de tal manera que ese concepto relegado a un pasado histórico en su condición primitiva, va evolucionando para posteriormente transformarse como sucede con la concepción moderna del trabajo, producto del pensamiento científico y como categoría antropológica, para fijarlo como especificidad del ser humano en su especial nexo con la naturaleza y responde al siguiente planteamiento:

El trabajo del hombre reposa en su carácter único a partir de la posibilidad del pensamiento conceptual, de la capacidad de abstracción y de la representación simbólica.⁸

Esta evolución, vista disciplinariamente, permite establecer estadios y posiciones de la relación hombre-naturaleza como la de ser nómada a sedentario, como la del desplazamiento del campo a la ciudad, con el efecto de convertirse en el centro de producción y simultáneamente, el surgimiento del trabajo asalariado moderno, condicionado a una remuneración a cambio de un servicio, aspecto que viene a definir la vida social moderna. En tal sentido se identifica en la actualidad al trabajo con la vida productiva, a *contrario sensu*, de quien se degrada por su inactividad consciente.

⁶ RIEZNIK, Pablo, "Trabajo, una definición antropológica", *Razón y Revolución*, núm. 7, 2001. <https://www.razonyrevolucion.org/textos/revryr/prodetrab/ryr7Rieznik.pdf>

⁷ *Idem.*

⁸ *Idem.*

Para adentrarse en el marco conceptual de los señalamientos que, en la investigación científica moderna de trabajo, se tiene:

De acuerdo con Fromm (1955) “el trabajo es el libertador del hombre con respecto a la naturaleza creador como ser social e independiente”. En el proceso de trabajo el hombre se transforma, desarrollando nexos con los otros, crea y aprende a utilizar sus potencialidades, evoluciona así hacia su individualización, hacia su ser social y hacia el desarrollo de su carácter. Un ejemplo de este tipo de trabajo lo encontramos en los artesanos durante los siglos XVIII y XIX. Dice Fromm (1955), en este tipo de trabajo “no hay otro incentivo para trabajar que ver terminado su producto y el proceso de su creación”. Los detalles del trabajador no están separados del producto de trabajo.⁹

No obstante, esa condición general del trabajo como liberador, va presentando matices en su desarrollo, cuya comprensión no encuentra soporte de protección dentro del marco jurídico, en tanto no tiene otra consideración diferente a la de mercancía, aspecto anulado por el moderno derecho de trabajo, en cuanto tiene como eje doctrinario, la relación de trabajo, siendo la subordinación elemento esencial y núcleo de salvaguarda.

En tal virtud, el anterior señalamiento abre espacio para planteamientos sobre trabajos no considerados dentro del patrocinio jurídico del Derecho del trabajo, como sucede en referencia al trabajo realizado por el migrante en situación irregular. Para avanzar sobre el tema se hacen los siguientes señalamientos:

Es a partir de la problemática de la división sexual del trabajo que Daniele Kergoat procede de una construcción/reconstrucción del concepto de trabajo y de los conceptos conexos como aquellos de la cualificación, introduciendo la dimensión del trabajo doméstico y esfera de la reproducción. [...] con D.Kergoat, proponen una reconceptualización del trabajo, [...]. También se amplía el trabajo no asalariado, no remunerado, no mercantil, al trabajo informal. Trabajo profesional y trabajo doméstico, producción y reproducción, asalariados y familia, ...¹⁰

Con base en el argumento anterior, se manifiesta la necesidad de atraer al concepto de trabajo, actividades que, en sentido lato, no están

⁹ CAMPOS, David, “El concepto de trabajo en Erich Fromm”, *Memorias del Primer Congreso Nacional de Psicoanálisis Humanista*, 23-25 de marzo de 1990, México, Instituto Mexicano de Psicoanálisis, pp. 149-157. https://opus4.kobv.de/opus4-Fromm/files/6708/Campos_D_1990.pdf

¹⁰ HIRATA, Helena, ZARIFIAN, Philippe, “El concepto de trabajo”, *Revista de trabajo*, año 3, núm. 4, enero-noviembre, 2007, p. 35. <http://ciiesregion8.com.ar/portal/wp-content/uploads/2016/02/el-concepto-de-trabajo.pdf>

consideradas en las regulaciones jurídico-laborales, en tanto subyace en primer orden el elemento subordinación, acompañado de exigencias formales, para entender su validez. En este sentido, la pregunta respecto a la población en estudio es: ¿si la actividad que lleva el inmigrante o migrante irregular, es trabajo? Piénsese en la población que realiza labores en el campo, la industria o el comercio, en tal condición.

Lo primero que se advierte es que, si bien resulta significativo el avance del concepto “trabajo” a la luz tanto de la legislación nacional como internacional, se presenta limitado en su alcance si lo dirigimos al trabajo que realiza un migrante en situación irregular, en tanto no se equipara al previsto planteado por la disciplina laboral, por lo tanto uno de los mecanismos a resolver esa dicotomía, es acudir al procedimiento que históricamente se ha tenido del trabajo, de ser comprendido como tema envilecedor, a tratarse de una acción ennoblecadora, en tal sentido amerita un cambio de paradigma en la comprensión que, siendo el trabajo digno, no es diferente para quien por diversas circunstancias lo realiza en situación de irregularidad en cuanto a su estancia. En esa comprensión, debe generarse el suficiente respaldo para consagrar en el futuro inmediato la visibilización y protección del trabajo desempeñado por el migrante que ingresa a un país en condición de hecho.

Derechos fundamentales

Un tema de vanguardia que se encuentra en la construcción de la respuesta es el concerniente al tratamiento jurídico que, para los migrantes irregulares se debe ofrecer y así brindar seguridad y certeza jurídicas a partir del entendimiento de los derechos fundamentales.

Siendo entonces la primera pregunta ¿cuáles son los derechos fundamentales y qué son?, el Mtro. Ferrajoli ofrece la respuesta en cuanto señala: “...que si queremos garantizar un derecho como fundamental debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general y por tanto confiriéndolo igualmente a todos”.

La segunda respuesta es la que ofrece el derecho positivo, es decir la dogmática constitucional o internacional. Así, son derechos fundamentales, prosigue el autor en mención, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.

La tercera respuesta [...] es la que ofrece la filosofía política, y se refiere a la pregunta de ¿cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales? Se trata de una respuesta de tipo no asertivo sino normativo.

[...] El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948. [...] todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad ... los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, [...] relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales —de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales— ... y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. [...] el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente, [...] los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; [...] los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.¹¹

En consecuencia, partiendo de la pregunta de si el trabajo es un derecho fundamental, no existe el menor asomo de duda que se trata de un derecho fundamental, cuya aplicación da cuenta de la construcción hacia la paz de los pueblos cual examen, en principio, no haría distinciones, sin embargo la circunscripción a los ordenamientos jurídicos cerrados ofrece dificultades en su estudio presentando categorías de mayor jerarquía, brindando respuestas que contradicen los parámetros generales como es el caso de la antinomia que plantea el derecho universal y el concepto ciudadanía; muestra de ello es planteado desde la globalización y dentro de ese fenómeno, el de la migración que, en situación irregular, dista de consideración y debida protección jurídica que, al soslayarse o no darse la atención que merece, son fuente constante de conflicto. No se puede perder de vista que, la exclusión siempre

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales: el constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho positivo", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, 2006, pp. 113-136. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>

constituirá materia de acciones que contravengan la paz. Las fronteras y las líneas que las determinan en el proceso señalado se hacen ténues y si a ello sumamos el hecho que la autodeterminación de los pueblos no se encuentra definida por la ONU, la atención se concentra en combatir esas contradicciones.

Acudiendo a la experiencia de países dentro del ámbito latinoamericano, en particular la que hoy se vive entre Venezuela y Colombia en donde se observa un proceso migratorio significativo de ciudadanos venezolanos y en cuyo curso han sido llevadas a la Corte Constitucional Colombiana causas en la que se ven comprometidos derechos de los migrantes irregulares, existen decisiones tomadas sobre la base del método de línea jurisprudencial aplicado a las sentencias emitidas entre el 2016 y 2019 que ofrecen respuestas a los derechos fundamentales de la salud, la integridad y la vida digna a extranjeros en situación irregular y que abren un espacio para el tratamiento doctrinario con respecto al trabajo, veamos:

Los estudios contemporáneos sobre migración y refugio cuestionan cada vez más los alcances y consecuencias negativas de la política y el derecho sobre las vidas humanas en situación de inminente movilidad transfronteriza. En su versión clásica, los estudios de Walter Benjamín, Hannah Arendt o Giorgio Agamben han sido destacados al considerar las implicaciones del derecho, el poder y la vida sobre poblaciones o grupos excluidos. En particular, el modelo biopolítico de poder expuesto por Giorgio Agamben coincide con la vida de los apátridas, los desterrados y refugiados. Usando la categoría de nuda vida, Agamben señala que todos los humanos son biológicos, pero no cuentan con una vida cualificada que les permita vivir como seres políticos dentro de una comunidad o grupo. Señala que algunas vidas son reducidas a su expresión biológica cuando son expulsadas de su contenido político por medio de una regla de excepción establecida por la estructura jurídico-política del Estado.¹²

Lo irregular implica inmediatamente exclusión,

...la migración irregular se profesa de las personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de salida, tránsito o receptor [...] el migrante no tiene la autorización necesaria, ni los documentos requie-

¹² ARÉVALO, Gabriel A., CASTELLANOS, Omaira E., “El derecho a la salud de venezolanos en situación migratoria irregular en la jurisprudencia constitucional colombiana (2016-2019)”, *Estudios constitucionales*, vol. 18, núm. 1, Santiago de Chile, 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002020000100475&script=sci_arttext&tlng=en

ridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país.¹³

Siendo ésta una realidad en la dimensión bilateral EUA y México, en función de civilidad jurídica y de enfatizar en promover una legislación sobre la base de la dignidad de la persona y trabajo, es el camino menos costoso y de mayor beneficio, en cuanto a vidas, condiciones de trabajo y protección jurídica en general, desplazar aquellas fuerzas cuyas posturas son ancladas en términos de conveniencia o reprobación, de conformidad con las circunstancias políticas que vivan los Estados.

Es decir, la dinámica de los Estados cuando actúan a modo debe ser reemplazada por sistemas jurídicos que contrarresten acciones producto de la mera liberalidad. Siguiendo a la Corte Constitucional Colombiana, al respecto, se pronuncia en el siguiente sentido:

...los migrantes en Colombia están cobijados por el Sistema Universal de Derechos Humanos en el contexto de las Naciones Unidas y las normas internacionales de trabajo y, en el escenario regional, por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este último, los problemas en derechos humanos son aún más graves en el caso de la migración irregular, pues los trabajadores no documentados o en situación irregular con frecuencia son empleados en condiciones de trabajo menos favorables. [...] por medio de la cual se aprueba la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1990, se crea el único instrumento internacional de derechos humanos que hace referencia explícita a los derechos de los migrantes.¹⁴

Indudablemente, la construcción jurídica, que comprenda a los inmigrantes irregulares, tiene en los derechos humanos uno de los soportes fundamentales para contribuir de manera firme, a consolidar una legislación modelo que tenga al migrante irregular como centro de protección.

México posee más de una dimensión migratoria:

...emigración, inmigración, tránsito o retorno migratorio, sin embargo, es relativamente reciente que, cada vez más, en el discurso académico, político e incluso en los medios de comunicación se comparta la preocupación

¹³ *Idem.*

¹⁴ SALAZAR, María A., “Incidencia de las normas internacionales para la protección de los trabajadores migrantes irregulares en Colombia”, *Novum Jus*, vol. 10, núm. 2, 2016, pp. 89-101. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.5>

sobre la política y la gestión migratoria en México; particularmente es relevante entender cómo tendrían que atenderse de manera integral las causas y los efectos de las migraciones.¹⁵

Es decir, la consideración de protección que, ve primero en los países receptores el sujeto activo de iniciativas legislativas de protección a migración irregular, no le es exclusivo, la promoción también es para los países calificados como expulsos, pero también para los que juegan doble papel o se convierten factor de paso por la proximidad fronteriza a países atractivos para la migración irregular.

Causas de la migración irregular

Acudiendo a un estudio de gabinete y presentando, en resumen, aquellos aspectos que identifican las causas del fenómeno en estudio, se muestra el análisis de Castles:

Las causas de la migración irregular pueden sintetizarse en cinco categorías: las leyes y regulaciones nacionales; las contradicciones que surgen de la globalización neoliberal: la agencia individual y colectiva de los migrantes; las actividades de la industria de la migración; y la vulnerabilidad de grupos específicos.¹⁶

Es importante resaltar que el fenómeno de la llamada “migración ilegal” como temporalmente se le denominó, es reciente y se ubica después de la Segunda Guerra Mundial, en cuanto se hace rígido los controles fronterizos y la regulación respecto del pasaporte. Los estados establecen procesos de selección a quien se admite o a quien se rechaza.

Siguiendo las categorías citadas, se puede argumentar lo siguiente:

La globalización por un lado, impulsa la base tecnológica y cultural para movilidad y, por el otro diseñando modelos de control nacionales, conviniendo el libre acceso de productos que compiten con los tradicionales del lugar, ha sido factor de cierre de empresas, como ha sucedido en países africanos, dejando mano de obra cesante presionando a los trabajadores a orientarse por la lógica de los mercados laborales, es decir, el ofrecimiento de trabajo y, a la vez, carencia del mismo

¹⁵ NARVÁEZ, Juan C. “Migración irregular extracontinental en México: apuntes para el diseño de una política y gestión migratoria”, *Migrantes y desarrollo*, vol. 13, núm. 24, 2015, pp. 117-132. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992015000100004&lng=es&nrm=iso

¹⁶ CASTLES, Stephen, “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales”, *Migrantes y desarrollo*, vol. 8, núm. 15, 2010, pp. 49-80.

con el agravante de encontrarse en países limitados en la respuesta para brindar oportunidades, se convierte en acicate de personas y grupos a buscar soluciones en la migración, en procura de mejores condiciones. Si lo expresamos en términos de mercado, éste no selecciona y sus términos son los de cubrir una necesidad material. La carencia de mano de obra nacional puede sortearse bajo los mecanismos de la sombra, del trabajador migrante irregular, razón por la cual resulta determinante la respuesta del Estado receptor en términos de clarificar la aceptación de este tipo de trabajo, en función de cubrir las carencias nacionales. Es indicativo que, a pesar de las políticas orientadas a desalentar dicha acción, en términos reales no se ven suspendidas.

En referencia al marco legal, se destaca que, por lo general, las leyes y reglas de migración soslayan la naturaleza social del proceso migratorio, fragmentando a las comunidades en individuos, por lo mismo no se fundamenta el marco jurídico en el contexto de relaciones jurídicas de integración, presentándose ausente cualquier consideración que, se sustente bajo principios como puede serlo, el tuitivo del derecho del trabajo o el reivindicativo, entre otros.

Respecto al concepto de agencia migrante utilizado por antropólogos y sociólogos, y causa de procesos migratorios, son la herramienta de análisis, del cómo los migrantes configuran procesos orientados a elevar el índice de vida, desde el personal, como el familiar y para trascender a comunidades, estableciéndose como el proyecto de vida fincado en sus realidades y actuando como palanca que, propicia para unos la esperanza, para otros, la realidad de lograr condiciones de vida que superan lo básico de la existencia, expandiendo la cobertura para aquellos que son sus dependientes económicos. Las remesas son una clara muestra de esta categoría.

En relación con la industria de la migración consistente en actividades de personas que obtienen recursos para facilitar la misma, se agrupan tanto seres humanos como organizaciones, inclusive vinculadas con el crimen organizado para canalizar el abyecto proceso de comercialización de personas, muchas de las veces bajo la esperanza de una vida mejor que pierden en el intento lanzándolos por caminos sujetos a los peligros del clima, la fauna natural de esos lugares a cambio de grandes sumas en dinero en donde el común denominador es perseguir el ansiado sueño americano, lugar común para el migrante mexicano, centroamericano o de cualquier otra parte del mundo. Bajo el deterioro de la condición humana, es esta una de las peores formas de su cosificación y que subsiste mientras se mantengan desafortunadamente, las

condiciones de injusticia, de corrupción y de concentración de recursos, característica general de los estados expulsores, fenómeno que persistirá.

Finalmente, la vulnerabilidad, en particular aquellos con escasa calificación, originarios de países subdesarrollados, mujeres, niños, afectados por conflictos, son susceptibles al tráfico y explotación, por la carencia de derechos formales, recursos y estatus social y se convierten en atractivo para aprovechar de su condición y ser materialmente utilizados en beneficio ruin y de intereses particulares.

Ahora bien, para responder a la población que migra irregularmente de México a EUA y su estimación en números, existe poca confiabilidad en las estadísticas que se tienen al respecto, siendo una de las razones la carencia de permisos válidos de residencia o trabajo así como el temor para quien se encuentra en dicho estado, de revelar su calidad migratoria; sin embargo, se ofrecen valoraciones basadas en metodologías coherentes que, para el año del 2009, se calculaban 11.1 millones de migrantes, cifra relevante como muestra para ser tratada en una investigación social y jurídica.

Siendo significativa la cantidad de población con esta categoría, es imprescindible la consideración jurídica que la migración tiene desde la perspectiva de los derechos humanos, aspecto que se expresa en el siguiente texto:

...el derecho a migrar tanto interna como internacionalmente, es un derecho humano (el resaltado es mío) incorporado desde hace más de medio siglo al catálogo de los derechos fundamentales vigentes al ser la denominada libertad de tránsito un derecho humano, reconocido como tal por el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de la ONU, precepto que en síntesis alude a nuestra libertad de movimiento y cuyo texto previene claramente:

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

Si lo anterior lo vinculamos al derecho del trabajo que todos tenemos como individuos libres, mismo que es consagrado por el artículo 23 de la aludida DUDH, entonces la conclusión es obvia: la migración es un derecho humano, por más que el derecho vigente emanado de los órganos del Estado emisor o receptor pretenda regularle, condicionarle, restringirle o impedirlo. Porque el aludido artículo 23 establece:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a salario igual por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.¹⁷

Tal consideración reviste claridad máxima, sin dejar lugar a dudas que, tanto el trabajo, como el migrar, son derechos humanos, por ende, inherentes a la persona, cuyo tratamiento se encuentra más allá del entendimiento restringido, del otorgamiento o la denegación que un Estado pueda realizar a sus ciudadanos, en este sentido la perspectiva jurídica de los Estados es, la consagración de estos derechos, en tanto se entienden como una categoría que debe privilegiarse, veamos lo que señala el artículo 1 de la CPEUM, interpretación pro-persona, sobre la fuerza vinculante de la DUDH, dándole al control de convencionalidad una categoría trascendente a la normativa internacional.

...La decisión de desconocer este derecho humano a la migración es más bien de índole político que no jurídico, con todo lo que ello significa e implica. Sería mejor entonces cobrar de una buena vez plena conciencia acerca de su existencia y de la dificultad que entraña impedirla, siempre más allá de lo que pensemos o creamos al respecto pues sus características o modalidades cambian también de manera constante.¹⁸

Frente a la realidad de la vida de las organizaciones políticas, el derecho a migrar y la soberanía de un estado ofrece en la práctica que, el conflicto jurídico sea de difícil resolución, sin dejar de lado acciones que buscan criterios que sean de aplicación de la comunidad internacional, como resulta de las acciones de la OIT, de la cual sobre la materia en estudio se destaca el convenio 143 de 1975, sobre los trabajadores migrantes, teniendo como objetivo primordial la defensa de los

¹⁷ Ruíz, Ángel G., "El derecho humano al trabajo de los migrantes", *Revista latinoamericana de derecho social*, núm. 22, 2016. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702016000100007&lng=es&nrm=iso

¹⁸ *Idem*.

trabajadores que son ocupados en el extranjero, sobre la base de no considerar al trabajo mercancía, estructurados sobre políticas de pleno empleo y a la vez evitar migraciones excesivas, que no tengan controles o lo realicen sin la asistencia debida, resulta fundamental la cooperación con las Naciones Unidas y los organismos especializados, para la consecución de objetivos de la población en estudio.

Para establecer acciones en consecuencia, del contenido del convenio en mención, se transcriben los siguientes artículos:

Artículo 2

1. Todo miembro para el cual se halle en vigor el presente convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional.
2. Las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas plenamente y deberán tener la posibilidad de proporcionar la información de que disponga al respecto.

Artículo 3

Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros miembros:

- (a) Para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes;
- (b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que proceden de su territorio, se dirija a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el artículo 2 del presente Convenio.¹⁹

Con meridiana claridad se prescribe la responsabilidad del Estado y de organizaciones empresariales en la obligación de poner en relieve la presencia de trabajadores migrantes en particular de aquellos que no

¹⁹ OIT, *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, núm. 143, 1975. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143

se encuentran de conformidad con la regulación establecida del país receptor, en esencia, se busca hacer frente a la clandestinidad de personas por razones de trabajo y se sancione a personas u organizaciones que trafiquen con personas para fines laborales.

Igualmente, el señalamiento de quien tenga la calidad de trabajador migrante irregular tendrá tanto él como su familia igualdad de trato en cuanto remuneración y seguridad social; en todo caso la OIT señala a sus miembros que no hay prohibición para el migrante irregular permanecer en el país y de modificar su situación a condición de regularidad.

Señala el convenio en estudio que, ante la expulsión del migrante irregular y de su familia, los gastos correrán por cuenta del Estado expulsar.

En particular México y EUA no han ratificado este convenio de naturaleza técnica, cuya regulación resulta relevante para abordar el problema con perspectiva jurídica de derecho internacional, en cuyo caso una de las acciones sugeridas para países que ancestralmente en razón a la vecindad, han mantenido un tránsito importante de sus nacionales, ratificar dicho convenio brinda la articulación normativa suficiente para tratar el problema, entiéndase que se le ve como un instrumento de aproximación al problema, pero no el único.

Enfatizar que las poblaciones migrantes en esa condición buscan, en su mayoría, salvar un problema y que, al cambiar su estado de ciudadano a irregular, es decir, a la condición de personas subterráneas, el problema se magnifica; al encontrarse fuera de los cánones de carácter administrativo se convierten potencialmente en sujetos de explotación de toda índole. Abundando sobre el tema y destacar apreciaciones sobre conceptos intocados, se tiene lo siguiente:

en cuanto a los migrantes ilegales en clandestinidad, en los debates de 2004, la propia OIT ha llegado a considerar que: ...debe tenerse en cuenta la situación de los trabajadores migrantes irregulares y garantizarse que se protejan efectivamente sus derechos humanos y laborales fundamentales y que no sean objeto de explotación y trato arbitrario.

Interesa señalar, a manera de colofón de todo lo dicho, que lo único cierto es que la OIT no se ha decidido a incluir todavía en ningún convenio o recomendación la imposible equiparación de los emigrantes legales y de los ilegales.²⁰

²⁰ Ruíz, Ángel G., "El derecho humano al trabajo de los migrantes", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, vol. 22, enero-junio, 2016. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870467016000087>

Definitivamente la globalización ha marcado pautas para el surgimiento de nuevos problemas y la migración no ha sido la excepción, simultáneamente se presentan hechos con características especiales que se extienden a determinados grupos como mujeres, niños, entre otros, los que a su vez ameritan tratamiento jurídico y de otras disciplinas, cuando se enfrenta a la condición de migrante irregular. Al respecto, estudios recientes exponen ciertas características a tomar en cuenta en el escenario de la apertura mundial, señaladas por Castles y Miller y citados por Gloria Marroni, en los siguientes términos:

1) la globalización de la migración; 2) la aceleración de la migración; 3) la diferenciación de la migración; 4) la feminización de la migración; 5) la creciente politización de la migración.²¹

Es decir, el fenómeno de la migración se advierte como característica de nuestra época, que va tomado diferentes direcciones y bajo su cauce van generándose tipologías, materia de escrutinio del investigador que, como continúa señalando la autora citada y apoyada en Arango Vila-Belda (2007), quien concreta como rasgos diferenciadores, de esta etapa, los siguientes:

la enorme diversidad de los flujos, la ruptura de la dicotomía países emisores/receptores, la amplitud de los países implicados en los fenómenos, la aparición de los países de tránsito con una nueva dimensión, el desequilibrio entre la oferta y la demanda de la obra migrante, y la restricción de la movilidad humana en marcos aperturistas comerciales y de integración mundiales.²²

La presencia de matices que hacen más complejo el tratamiento de la migración moderna, permite observar lo que sucede en río revuelto, hechos que no son tratados con la claridad y precisión por las disciplinas instrumentadas para ello, por lo cual se abre un espacio insalubre y expuesto a grandes contradicciones, en una dirección se postula la libre circulación de bienes mediante tratados de libre comercio y en otro sentido, marcando restricciones a la movilidad de la fuerza de trabajo, especialmente en las fronteras.

En orden a refrendar el planteamiento anterior, se precisa los siguiente:

²¹ MARRONI, María, "Escenarios migratorios y globalización en América Latina: una mirada al inicio del siglo XXI", *Papeles de trabajo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Etnolingüística y Antropología Social*, núm. 32, 2016, pp. 126-142.

²² *Idem.*

...la migración internacional no se ha expandido en la misma proporción que los elementos que la están generando: 243.700.236 migrantes existentes en la actualidad constituyen el 3.3% de la población mundial (United Nations, Department of Economic and Social Affairs, 2015).²³

Es decir, se evidencia un desequilibrio de fuerzas que finalmente conduce a maximizar el conflicto y a aumentar las contradicciones, en tal sentido, si algo ha caracterizado al fenómeno de la globalización es ser artífice del derrumbe de fronteras, un mundo de fronteras virtuales que facilitan el intercambio de bienes, si se quiere combinaciones culturales que, simultáneamente atraen migraciones humanas. El porcentaje de población migrante del 3.3% demuestra esta tendencia; sin embargo, se fomentan al mismo tiempo, mecanismos tanto jurídicos como policivos que hacen complejo migrar y principalmente bajo el influjo de factores potencialmente expulsores, como riesgo al país, condiciones de pobreza y gobiernos antidemocráticos que han favorecido desafortunadamente al aumento de los cuadros de la migración irregular. De esta manera cabe señalar que la fuerza laboral del migrante y la necesidad de ésta, impulsan un sistema paralelo que continúa en el mundo de los hechos, haciendo impenetrable la balanza de la justicia, por lo que su tratamiento se vuelve discrecional y en consecuencia se da pie al trato injusto y lacerante a quienes subsisten bajo esas condiciones.

En Latinoamérica se señala que los ochenta fue una época calificada de alta migración, especialmente de mexicanos y otras nacionalidades latinoamericanas a EUA, también hacia Europa, de la llamada migración Sur-norte, lo que dio como resultado establecer desde la perspectiva de la investigación, categorías dicotómicas, siendo éstas las siguientes:

- Colonia-metrópoli
- Desarrollados-subdesarrollados
- Primer mundo-tercer mundo, dominaron el debate hasta los ochenta del siglo xx.
- Para el 2013, la OIM, plantea su revisión, para ello clasifica los desplazamientos humanos en cuatro direcciones,
- Norte-sur
- Norte-norte
- Sur-norte
- Sur-sur

²³ *Idem.*

En tal sentido y corroborando el dato por diversos estudios, en el 2010 se registran en EUA 11.2 millones de migrantes irregulares, 6.5 millones de mexicanos que constituían el 58%, porcentaje que no puede estar transitando en tantas páginas y estudios sin llamar la atención de Estados y su responsabilidad para dar una respuesta jurídica para el migrante irregular, la incertidumbre es permanente como la condición de laxitud a la que se encuentra sujeto. Hoy se enfrenta un creciente incremento de población migrante de Centroamérica hacia EUA, de países como Guatemala, Salvador y Honduras.

Dignidad humana

La configuración de cuadros poblacionales enmarcados en la irregularidad ha sido factor de atropellos, en el menor de los casos, cuya condición administrativa se presenta como circunstancia de aprovechamiento por organizaciones criminales, incrementándose por la acción u omisión de los propios Estados, en el sentido de ser permisibles o de actuaciones discrecionales que desembocan en tratamientos injustos. Cuando se demanda mano de obra, el mecanismo económico es emplear, pero si esta acción se realiza fuera de la regularidad, se constituye en factor para limitar el derecho, cuando no, el desconocimiento, comunicándolo con igual o mayor intensidad al valor del trabajo.

Esa relación que diferencia lo irregular de lo legalmente establecido, trae la construcción paralela de una categoría indivisible, como es la dignidad humana. Dos personas poseedoras de la misma dignidad, con un trato diferente.

Ya en las sociedades preindustriales se advierte la presencia de corrientes de pensamiento que entienden que la persona no puede estar sometida a condiciones de vida y de trabajo que, de hecho, nieguen su dignidad. Siguiendo a E. Hobswan, se trataba del reconocimiento de que las personas “tienen un derecho moral legítimo a ciertos elementos básicos de la vida”, aun cuando estas exigencias no pudieran defenderse jurídicamente ante los tribunales.²⁴

El ser humano posee una dignidad ontológica que impregna todo su ser y su actuar. Ello implica que todas las actividades profesionales honestas, con independencia de su consideración social, participan de tal excelencia constitutiva: todas poseen la dignidad de “lo personal”. La dimensión ética del trabajo está profundamente vinculada a este hecho. En realidad, lo que distingue el trabajo de una persona de cualquier otra actividad

²⁴ APARISI, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, México, Porrúa, 2009, p. 15.

(realizada, por ejemplo, por una máquina) es la dignidad intrínseca de quien lo lleva a cabo.²⁵

Lo anterior explica la razón jurídica para establecer que el trabajo no es una mercancía y del que se predicen diversas proyecciones como transformar la realidad e igualmente perfeccionarse a sí mismo; una verdad que choca con la instrumentalización del trabajo en sus diversas formas, siendo enfático en la abolición de toda acción que esclavice a la persona y de la que, a pesar del avance de la humanidad en el conocimiento del universo, la explotación laboral y el trabajo forzoso incursionan como un cáncer en la sociedad contemporánea, en gran medida por la desnaturalización de la condición humana, tratándolo como medio y no como fin en sí mismo.

Uno de los grandes avances de principio del siglo xx, en materia jurídica es el relativo al surgimiento de una nueva rama del derecho, como es el derecho social, cuya dimensión establece una relación jurídica desde la perspectiva de la integración, de sujetos económicos en condición de debilidad, situación que impedía una existencia digna y que tenía en el conglomerado de los trabajadores la máxima representación de tal hecho. Esta particular connotación es fuente para la eclosión del derecho del trabajo que, se cumple en cuanto se desprende del derecho civil y se concreta con la construcción teórica de la relación de trabajo, cuya característica esencial consiste en la desnaturalización del contrato civil, para dar paso a condiciones que se superponen al simple acuerdo de voluntades.

Desde esta perspectiva, el trabajo y su contraprestación, el salario, así como el marco prestacional, se encuentran orientados a brindar protección en condiciones que permitan superar lo meramente biológico y bajo estos lineamientos incursionan conceptos como, salario mínimo, jornadas de trabajo limitadas, vacaciones, etc., que vistas integralmente se fundamentan en la propia condición humana para velar por su propia existencia, ampliando su radio de acción a quienes son dependientes económicos.

El concepto mismo de dignidad humana es —como el de libertad— un concepto trascendental. Este concepto no indica de modo inmediato un derecho humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como derecho humano en general.²⁶

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁶ PELE, Antonio, *Sobre el concepto de dignidad humana*, Brasil, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, 2010. <https://philpapers.org/rec/PELLDH>.

En tal sentido, si bien ese nuevo derecho responde a las inquietudes de una población específica, ahora se plantea el problema en dirección a si ese nuevo marco teórico asiste a la persona que realiza un trabajo en condición de informalidad, en ámbito territorial y jurídico, ajeno al de origen (aspecto fáctico), no ajeno a la condición de la persona y al trabajo. Respecto de este último se anota lo siguiente:

Aunque el empleo informal puede afectar igualmente a los nativos y a los inmigrantes, la migración irregular ha sido crucial para su crecimiento. Esto es particularmente obvio en EUA, con una población irregular que se estima en cerca de 11 millones (Passel y Cohn, 2011). La mayor parte de ellos son migrantes mexicanos y otros centroamericanos y caribeños en empleos de escasa capacitación. En Europa, los cálculos más confiables en cuanto a la cifra de residentes irregulares en la ue15 (los países de la Unión Europea antes de las ampliaciones de 2004 y 2007) iban de los 1.8 a los 3.3 millones en 2008 (clandestino, 2009: tabla 1). Algunos políticos argumentan que la inmigración irregular es la causa de la informalización, pero la investigación muestra que la informalidad se da de forma inversa: la desregulación económica y las prácticas de los patrones han generado empleos en el sector informal, generando un factor de atracción para los migrantes irregulares (Reyneri, 2003). El empleo informal constituye una parte crucial de la nueva economía global, como señala Immanuel Ness: “[...] la informalización no representa decadencia industrial sino una reestructuración horizontal, que con frecuencia se realiza para conservar e incrementar la flexibilidad y la competitividad en los mercados regional, nacional e internacional” (Ness, 2005:23).²⁷

El anterior planteamiento, radica en la premisa globalizadora y los efectos producidos en el mercado, en cuanto a las libres fuerzas de la oferta y la demanda que, a manera de imán, las naciones industrializadas atraen contingentes de seres humanos para cubrir la demanda de obra para lo cual operan engranajes administrados por empleadores que permitan su canalización. La pregunta se concentra en función de si el impacto de esa fuerza deviene en igual proporción a la protección del derecho y especialmente la materia que le concierne como es el derecho del trabajo, cuyo objeto primordial apunta a la protección del trabajo y quien lo desarrolla, el trabajador.

Partiendo de la premisa que la dignidad humana es intrínseca al trabajador, en su condición de persona, como criterio unívoco y totali-

²⁷ CASTLES, Sthepen, “Migración, trabajo y derechos precarios: perspectivas histórica y actual”, *Migrantes y Desarrollo*, vol. 11, núm. 20, 2013, pp. 8-42. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992013000100002&lng=es&nrm=iso

zador, la situación ofrece variantes desde la perspectiva de la condición de trabajador irregular en cuanto la acción tuitiva se desvanece, dejando sin efecto, desde la perspectiva del estatuto personal, cualquier posibilidad de protección, del ordenamiento jurídico, tanto de origen, como del lugar de asentamiento fáctico, en consecuencia la presencia de ésta patología, avanza, pero sin que haya una respuesta directamente proporcional, tanto en función de la dignidad humana como de protección al trabajador, por lo tanto se asiste a decisiones según conveniencia, que rayan en lo discrecional.

Por lo tanto, el punto de conflicto se presenta en la divergencia que ofrece la relación dignidad humana frente al trabajo irregular, expresado en la tácita aceptación, sin una legislación de coyuntura, lo que resta cualquier posibilidad de garantía del trabajo y su protección, quedando a expensas de los dictados del mercado y lo que es peor a conductas irracionales, de la prevalencia de la fuerza, sobre el derecho, por lo tanto, la dignidad humana incólume en su concepción universal, susceptible de alinearse con especial fortaleza, hacia el trabajo, la hace ver contradictoria frente al trabajo del migrante irregular.

Regularización

Acudir al ámbito de la regularización es entender al derecho como la piedra angular en la construcción de puentes que den seguridad y certeza jurídicas a quienes por una u otra circunstancia buscan en la migración objetivos orientados a superar las actuales falencias, por lo que resulta propicia la siguiente reflexión:

A pesar de la dificultad que existe para identificar la motivación principal de muchos migrantes internacionales en situación irregular y distinguir si se tratan de causas económicas o de refugio, sus necesidades son similares y, ante todo, lo que se debe garantizar es el reconocimiento de su dignidad y sus derechos humanos, de manera que sean menos vulnerables a la explotación. [...] Una de las modalidades más graves de las migraciones irregulares son las de tipo forzado. Las migraciones forzadas incluyen problemáticas como el refugio, el asilo político, el desplazamiento interno, el desplazamiento inducido por planes de desarrollo o por desastres naturales y el desplazamiento por trata de personas. **Plantea que el fenómeno de las migraciones forzadas debe comprenderse en el marco amplio del estudio de las migraciones, desde un abordaje transnacional e interdisciplinar, (el resaltado es mío).** Sin embargo, el autor critica que las migraciones forzadas sean casi siempre asociadas

a problemáticas de seguridad nacional y control de fronteras de los Estados-nación.²⁸

Seguidamente, el autor explica:

Nair afirma que en los países de acogida “los poderes públicos no tienen ningún interés en mantener un discurso claro y franco sobre el significado de la inmigración” (2006, p. 199). Una de las razones son los costos políticos que representaría reconocer que la inmigración es necesaria (y que tiene algunos efectos positivos), también en conexión con los posibles —efectos llamada— que se le atribuye; y porque de esta manera, se asegura la disponibilidad de un ejército de reserva de mano de obra barata y vulnerable, presto a responder a las demandas del mercado laboral.²⁹

Los obstáculos son mayores por la prevalencia de factores que escapan al derecho y que, al colocarlo al tamiz de la política, de lo económico, entre otro, se le desecha o se le interpreta a consideración de esos intereses; sin embargo, a pesar de la resistencia de ciertos sectores de la comunidad internacional, la situación del migrante irregular no puede pasar desapercibida. Nos encontramos en una época de entendimiento de los derechos humanos, de superar dos guerras mundiales; hoy uno de los grandes eslabones de la humanidad está en comprender la gran vocación del ser humano en superarse, en velar por su seguridad, aspecto que se debe impulsar, también a la voluntad de las organizaciones políticas, en el sentido de comprenderlas y conducir, a través de la regulación jurídica, el o los derechos que asistan a la población migrante, en particular al calificado como irregular.

Conclusiones

Primera: la identificación del concepto de trabajo en el ámbito jurídico de su regulación, tiene como sustento teórico la relación de trabajo, cuya aplicación se concentra en el trabajo subordinado, lo que condiciona su ejercicio a un sector de la clase trabajadora, sin embargo dentro del tratamiento general de protección, en el curso de la historia ha venido ampliándose a otros sectores de trabajadores, como sucede,

²⁸ LOTERO-ECHEVERRI, Gabriel, PÉREZ, M. Amor, “Migraciones en la sociedad contemporánea: correlación entre migración y desarrollo”, *Retos*, vol. 9, núm. 17, 2019, pp. 145-159.

²⁹ CLAVIJO, Ruth G., BAUTISTA-CERRO, María J., “La educación inclusiva. Análisis y reflexiones en la educación superior ecuatoriana”, *Alteridad*, vol. 15, núm. 1, 2020, pp. 113-124. http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1390-86422020000100113&lng=es&nrm=iso

con los trabajos especiales, bajo el principio de progresividad con las consecuencias favorables que marca la protección de este derecho, por lo que se reclama en sentido similar, formular para el trabajador migrante irregular, un capítulo especial en la Ley Federal del Trabajo para su reconocimiento y derechos en materia salarial y prestacional, como sujeto laboral, sin perjuicio del tratamiento que se señale en materia de leyes de migración para regularizar su estancia.

Segunda: responder a la visión de los países industrializados, de aceptación tácita de migrantes irregulares, en función de las leyes de mercado, es un reflejo de la desnaturalización de la condición humana, reduciéndolo a su naturaleza exclusivamente biológica con clara vulneración a su dignidad, afirmando la imposición de la ley del más fuerte, pero que en el fondo, se presenta como un sustituto de carencias internas, trasladando al ámbito internacional el profundo desequilibrio en la distribución mundial de la riqueza, y donde la migración irregular encuentra las posibilidades de remontar condiciones precarias de origen.

Tercera: sin desconocer la importancia que, para dar solución al problema de la migración irregular, resulta la integración de diversas disciplinas en su estudio, la prevalencia de lo jurídico se hace evidente ante el inmediato reclamo de derechos generados por el trabajo en su condición fáctica, constituido en la única fuente de subsistencia personal y de sus dependientes económicos, por lo tanto, el derecho es y debe ser el instrumento que brinde seguridad y certeza a una población que, al día de hoy, se encuentra sujeta a un futuro incierto que se revela injusto y se concreta en despidos laborales a modo, variación de las condiciones generales del trabajo, desconocimiento del factor prestacional, en fin, aspectos que son materia de denuncia diaria en los medios de información pública y que permanece como denuncia, pero sin la certeza de establecer una legislación internacional al respecto.

Cuarta: como organismo intergubernamental especializado, la OIT atendiendo a sus fines, aprueba el convenio 143 sobre los trabajadores migrantes, en cuyo contenido establece la obligación de los Estados y la participación de las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores para identificar la existencia de migrantes empleados en condición irregular o, si en su territorio se promueven, movimientos migratorios con fines de trabajo en posibles dos vías, ya sea provenientes o con destino a su territorio o bien, en tránsito, exponiéndolos directa o indirectamente a la infracción de instrumentos internacionales y en tal caso y de manera categórica se exhorta a los Estados, miembros de la OIT, a proceder a la ratificación del convenio, en tanto que México, EUA y algunos países centro americanos, no lo han realizado.

Bibliografía

- APARISI, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, México, Porrúa, 2009.
- ARÉVALO, Gabriel A., CASTELLANOS, Omaira E., “El derecho a la salud de venezolanos en situación migratoria irregular en la jurisprudencia constitucional colombiana (2016-2019)”, *Estudios constitucionales*, vol. 18, núm. 1, Santiago de Chile, 2020. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002020000100475&script=sci_arttext&tlng=en
- BUSTAMANTE, Jorge A., “Migración irregular de México a Estados Unidos: diez años de investigación del Proyecto Cañón Zapata”, *Frontera norte*, vol. 12, núm. 23, 2000, pp. 7-49. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-7372200000100001&lng=es&nrm=iso
- CAMPOS, David, “El concepto de trabajo en Erich Fromm”, *Memorias del Primer Congreso Nacional de Psicoanálisis Humanista*, 23-25 de marzo de 1990, México, Instituto Mexicano de Psicoanálisis, pp. 149-157. https://opus4.kobv.de/opus4-Fromm/files/6708/Campos_D_1990.pdf
- CASTLES, Sthephen, “Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales”, *Migrantes y desarrollo*, 2010, vol. 8, núm. 15, pp. 49-80.
- CASTLES, Sthephen, “Migración, trabajo y derechos precarios: perspectivas histórica y actual”, *Migrantes y desarrollo*, vol. 11, núm. 20, 2013, pp. 8-42. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992013000100002&lng=es&nrm=iso
- CLAVIJO, Ruth G., BAUTISTA-CERRO, María J., “La educación inclusiva. Análisis y reflexiones en la educación superior ecuatoriana”, *Alteridad*, vol. 15, núm. 1, 2020, pp. 113-124. http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1390-86422020000100113&lng=es&nrm=iso
- FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales: el constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho positivo”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 15, 2006, pp. 113-136. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>
- HIRATA, Helena, ZARIFIAN, Philippe, “El concepto de trabajo”, *Revista de trabajo*, año 3, núm. 4, enero-noviembre, 2007, p. 35. <http://ciiesregion8.com.ar/portal/wp-content/uploads/2016/02/el-concepto-de-trabajo.pdf>
- LOTERO-ECHEVERRI, Gabriel, PÉREZ, M. Amor, “Migraciones en la sociedad contemporánea: Correlación entre migración y desarrollo”, *Retos*, vol. 9, núm. 17, 2019, pp. 145-159.

- MADRIGAL, Dairen, *Definiciones y conceptos sobre migración*, México, Universidad Autónoma de Tabasco. https://www.academia.edu/39376036/CAP%C3%8DTULO_I_Definiciones_y_conceptos_sobre_la_migraci%C3%B3n?from=cover_page
- MARRONI, María, “Escenarios migratorios y globalización en América Latina: una mirada al inicio del siglo XXI”, *Papeles de trabajo del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Etnolingüística y Antropología Social*, núm. 32, 2016, pp. 126-142.
- MARTÍN, Magali, “Migración irregular y tráfico de personas: nuevos problemas para América Latina y el Caribe”, *Aldea Mundo*, vol. 11, núm. 22, pp. 43-54. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=54302205>
- MARTÍN, Magali, “La migración irregular en Latinoamérica: un asunto a debate”, *Migrantes latinoamericanos: el estado de las investigaciones en la región*, Brasil, Asociación Latinoamericana de Población, 2008, pp. 149-161. https://web.archive.org/web/20180425163933id_/http://www.alapop.org/alap/SerieInvestigaciones/InvestigacionesSI1aSi9/MigrantesALYC.pdf#page=149
- NARVÁEZ, Juan C., “Migración irregular extracontinental en México: apuntes para el diseño de una política y gestión migratoria”, *Migrantes y desarrollo*, vol. 13, núm. 24, 2015, pp. 117-132. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-75992015000100004&lng=es&nrm=iso
- OIT, *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, núm. 143, 1975. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C143,
- PELE, Antonio, *Sobre el concepto de dignidad humana*, Brasil, Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro, 2010. <https://philpapers.org/rec/PELLDH>
- RIEZNİK, Pablo, “Trabajo, una definición antropológica. Dossier: trabajo, alienación y crisis en el mundo contemporáneo”, *Razón y Revolución*, núm. 7, 2001. <https://www.razonyrevolucion.org/textos/revryr/prodetrab/ryr7Rieznik.pdf>
- RUÍZ, Ángel G., “El derecho humano al trabajo de los migrantes”, *Revista latinoamericana de derecho social*, núm. 22, 2016. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702016000100007&lng=es&nrm=iso
- SALAZAR, María A., “Incidencia de las normas internacionales para la protección de los trabajadores migrantes irregulares en Colombia”, *Novum Jus*, vol. 10, núm. 2, 2016, pp. 89-101. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.5>