

The Global Labour Rights Reporter

Protección de los derechos laborales de personas trabajadoras
migrantes y refugiadas



Julio 2023 | Volumen 3 Número 1

Global Labour Rights Reporter
Volumen 3, Número 1

Propiedad Intelectual de ILAW Network y colaboradores © 2023

Todos los derechos reservados. Salvo lo permitido en virtud de la Ley de Propiedad Intelectual de EEUU de 1976, ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, distribuida ni transmitida de ninguna forma ni por ningún medio, ni almacenada en una base de datos o sistema de recuperación sin autorización previa por escrito de la editorial.

Foto de portada

Crédito de la foto a la izquierda © Jonathan Torgovnik/Getty Images/Images of Empowerment

Crédito de la foto al centro © F Armstrong Photography / Shutterstock

Crédito de la foto a la derecha © Sebastian Castelier / Shutterstock

Publicado por RED ILAW
1130 Connecticut Avenue, NW 8th Floor
Washington, DC 20036 USA

Por favor dirija todas las solicitudes a admin@ilawnetwork.com

Esta publicación está disponible en línea de manera permanente en:

<https://www.ilawnetwork.com/ilaw-network-journal-the-global-labour-rights-reporter/>

ISSN 2693-9657 (impreso)

ISSN 2693-9665 (en línea)

Impreso en los Estados Unidos por trabajo sindical.

Fuente: Open Sans

Diseño: Haley Gray

Diagramación: Scalegate L.L.C.

Junta Editorial GLRR

Antonio Loffredo

Colin Fenwick

Femi Aborisade

Jennifer Rosenbaum

Jon Hiatt

Marlese von Broembsen

Mary Joyce Carlson

Matías Cremonte

Maximiliano Garcez

Preeda Tongchumnum

Ruwan Subasinghe

Sara Khatib

Steven Barrett

Tonia Novitz

La información contenida en el presente informe se proporciona únicamente con fines informativos y no debe interpretarse como asesoramiento jurídico sobre ningún tema. La información contenida en este informe puede no constituir la información jurídica o de otra índole más actualizada. El informe contiene enlaces a otros sitios web de terceros, la Red ILAW no necesariamente recomienda ni aprueba dichos contenidos, los enlaces son solo para facilidad para el lector. Las opiniones expresadas son las de los autores individuales, no las de la Red ILAW en su conjunto. Ningún lector debe actuar ni abstenerse de actuar sobre la base de esta información sin solicitar previamente asesoramiento jurídico de un abogado o abogada de la jurisdicción pertinente.

Nota aclaratoria: La igualdad entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo es un valor fundamental para ILAW Network y la igualdad de género es un principio que guía nuestro actuar como Red internacional, por tanto ILAW aclara que en la interpretación de los textos contenidos en esta revista, cuando se emplea uno de los dos géneros se incluye en su significado una referencia al otro género.

ÍNDICE

NOTA EDITORIAL INVITADA

- UNA TRABAJADORA ES UNA TRABAJADORA: LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN TRÁNSITO
NEHA MISRA 4

ARTÍCULOS

- PROTECCIÓN DEL VISADO PARA QUE PERSONAS TRABAJADORAS
MIGRANTES EXPLOTADAS PUEDAN PRESENTAR DEMANDAS LABORALES:
UNA PROPUESTA AUSTRALIANA 9
LAURIE BERG Y BASSINA FARBENBLUM

- VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES:
LA NECESIDAD DE QUE JURISTAS BUSQUEN LA INVALIDACIÓN JUDICIAL POR PARTE
DE LA AUTORIDAD ESTATAL PARA VINCULAR A LAS PERSONAS TRABAJADORAS
A EMPLEADORES ESPECÍFICOS 18
AMANDA AZIZ Y EUGÉNIE DEPATIE-PELLETIER

- LOGRAR LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS INDOCUMENTADAS
EN LOS ESTADOS UNIDOS: OBSTÁCULOS, HITOS Y LOGROS 29
MICHAEL FELSEN

- LA VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS A
NTE LA LEY ITALIANA DE INMIGRACIÓN. UNA VISIÓN DEL MARCO JURÍDICO
ITALIANO DESPUÉS DE 2020: ¿CAMBIO DE RUMBO? 38
RITA DAILA COSTA

- ACCESO A LA JUSTICIA POR EL IMPAGO DE LOS SALARIOS DE LAS PERSONAS
TRABAJADORAS MIGRANTES EN EL GOLFO 45
SOPHIA KAGAN

- POBLACIÓN REFUGIADA UCRANIANA EN POLONIA: CÓMO HACER FRENTE A PRÁCTICAS
DE ABUSO ARRAIGADAS DE CARA A UNA NUEVA REALIDAD 52
LEONID STOIKOV

- ¿LA JUSTICIA PORTÁTIL ES VIABLE PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS
MIGRANTES KENIANAS EN LOS EMIRATOS ÁRABES UNIDOS (EAU)? UNA EVALUACIÓN DE
LAS NECESIDADES Y LAS PRINCIPALES CONCLUSIONES DEL MODELO DE HONG KONG¹ 60
FURAHA-JOY SEKAI SAUNGWEME & PUJA KAPAI

- SOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA SECCIÓN 307 DE LA LEY ARANCELARIA DE 1930 DE LOS ESTADOS
UNIDOS: OPORTUNIDADES DE REPARACIÓN PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES
SOMETIDAS A TRABAJO FORZOSO 69
ALLIE BRUDNEY Y AVERY KELLY

NOTA DE LA EDITORA INVITADA:

UNA TRABAJADORA ES UNA TRABAJADORA: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS EN TRÁNSITO

NEHA MISRA, CENTRO DE SOLIDARIDAD, LÍDER GLOBAL DE MIGRACIÓN Y TRATA DE PERSONAS

La migración laboral alimenta la economía mundial. De las más de 281 millones de personas migrantes internacionales que hay en el mundo,¹ 169 millones son personas trabajadoras migrantes (es decir, están empleadas en un país donde no son nacionales) con un aumento del número de jóvenes que emigran por motivos de empleo.² Así pues, las personas trabajadoras migrantes representan el 5% de la mano de obra mundial. Aun así, la política migratoria se elabora a menudo en el ámbito de la seguridad y la soberanía, al margen de los marcos jurídicos de las relaciones laborales y las protecciones del derecho laboral. A las personas trabajadoras migrantes se les ve más como personas extranjeras que están sujetas al control migratorio que como personas trabajadoras merecedoras de la plena protección de sus derechos laborales según las normas internacionales del trabajo. Esto provoca que a millones de personas migrantes se les niegue un acceso equitativo y fácil a la justicia y a la reparación.³

¹ Organización Internacional de las Naciones Unidas para las Migraciones (OIM), WORLD MIGRATION REPORT 2022, <https://worldmigrationreport.iom.int/wmr-2022-interactive/> (última visita el 10 de abril de 2023).

² Organización Internacional del Trabajo (OIT), ILO GLOBAL ESTIMATES ON INTERNATIONAL MIGRANT WORKERS RESULTS AND METHODOLOGY -Third EDITION (2021) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_808935.pdf. El número de personas migrantes (incluyendo las personas refugiadas) que trabajan en un país de destino en particular puede ser mucho mayor, ya que muchas están empleadas en la economía informal y es posible que no estén contabilizadas todas las personas.

³ Véase, Mishka Pillay, Mia-Lia Boua Kiernan & Carolina Gottard, *Ending Immigration Detention and Criminalization by Centering Grassroots Leadership*, GLOBAL COALITION ON MIGRATION: SPOTLIGHT REPORT ON GLOBAL MIGRATION (2022), <https://>

Al mismo tiempo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) calcula que hubo más de 89 millones de personas desplazadas forzosamente en el 2021, por la guerra, los efectos del cambio climático u otras violaciones de los derechos humanos, de las cuales más de 27 millones⁴ fueron consideradas refugiadas.⁵ El número total de personas desplazadas forzosamente superó por primera vez los 100 millones en 2022, a los que se sumaron más de 10 millones por la guerra en Ucrania y otros conflictos.⁶ También en este caso, a pesar de que muchas personas refugiadas y desplazadas forzosamente aportan habilidades y talentos a los países de acogida y, en algunas

spotlightreportmigration.org/wp-content/uploads/SRGM_EN.pdf.

⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), FIGURES AT A GLANCE, <https://www.unhcr.org/en-us/figures-at-a-glance.html> (última visita el 10 de abril de 2023).

⁵ Este número refleja a las personas refugiadas tal y como se definen en la Convención de 1951, es decir, aquellas que se encuentran fuera de su país de nacionalidad o residencia habitual; tienen un temor bien fundado de sufrir persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; y no pueden o no quieren acogerse a la protección de ese país, o regresar a él, por temor a la persecución. Véase ONU, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) en art. 1A(2). Hay quien ha argumentado que las personas que han sido desplazadas de manera forzosa por el cambio climático también deberían ser consideradas refugiadas. Bill Frelick, *It is Time to Change the Definition of Refugee*, HUMAN RIGHTS WATCH, (enero de 2020), <https://www.hrw.org/news/2020/01/28/it-time-change-definition-refugee> (última visita el 10 de abril de 2023).

⁶ ACNUR, GLOBAL TRENDS AT-A-GLANCE, <https://www.unrefugees.org/refugee-facts/statistics/> (última visita el 10 de abril de 2023).



Neha Misra

Directora global de migración y trata de personas, Centro de Solidaridad

circunstancias, ayudan a solventar la escasez de mano de obra, también son vulnerables a la explotación dado que a menudo están integradas de manera poco adecuada a los mercados laborales de los países de acogida. Como ha observado la OIT, “el acceso a un trabajo formal y decente sigue siendo un problema. El hecho de que pocos países muestren una correlación sistemática entre las disposiciones legales y normativas para la determinación del estatus y la protección, por un lado, y el derecho al trabajo, por otro, es una limitación importante. Además, en general, la debilidad de los regímenes generales de protección suele traducirse en regímenes débiles de acceso al mercado laboral y en una protección limitada en el lugar de trabajo para las personas refugiadas y otras personas desplazadas forzosamente”.⁷ Incluso cuando en un país de acogida se concede el derecho a trabajar de las personas refugiadas, a menudo se les niegan sistemáticamente los derechos en el trabajo.⁸

Las personas migrantes que trabajan—ya sean documentadas o indocumentadas, consideradas migrantes económicas o refugiadas, en la economía formal o informal—se encuentran entre las más vulnerables ya que a menudo se les excluye de la cobertura de las leyes laborales, incluyendo las limitaciones o exclusiones sobre la libertad de asociación, el derecho a organizarse o a negociar colectivamente. También son habituales los salarios bajos (cuando estos se pagan) y la exposición a condiciones de trabajo peligrosas. Existe un claro déficit de oportunidades de trabajo digno para las personas trabajadoras migrantes.⁹ Hay una probabilidad tres veces

más alta de que las personas trabajadoras migrantes, sean víctimas del trabajo forzoso, que las personas trabajadoras adultas no migrantes.¹⁰ Aun así, el acceso a la justicia en el trabajo—ya sea en el país en el que trabajan o en el país del que proceden—suele ser, en el mejor de los casos, difícil. Las personas trabajadoras en regímenes de migración laboral temporal suelen ser vulnerables, debido a los impedimentos sistemáticos y estructurales—como las visas vinculadas al empleador—en dichos regímenes.¹¹ Estos problemas se agravan en el caso de las personas trabajadoras migrantes indocumentadas, muchas de las cuales trabajan de manera oculta sin el apoyo de las inspecciones laborales, las entidades administrativas o los tribunales.

Los sistemas globales de migración están deliberadamente estructurados para discriminar entre las personas trabajadoras. Los sistemas y las estructuras están diseñados para crear una jerarquía entre las personas trabajadoras, basada en el género, la raza/etnia/casta, la nacionalidad

(última visita el 10 de abril de 2023).

¹⁰ OIT, GLOBAL ESTIMATES OF MODERN SLAVERY FORCED LABOR AND FORCED MARRIAGE (septiembre de 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_854733.pdf [en adelante, ILO Global Estimates].

¹¹ No existe una definición estándar de los programas de migración laboral temporal (TLM, por sus siglas en inglés) y, de hecho, los programas TLM se encuentran bajo muchos nombres diferentes en todo el mundo, como “kafala” o sistema de patrocinio; programas de visados para no inmigrantes; programas de personas trabajadoras invitadas; migración circular, etc. Independientemente de cómo se llamen, los TLM tienen atributos comunes. A menudo se exige a las personas trabajadoras que paguen cuotas de contratación para participar. Sus visas suelen estar vinculadas a un empleador concreto y, a menudo, la persona trabajadora tiene muy pocas posibilidades de cambiar de empleador dentro del país de destino. Las personas trabajadoras de los TLM, sobre todo las que perciben salarios bajos, no pueden emigrar con sus familias. Y a menudo emigran temporalmente (es decir, durante un periodo de tiempo limitado (de meses a años) para trabajos que en realidad son permanentes o a largo plazo; a veces tienen que abandonar el país de destino, pasar de nuevo por el proceso de contratación, para trabajar en el mismo empleo “temporal”. Véase OIT, TEMPORARY LABOUR MIGRATION: UNPACKING COMPLEXITIES – SYNTHESIS REPORT, (2022) https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_858541/lang-en/index.htm; Véase también, *The American Dream Up for Sale: A Blueprint for Ending International Labor Recruitment Abuse*, <https://migrationthatworks.files.wordpress.com/2020/01/the-american-dream-up-for-sale-a-blueprint-for-ending-international-labor-recruitment-abuse1.pdf>.

⁷ OIT, THE ACCESS OF REFUGEES AND OTHER FORCIBLY DISPLACED PERSONS TO THE LABOUR MARKET (2016) en para 50, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@migrant/documents/meetingdocument/wcms_490753.pdf.

⁸ Véase Jennifer Gordon, *Refugees and decent work: Lessons learned from recent refugee jobs compacts*, OIT (2019), disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@ifp_skills/documents/publication/wcms_732602.pdf.

⁹ El trabajo decente tal y como lo define la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los cuatro pilares del Programa de Trabajo Decente de la OIT—generación de empleo, protección social, derechos en el trabajo y diálogo social—son elementos integrales de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Véase OIT, TRABAJO DECENTE, <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-en/index.htm>

o el estatus migratorio (documentada/regular, indocumentada/irregular, residente permanente/contrato temporal). En un mismo lugar de trabajo, por ejemplo en una fábrica de confección de Jordania, las personas trabajadoras migrantes cobran legalmente sueldos diferentes o se les cobran cuotas de contratación distintas en función de su nacionalidad; las mujeres, las personas indocumentadas y las personas refugiadas suelen estar en el nivel más bajo.¹² Incluso en países como los Estados Unidos, donde los empleadores no pueden discriminar legalmente a las personas trabajadoras, por ejemplo por razones de género, la política migratoria permite este tipo de discriminación para las personas migrantes.¹³

Esta incoherencia política es habitual en la migración mundial y se ve perpetuada por la gestión de la migración como una cuestión de seguridad en lugar de una cuestión laboral. De hecho, a menudo son los Ministerios de Relaciones Exteriores, Seguridad o Interior los que desarrollan la política migratoria o gestionan la migración incluso después de la llegada a los países de acogida y no los Ministerios de Trabajo. En el ámbito del acceso a la justicia, la incoherencia política puede ser aún mayor. Los países pueden crear órganos administrativos o judiciales distintos para la resolución de las reclamaciones laborales de las personas trabajadoras migrantes o incluso denegar el acceso a las vías legales a determinadas categorías de migrantes, como las personas trabajadoras indocumentadas.¹⁴ La ausencia de “cortafuegos”—o la separación de las actividades de aplicación de la ley migratoria de las de aplicación de la ley laboral (así como de la prestación de otros servicios públicos, como la salud, la educación y la vivienda)—se considera desde hace mucho tiempo un obstáculo para que las personas trabajadoras migrantes ejerzan sus derechos en el lugar de trabajo.¹⁵ Para que

una persona trabajadora denuncie abusos o explotación en el lugar de trabajo, necesita confiar en que no será detenida, privada de su libertad o deportada por delitos migratorios o por denunciar una infracción contra un empleador vinculado a su visa.

El acceso a la justicia por formas extremas de explotación laboral, como el trabajo forzoso, pero también por violaciones de los derechos básicos en el lugar de trabajo, como el robo de salarios, las indemnizaciones por lesiones en el trabajo y la discriminación, es difícil de alcanzar tanto para las personas trabajadoras regulares como para las irregulares. Aunque la ausencia de cortafuegos es un problema importante, a menudo existen otros obstáculos. Por ejemplo, en muchos países, una persona migrante debe estar físicamente presente para presentar una reclamación, incluso por infracciones básicas en el lugar de trabajo, como el robo de salario. Además, muchos países no dan la oportunidad de permanecer en el país para presentar una reclamación, especialmente a las personas que tienen visas temporales vinculadas al empleador o a las personas indocumentadas. Las personas trabajadoras migrantes deben tener acceso a protecciones concretas de su estatus cuando ejercen sus derechos y contribuyen al cumplimiento de la legislación laboral. Las y los sindicalistas y otros y otras activistas que defienden los derechos laborales y de las personas migrantes han demandado la creación de mecanismos de justicia que permitan a las personas migrantes, ya sea cuando aún están en el país de destino o tras regresar a su país de origen o a un tercer país, obtener reparación por las violaciones sistemáticas a las que se enfrentan en el lugar de trabajo de manera fácil y justa. El concepto de “justicia portátil” ha generado apoyo y es esencial para las personas trabajadoras migrantes. Sin él, la organización colectiva se quedará corta para las personas trabajadoras migrantes.

El robo de salarios de las personas trabajadoras sigue siendo una práctica generalizada. El mismo informe de la OIT que descubrió que las personas trabajadoras migrantes tienen una probabilidad tres veces más alta de estar en una situación de trabajo forzoso que otras personas trabajadoras, también descubrió que la “retención sistemática y deliberada de los salarios, utilizada por empleadores abusivos para obligar a las personas trabajadoras a permanecer en un puesto de trabajo por miedo a perder los ingresos acumulados, es

¹² Silas Amo-Agyei, *The migrant pay gap: Understanding wage differences between migrants and nationals*, OIT (2020), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_763803.pdf.

¹³ Centro de los Derechos del Migrante (CDM), *MIGRANT WORKER WOMEN SUBMIT FIRST-EVER PETITION AGAINST THE ESTADOS UNIDOS UNDER THE USMCA*, (marzo de 2021) <https://cdmigrante.org/migrant-worker-women-usmca/> (última visita el 10 de abril de 2023).

¹⁴ Véase, por ejemplo, *PICUM A Worker is a Worker: How to Ensure that Undocumented Migrant Workers Can Access Justice*, PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS (2020), <https://picum.org/wp-content/uploads/2020/03/A-Worker-is-a-Worker-full-doc.pdf>; Ver también, Organización Internacional del Trabajo (OIT), *FAIR RECRUITMENT AND ACCESS TO JUSTICE FOR MIGRANT WORKERS* (2022) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_850615.pdf.

¹⁵ François Crépeau & Bethany Hastie, *The Case for 'Firewall'*

Protections for Irregular Migrants Safeguarding Fundamental Rights, 2(3) EUR. J OF MIGRATION AND L. 157-183, (2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2780641.

la forma más común de coacción, experimentada por el 36% de las personas en situación de trabajo forzoso.¹⁶ “El robo sistemático de salarios forma parte desde hace mucho tiempo del paisaje de la migración laboral en todas las regiones del mundo. Durante la pandemia del COVID-19, el impago atroz de los salarios a las personas trabajadoras migrantes fue aún más generalizado, ya que las empresas se enfrentaron a presiones financieras y un gran número de personas trabajadoras fueron repatriadas sin el pago de sus salarios. Aunque todas las jurisdicciones cuentan con mecanismos judiciales y/o administrativos para atender las reclamaciones salariales, los empleadores de todos los países pueden estar seguros de que muy pocas personas trabajadoras migrantes a las que no se les haya pagado recurrirán alguna vez a esos mecanismos para recuperar su salario. Esto se debe a que el sistema funciona en su contra en cada etapa del proceso de reclamación salarial.”¹⁷

El devastador impacto de la pandemia mundial de COVID-19 sobre las personas trabajadoras migrantes era previsible y estaba bien documentado.¹⁸ Los defectos estructurales de los actuales regímenes de gestión de la migración—como las visas vinculadas al empleador y el acceso limitado a los mecanismos de reclamación—y la continua incoherencia política en torno a la regularización de las personas trabajadoras migrantes indocumentadas hicieron que estas personas trabajadoras precarias con salarios bajos fueran a menudo las primeras en experimentar el choque económico (y social) de la pandemia.

¹⁶ ILO Global Estimates, *supra* nota 10.

¹⁷ Bassina Farbenblum & Laurie Berg, *MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE FOR WAGE THEFT: A GLOBAL STUDY OF PROMISING INITIATIVES*, (2021) <https://www.solidaritycenter.org/wp-content/uploads/2021/12/Migrant-Workers-Access-to-Justice-for-Wage-Theft-Publication.pdf> (Un informe reciente del Migrant Justice Institute (con el apoyo del Centro de Solidaridad y la Red ILAW).

¹⁸ Véase, por ejemplo, OIT, COVID-19 HAS MADE LIFE EVEN MORE PRECARIOUS FOR MIGRANT WORKERS (NOVIEMBRE DE 2021) https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_829452/lang-tr/index.htm (última visita el 10 de abril de 2023); Katharine Jones, Sanushka Mudaliar & Nicola Piper, *Locked down and in limbo: The global impact of COVID-19 on migrant worker rights and recruitment*, OIT (2021) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_821985.pdf; Migration Data Portal, *How COVID-19 HAS MADE LIFE MORE DANGEROUS FOR MIGRANT WORKERS* (abril de 2022) <https://www.migrationdataportal.org/blog/how-covid-19-has-made-life-more-dangerous-migrant-workers> (última visita el 10 de abril de 2023); Tula Connell, *Migrant Workers Essential Workers not only in COVID-19*, SOLIDARITY CENTRE (abril de 2020) <https://www.solidaritycenter.org/migrant-workers-essential-workers-not-only-in-covid-19/> (última visita el 10 de abril de 2023); Tula Connell, *Podcast: Winning Rights for Migrant Workers during COVID-19*, Centro de SOLIDARIDAD (marzo de 2021) <https://www.solidaritycenter.org/podcast-winning-rights-for-migrant-workers-during-covid-19/>.

Ahora, a medida que las economías mundiales se recuperan y afrontan el impacto a largo plazo de la pandemia, los gobiernos buscan en la migración una forma de solventar la escasez de mano de obra que surgió luego de la pandemia. Como se señala en una reciente publicación de la OCDE, “la escasez de mano de obra ha sido generalizada en todos los países, aunque de manera especial en Australia, Canadá y Estados Unidos; y en todas las industrias, aunque de manera especial en las de contacto intensivo como el alojamiento y la alimentación, pero también en la industria manufacturera... otros factores más allá [sólo] del ciclo económico también pueden desempeñar un papel: el aumento de la escasez de mano de obra posterior al COVID-19 puede reflejar en parte cambios estructurales, en particular cambios en las preferencias, ya que es posible que algunas personas trabajadoras ya no acepten salarios bajos y condiciones de trabajo inadecuadas o extenuantes.”¹⁹ En este contexto, muchos gobiernos están recurriendo a las personas migrantes para cubrir estos puestos de trabajo que se caracterizan por salarios bajos, largas jornadas laborales y escasa protección de la salud y la seguridad en el trabajo.

Desgraciadamente, los gobiernos están redoblando la promoción de planes de migración laboral temporal explotadores como forma de solventar la escasez de empleo, a menudo en lugar de las vías humanitarias. Por ejemplo, en el documento “*Collaborative Migration Management Strategy*” de la administración Biden-Harris, lanzada en 2021, “identifica y prioriza acciones para fortalecer los esfuerzos cooperativos para gestionar una migración segura, ordenada y humana en Norteamérica y Centroamérica”, centrándose por parte de los Estados Unidos en ampliar el acceso a los programas de visados de trabajo para no inmigrantes.²⁰ Sin embargo, las personas defensoras de los derechos de las personas migrantes señalan que estos programas de migración temporal se están ampliando sin las protecciones necesarias para las personas trabajadoras de estos sectores, incluyendo la protección frente al robo desenfrenado de

¹⁹ Orsetta Causa, et al., *The Post-COVID-19 Rise in Labour Shortages*, OECD ECONOMICS DEPARTMENT WORKING PAPERS No. 1721 (julio de 2022), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/e60c2d1c-en.pdf?expires=1677521745&id=id&accname=guest&checksum=750D2FA53AB6A3B54E071CB5B4171336>.

²⁰ Véase The White House, *FACT SHEET: UPDATE ON THE COLLABORATIVE MIGRATION MANAGEMENT STRATEGY* (abril de 2022), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/20/fact-sheet-update-on-the-collaborative-migration-management-strategy/>.

salarios.²¹ Mientras tanto se reduce el acceso a vías humanitarias como el asilo y el estatuto de protección temporal (TPS) y fracasan los llamados a la regularización de las personas indocumentadas. El último gobierno que ejemplifica esta tendencia es el del Reino Unido, donde el ACNUR ha acusado al gobierno de “extinguir el derecho a solicitar protección como persona refugiada en el Reino Unido” mediante una nueva propuesta de ley que limita enormemente el acceso a las protecciones de asilo.²² Aunque los distintos gobiernos del Consejo de Cooperación del Golfo, como Qatar y Kuwait, han aplicado algunas reformas al sistema de “kafala” o patrocinio, las personas trabajadoras migrantes con salarios bajos sólo pueden emigrar por trabajo a través de planes de migración laboral temporal sin sus familias.

Esta incoherencia política es demasiado común en la gestión global de la migración. El paradigma predominante de la migración laboral regular a escala mundial es el de la temporalidad—en el que las visas temporales vinculadas al empleador dan pie a la imposibilidad de cambiar de empleador o de ejercer la portabilidad de la visa, las elevadas cuotas de contratación, los contratos a corto plazo (para empleos permanentes a largo plazo)—da lugar a que un gran porcentaje de las personas trabajadoras de muchos sectores se segregue en empleos mal remunerados en los que las personas trabajadoras no tienen derecho a la unificación familiar. La inviabilidad política concomitante de la regularización de los enormes porcentajes de personas trabajadoras migrantes indocumentada en las economías mundiales da lugar a una forma estructural extrema de trabajo flexible. Los sindicatos y las personas defensoras de los derechos laborales recurrentemente reclaman sistemas de migración basados en el humanitarismo, la

unificación familiar, las necesidades reales del mercado laboral (determinadas, por ejemplo, por una comisión laboral independiente), vías para la residencia de larga duración e igualdad de trato para las personas trabajadoras en los lugares de trabajo y ante la ley.

El incoherente sistema global de gestión de la migración descrito anteriormente crea, a propósito, grandes obstáculos a que las personas trabajadoras migrantes ejerzan su libertad de asociación, su derecho a organizarse y a negociar colectivamente. Esto está vinculado de manera íntegra al tejido de los regímenes de la gestión de la migración. En los principales países de destino de las personas trabajadoras migrantes, como Qatar, Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos, a las personas trabajadoras migrantes se les niega completamente no solamente el derecho a formar sindicatos, sino también la libertad de asociación en general. En otros países de destino importantes como Malasia y Tailandia, se niega a las personas trabajadoras migrantes el derecho a formar sus propios sindicatos, a ocupar puestos de liderazgo en los sindicatos o a participar en la negociación colectiva. Las personas trabajadoras migrantes también se han visto obligadas a firmar contratos que restringen este derecho fundamental. Y las personas trabajadoras migrantes—tanto las indocumentadas como las que se encuentran en programas de migración laboral temporal—son rutinariamente incluidas en listas negras, denunciadas a las autoridades migratorias, detenidas y deportadas por intentar organizarse. El acceso a la justicia para las personas trabajadoras migrantes es cada vez más difícil sin este derecho fundamental a organizarse. La defensa sostenida por parte de las personas trabajadoras y las personas defensoras de los derechos laborales que exigen respeto y dignidad en el lugar de trabajo para todas las personas trabajadoras está ganando terreno: una trabajadora es una trabajadora. Los artículos de este número del Global Labour Rights Reporter ponen de relieve algunas de las estrategias e iniciativas innovadoras que las personas trabajadoras y quienes les apoyan (en la comunidad jurídica y en el movimiento obrero) han puesto en marcha para garantizar que las personas migrantes y refugiadas—independientemente de su estatus—puedan ejercer sus derechos y acceder a la reparación de las violaciones de sus derechos.

²¹ El Instituto de Política Económica (EPI, por sus siglas en inglés), con sede en los Estados Unidos, publicó un estudio reciente que mostraba que el programa H-2B—que permite a los empleadores estadounidenses contratar a personas trabajadoras para trabajos temporales y estacionales—creció hasta alcanzar su mayor tamaño histórico en 2022. Al mismo tiempo, se estaban cometiendo violaciones masivas de las leyes sobre salarios y horarios en las industrias que emplean a trabajadores H-2B, ya que los datos del Departamento de Trabajo de Estados Unidos muestran que entre 2000 y 2021 se robaron casi 1.800 millones de dólares a las personas trabajadoras empleadas en las principales industrias H-2B (que incluyen tanto a personas trabajadoras estadounidenses como migrantes). Véase, Daniel Costa, *As the H-2B visa program grows, the need for reforms that protect workers is greater than ever*, ECONOMIC POLICY INSTITUTE, (agosto de 2022) <https://www.epi.org/publication/h-2b-industries-and-wage-theft/>.

²² Rajeev Syal y Kiran Stace, *Rishi Sunak 'extinguishing the right to seek refugee protection in the UK'*, GUARDIAN, (2023), <https://www.theguardian.com/uk-news/2023/mar/07/suella-braverman-asylum-migration-bill-law-change-small-boats>.

PROTECCIÓN DEL VISADO PARA QUE PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES EXPLOTADAS PUEDAN PRESENTAR DEMANDAS LABORALES: UNA PROPUESTA AUSTRALIANA

LAURIE BERG Y BASSINA FARBENBLUM¹

Australia | Escrito originalmente en inglés

Introducción

La explotación de las personas migrantes está arraigada en numerosas industrias de casi todos los países del mundo. La inmensa mayoría de las conductas ilícitas de las empresas quedan sin control porque los sistemas de aplicación de la legislación laboral son débiles y carecen de recursos suficientes, y porque la mayoría de las personas trabajadoras migrantes optan por no denunciar la explotación. Muchas permanecen en silencio por miedo a poner en peligro su visado actual o futuro y su estancia en el país de empleo. Aquellas que están patrocinadas por su empleador temen perder su patrocinio y, con él, su permiso para permanecer legalmente en el país. Por su parte, las personas trabajadoras indocumentadas y quienes han incumplido las condiciones de su visa temen ser detectadas por las autoridades de inmigración y que se les cancele o retire la visa. Sumado a esto, cuando las personas trabajadoras migrantes llegan al final de su estancia, y podrían presentar con seguridad una demanda laboral sin poner en riesgo su trabajo o su visa, se les exige que regresen rápidamente a casa. Así, se pierde toda la información sobre los empleadores explotadores y la persona trabajadora nunca accede a una justicia que repare la multitud de violaciones laborales a las que se enfrenta².

“Estos retos relacionados con la migración podrían superarse de dos maneras: (1) permisos a corto plazo para prolongar la estancia de la persona trabajadora migrante con derechos laborales para presentar una reclamación salarial y, cuando aplique, hacer la transición a un nuevo empleador o visa y (2), protección contra la expulsión o cancelación de la visa para quienes han trabajado sin autorización legal.”

En Australia, en el año 2022, el Migrant Justice Institute elaboró una propuesta detallada de protección contra la anulación de la visa y una nueva visa de corta duración, llamada “visa de justicia laboral” (Workplace Justice Visa), dirigida a personas trabajadoras migrantes que demuestren que están tomando medidas contra un empleador por una violación de la legislación laboral³. En colaboración con el Human Rights Law Centre, otra organización nacional, el Migrant Justice Institute consiguió un apoyo sin precedentes para una propuesta un tanto radical en todo el movimiento sindical y el sector comunitario y, más tarde, en la comunidad empresarial. La propuesta llegó a ser descrita por un alto funcionario del gobierno federal australiano como un “boleto de unidad”. En mayo de 2023, el ministro de Inmigración anunció que introduciría los dos elementos clave de la propuesta: un visado piloto de corta duración para que los trabajadores inmigrantes puedan permanecer en el país para presentar reclamaciones salariales o participar en una

¹ La profesora asociada Laurie Berg pertenece a la Facultad de Derecho de la UTS y es codirectora ejecutiva del Migrant Justice Institute. La profesora asociada Bassina Farbenblum pertenece a la Facultad de Derecho y Justicia de la UNSW y es codirectora ejecutiva del Migrant Justice Institute.

² Ver Migrant Justice Institute (MJI), MIGRANT WORKERS AND WAGE THEFT: WHY GOVERNMENT AND BUSINESS SYSTEMS ARE FAILING AND WHAT NEEDS TO CHANGE, (2023), <https://www.migrantjustice.org/wagethefta2>.

³ Ver MJI, BREAKING THE SILENCE: A PROPOSAL FOR WHISTLEBLOWER PROTECTIONS TO ENABLE MIGRANT WORKERS TO ADDRESS EXPLOITATION, (2023), <https://www.migrantjustice.org/law-and-policy-reform-proposals> (visitado el 1 de marzo de 2023).

investigación de aplicación de la legislación laboral; y una protección legislada contra la anulación del visado para los titulares de visados que denuncien a un empleador explotador pero hayan incumplido las condiciones de su visado. Los detalles de cada elemento se están desarrollando actualmente. De aplicarse, la propuesta australiana proporcionaría nuevos modelos y sólidos precedentes mundiales de protección para las personas trabajadoras migrantes que quieran presentar demandas laborales sin poner en peligro su visa.

En este artículo se analizan el contexto y los pormenores de la propuesta, así como el proceso de obtención de apoyo y consenso entre diferentes personas defensoras, sindicatos y partes interesadas de la comunidad. Además, sitúa las reformas propuestas en el contexto de los ejemplos de otros modelos mundiales que, en su mayoría, son más limitados.

El problema: la inmensa mayoría de personas trabajadoras migrantes en Australia soportan en silencio el robo de salarios y otros abusos laborales

A diferencia de muchos otros países del Norte Global, Australia nunca ha establecido un régimen de trabajo temporal amplio y especializado. En su lugar, ha surgido de facto una mano de obra migrante temporal con salarios bajos a través de los cientos de miles de estudiantes internacionales con derechos laborales limitados, personas mochileras a las que se promete prorrogar la visa si realizan trabajos de horticultura y de otro tipo en zonas regionales y, finalmente, un programa de visas temporales patrocinadas por los empleadores para personas cualificadas, el cual puede ser utilizado para emplear migrantes en situación de vulnerabilidad. En Australia hay más de 100.000 personas migrantes indocumentadas que, por lo general, llegaron con una visa válida y permanecieron en el país más tiempo del permitido⁴.

⁴Jess Davis, *Calls For Amnesty for Undocumented Workers, As New Report Recommends 'One-Off' Visas in Agriculture*, ABC NEWS, (4 de marzo, 2021), <https://www.abc.net.au/news/2021-03-05/covid-19-vaccine-calls-for-amnesty-for-undocumented-workers/13218382>.

El robo de salarios y otras formas de explotación son un fenómeno endémico en las industrias con grandes cantidades de personas trabajadoras migrantes. La encuesta realizada en 2016 por el Migrant Justice Institute a 4.322 personas con visa temporal reveló que tres cuartas partes ganaban por debajo del salario mínimo por hora correspondiente y un tercio ganaba menos de la mitad del salario mínimo.⁵ Entre quienes recibían malos pagos, el 91% no comentó a nadie su situación y no tomó ninguna medida. La encuesta a gran escala que realizamos en 2019 arrojó resultados similares⁶.

Muchas de estas personas guardan silencio ante el robo de salarios y otras formas de explotación por razones similares a las de las personas migrantes en otros lugares. Estudiantes internacionales que han trabajado más horas de las que su visa les permite evitan interponer una demanda contra su empleador por miedo a la anulación de la visa o a poner en peligro una futura visa. Las personas patrocinadas que sufren robo de salario guardan silencio por miedo a perder su empleo y, con él, su visa. Las personas mochileras explotadas a menudo se niegan a hacer rendir cuentas a su empleador en situaciones de acoso sexual y otras formas de explotación porque necesitan su certificación para recibir una visa para su segundo año de permanencia.

El organismo que regula el trabajo en Australia, el Fair Work Ombudsman (FWO), reconoce desde hace años que la mayoría de las personas trabajadoras migrantes son muy reacias a solicitar su ayuda⁷. El Gobierno Federal intentó por primera vez abordar esta cuestión mediante la aplicación

⁵Laurie Berg & Bassina Farbenblum, *WAGE THEFT IN AUSTRALIA: FINDINGS OF THE NATIONAL TEMPORARY MIGRANT WORK SURVEY*, 5 (2017), <https://www.migrantjustice.org/highlights/2017/11/14/report-released-wage-theft-in-australia-findings-of-the-national-temporary-migrant-work-survey> (last visited Mar 1, 2023).

⁶Bassina Farbenblum & Laurie Berg, *WAGE THEFT AND INTERNATIONAL STUDENTS REPORT*, 8 (2020), <https://www.migrantjustice.org/iswagetheft> (visitado el 1 de marzo de 2023).

⁷Alexandra Reilly, Joanna Howe, Laurie Berg, Bassina Farbenblum & George Tan, *INTERNATIONAL STUDENTS AND THE FAIR WORK OMBUDSMAN*, (2017), <https://www.migrantjustice.org/publications-list/report-international-students-and-the-fair-work-ombudsman> (visitado el 1 de marzo de 2023).



Bassina Farbenblum
Co-directora ejecutiva del Instituto de Justicia para los Migrantes; profesora asociada de la Facultad de Derecho y Justicia, UNSW Sydney



Laurie Berg
Co-directora ejecutiva Instituto de Justicia para los Migrantes; profesora asociada Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de Sydney

de un “Protocolo de Garantía” entre la FWO y el Departamento de Asuntos de Interior (DHA, por sus siglas en inglés) en 2017. En virtud de este acuerdo, el DHA se compromete a no cancelar la visa de las y los estudiantes internacionales⁸ por incumplimiento de los derechos laborales si están ayudando a la FWO en sus investigaciones. En principio el Protocolo de Garantía era un enfoque innovador de la protección de las personas migrantes, pues reconocía la necesidad de salvaguardias en materia de visas para que las y los estudiantes internacionales pudieran denunciar la explotación. En la práctica, sin embargo, no ha tenido realmente ningún impacto. Entre 2017 y 2021 lo utilizaron solo 77 personas con visas temporales⁹.

“Los sindicatos, las y los abogados comunitarios y las organizaciones de migrantes de toda Australia tienen claro que, dada la gravedad del riesgo de anulación de la visa (o de expulsión en el caso de las personas trabajadoras indocumentadas), las personas trabajadoras migrantes solo denunciarán a sus empleadores si existen protecciones sólidas y expresas contra las consecuencias adversas o si ya se encuentran al final de su estancia y no tienen nada que perder.”

Su ineficacia se debe a varias deficiencias importantes, entre las que se incluye el hecho de que solo pueden acogerse a ella las personas migrantes que hayan incumplido una condición de la visa relacionada con los derechos laborales y solo si están “ayudando [a la FWO] en [sus] investigaciones”¹⁰. No está disponible para

⁸ El Protocolo se aplica a todas las personas migrantes temporales con derechos laborales, pero en realidad solo las y los estudiantes internacionales pueden acogerse a él. Las personas trabajadoras patrocinadas por el empleador prácticamente no pueden acogerse a estas protecciones. Estas personas temen perder el patrocinio si presentan una demanda contra su empleador-patrocinador durante su periodo de empleo. Así, la protección contra la anulación de la visa no es suficiente para que estas personas puedan hacer frente a la invalidez de su visa por el cese del patrocinio. Por el contrario, si su patrocinio finaliza o se interrumpe, estas personas necesitan una nueva visa para regularizar su estancia durante un corto periodo en el que puedan presentar una reclamación e identificar a un nuevo patrocinador antes de volver a obtener otra visa patrocinada por el empleador.

⁹ Información facilitada por el DHA en respuesta a una solicitud de libertad de información, FA 21/12/00662, (14 de febrero de 2022).

¹⁰ Fair Work Ombudsman, *Visa protections – the Assurance*

las personas explotadas sobre las que la FWO decide no realizar más investigaciones debido a la insuficiencia de evidencias (especialmente en el caso de las personas mal pagadas que reciben su salario en efectivo), a la falta de recursos de la agencia o a otras razones. De hecho, la FWO no investiga habitualmente las reclamaciones de las personas trabajadoras migrantes que solicitan su ayuda¹¹. En consecuencia, la disponibilidad del protocolo es especulativa y queda en gran medida fuera del control de la persona trabajadora. El protocolo tampoco está a disposición de quienes deseen dirigirse a otros organismos para denunciar o solicitar asistencia por otros daños sufridos en el lugar de trabajo, como infracciones contra la salud y la seguridad, acoso sexual, intimidación u otros abusos.

La propuesta del Migrant Justice Institute para proteger a quienes denuncien

En 2022, el Migrant Justice Institute elaboró una propuesta detallada para crear una nueva “visa de justicia laboral” (Workplace Justice Visa) de corta duración, dirigida a las personas trabajadoras migrantes que demuestren que están emprendiendo acciones contra un empleador por una violación de la legislación laboral. La propuesta incluye protección contra la anulación de la visa, principalmente a las y los estudiantes internacionales que hayan incumplido su límite de horas de trabajo.

A. Una nueva visa de justicia laboral

Según la propuesta, las personas trabajadoras migrantes que presenten reclamaciones legítimas contra un empleador a través de una serie de vías distintas al regulador laboral federal podrán acceder a una nueva visa de justicia laboral.

Requisitos para obtener la visa. Una persona trabajadora migrante puede optar a la visa si:

1. Existen motivos razonables para sospechar que el empresario que le contrata ha cometido una infracción no trivial de la legislación laboral o de inmigración en relación con esa persona y

Protocol, <https://www.fairwork.gov.au/find-help-for/visa-holders-migrants/visa-protections-the-assurance-protocol> (visitado el 1 de marzo de 2023).

¹¹ Laurie Berg & Bassina Farbenblum, *Migrant Workers’ Access to Remedy for Exploitation in Australia: The Role of the National Fair Work Ombudsman*, 23(3) AUSTRALIAN J. OF HUM. RTS. 310-331 (2017), <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1323238X.2017.1392478>.

2. La persona trabajadora es denunciante, es decir, ha tomado medidas para hacer frente a la infracción. Esto incluye colaborar en la investigación del empresario por parte de un organismo gubernamental pertinente, colaborar con un sindicato en relación con la presunta infracción del empresario o haber contratado servicios privados o comunitarios de asistencia jurídica para presentar una demanda.

Tipos de prueba aceptables del fundamento de la alegación de la persona trabajadora y pruebas de que está tomando medidas para obtener reparación. Estas se establecerían en un instrumento legislativo e incluirían:

1. Certificación del organismo encargado de aplicar la ley pertinente de que está realizando investigaciones o adoptando medidas de cumplimiento en relación con el empleo de la persona titular de la visa. Entre los organismos pertinentes se incluyen las autoridades laborales estatales y federales, así como los organismos policiales y los organismos encargados de hacer cumplir los regímenes de concesión de licencias para el alquiler de mano de obra;
2. Un juzgado, tribunal o comisión que expida un "certificado de estancia temporal" en el que se certifique que la presencia continuada de la persona trabajadora en Australia es necesaria para el desarrollo de sus actuaciones, o bien
3. Certificación expedida por una persona jurista que se especialice en derecho laboral y cuente con acreditación del colegio de juristas correspondiente o tenga empleo en un servicio jurídico financiado por el gobierno, trabaje pro bono en un bufete de juristas o en un sindicato. Esta persona profesional debe certificar que existen motivos razonables para sospechar que el empleador ha infringido una ley laboral pertinente en relación con el empleo de la persona titular de la visa y que ésta se encuentra buscando una solución legal en relación con una supuesta infracción laboral a través de la negociación con el empleador o una solicitud legal ante un foro apropiado.

Prescribir una gama más amplia de pruebas aceptables, incluidas las de juristas sindicales, garantiza que los recursos de los organismos

gubernamentales no se vean mermados por un número potencialmente elevado de solicitudes de certificación por parte de personas trabajadoras que desean beneficiarse de esta visa.

Elegibilidad condicionada a supuestas contravenciones no triviales por parte de los empresarios. Un instrumento legislativo especificaría una lista de contravenciones en el lugar de trabajo que dan derecho a la visa, incluidas las infracciones de la legislación laboral, la legislación sobre salud y seguridad en el lugar de trabajo y las leyes que proscriben el acoso sexual, entre otras.

Salvaguardias contra las reclamaciones infundadas presentadas para obtener la visa. Las tres opciones de certificación logran un equilibrio entre proporcionar salvaguardias contra las solicitudes fraudulentas para obtener el visado y permitir un proceso sencillo para aportar pruebas y determinar la elegibilidad que no cree impedimentos para que las personas trabajadoras migrantes soliciten realmente la protección.

La posibilidad de que un agente no gubernamental certifique crea una opción cuya administración no requiere muchos recursos ni mucho tiempo por parte de los organismos gubernamentales. La propuesta contiene tres salvaguardias que reconocen la posible preocupación de las autoridades por las certificaciones falsas o insuficientemente fundamentadas. En primer lugar, la elegibilidad para la certificación se limita a juristas con certificados de práctica legal vigentes que son objeto de supervisión disciplinaria profesional. En segundo lugar, la elegibilidad se restringe a quienes posean una especialización acreditada por sus respectivos colegios de juristas (con un mayor riesgo para la reputación profesional), o que trabajen en prácticas pro bono de firmas comerciales, en prácticas financiadas por el gobierno o en sindicatos que no tengan ningún incentivo financiero o de otro tipo para certificar falsamente una reclamación. En tercer lugar, un instrumento legislativo establecería un umbral para las contravenciones "no triviales", como un pago insuficiente mínimo de 2.000 dólares australianos (1.340 dólares estadounidenses) por persona trabajadora.

Ampliación de los organismos encargados de hacer cumplir la legislación, incluido el papel de los sindicatos. La propuesta tiene la importante ventaja de crear una comunidad de aplicación más allá de los reguladores gubernamentales e incentivar a las personas trabajadoras a presentar



© FrameAngel / Shutterstock

reclamaciones a través de centros jurídicos y sindicatos. Esto incluye incentivar a las personas trabajadoras migrantes a afiliarse a un sindicato (no hay restricciones legales o de otro tipo que impidan a estas personas afiliarse a un sindicato en Australia) y, a su vez, incentivar a los sindicatos a incorporar a personas trabajadoras migrantes. También aumentaría sustancialmente el acceso del gobierno a la inteligencia para informar de sus actividades de aplicación de la ley, ya que una persona solicitante que confíe en la certificación de una persona jurista privada deberá presentar pruebas de que también ha denunciado el incumplimiento a una autoridad gubernamental pertinente.

Estructura, duración y condiciones de la visa.

La visa de justicia laboral propuesta es una visa sustantiva con las siguientes características:

1. Un periodo de validez de 6 a 12 meses, a discreción del ente responsable de la decisión, en función de la forma, la calidad y el contenido de las pruebas sobre el fondo y el progreso de la investigación, la queja o la reclamación. La visa sigue siendo válida durante el periodo aprobado independientemente de que la reclamación se resuelva o no, ya que condicionar su validez a que el asunto siga en pie puede desincentivar innecesariamente la resolución. En caso de duda, el ente responsable de inmigración puede exigir una certificación de la buena fe del acuerdo.
2. La persona titular de la visa puede solicitar una visa posterior/renovación de una visa de justicia laboral si puede demostrar que sigue en pie un proceso o investigación judicial (un umbral más alto que para la visa inicial). Esto es fundamental porque dar acceso a esta visa una sola vez permitiría a un

empresario sin escrúpulos prolongar indebidamente una negociación o un proceso judicial hasta su expiración, con lo cual obligaría a la persona trabajadora a abandonar el país sin remedio.

3. La persona titular de la visa está autorizada a trabajar. Sin los ingresos obtenidos a través de los derechos laborales, la mayoría de las personas trabajadoras migrantes no podrían permanecer en Australia para reclamarlos. El resultado sería que la visa tuviera una aceptación muy limitada o que las personas titulares de la visa realizarían trabajos no autorizados para mantenerse, lo que agravaría el problema que se pretende resolver.
4. Una condición de la visa debe estipular que la persona titular no debe abandonar la reclamación ni dejar de cooperar con las autoridades (sin incluir un acuerdo de buena fe). Esto garantiza que ni la persona titular ni el empresario sean cómplices de infracciones laborales para facilitar la estancia de la primera en Australia.
5. Cuando una persona trabajadora migrante pasa de una visa sustantiva a una de justicia laboral, esta debe tener las mismas vías de visado que la anterior. Esto ofrecería a las personas trabajadoras con visas de trabajo patrocinadas por el empleador que hayan abandonado a un empleador explotador la oportunidad de encontrar un patrocinio alternativo.

Disponibilidad de la visa para personas trabajadoras indocumentadas, incluso en casos de detección. La visa debe estar a disposición de las personas trabajadoras indocumentadas independientemente de que se presenten de forma voluntaria o presenten una demanda laboral después de haber sido detectadas por el DHA. En la propuesta se presenta un amplio debate sobre las posibles preocupaciones y respuestas en relación con las personas indocumentadas¹².

B. Protección contra la cancelación de la visa

La propuesta también contiene recomendaciones para reforzar las protecciones contra la cancelación de la visa y la inelegibilidad futura de la visa para permitir que estudiantes internacionales en Australia, en particular, puedan

¹² MJI, BREAKING THE SILENCE: A PROPOSAL FOR WHISTLEBLOWER PROTECTIONS TO ENABLE MIGRANT WORKERS TO ADDRESS EXPLOITATION, at 21-22 (2023), <https://www.migrantjustice.org/law-and-policy-reform-proposals> (visitado el 1 de marzo de 2023).

presentar reclamaciones legítimas contra un empleador. Estas medidas se aplicarían cuando la o el estudiante internacional haya incumplido la condición de su visa de trabajo en relación con el trabajo para un empleador específico, pero existan motivos razonables para sospechar que ese empleador ha cometido una infracción no trivial de la legislación laboral o de inmigración en relación con esa persona trabajadora y esta haya tomado medidas para hacer frente a la infracción. Los requisitos de admisibilidad y probatorios para solicitar la protección contra la cancelación de la visa reflejarían los requisitos de la visa de justicia laboral.

Para proporcionar una base jurídica clara y fiable a esta protección, la garantía debe proporcionarse a través de una disposición existente en la legislación migratoria australiana según la cual “El ministro no cancelará una visa [...] si existen circunstancias prescritas en las que una visa no debe ser cancelada”. Actualmente la normativa australiana no establece ninguna circunstancia en la que no deba cancelarse una visa. Según el sistema propuesto, se promulgarán reglamentos que establezcan que no se anulará una visa cuando una persona trabajadora se haya convertido en un “denunciante” en las circunstancias descritas anteriormente.

Construir un movimiento que apoye la propuesta

A diferencia de otros países de la OCDE, en Australia la lucha contra la explotación de las personas trabajadoras migrantes está dando sus primeros pasos. Aunque en los últimos años la cuestión ha ido cobrando cada vez más importancia, hasta hace poco los derechos de estas personas habían sido en gran medida un tema secundario para el gobierno australiano. En mayo de 2022, un nuevo gobierno laborista llegó al poder con el compromiso electoral de abordar la explotación de las personas trabajadoras migrantes.

Al reconocer una oportunidad para introducir reformas sistémicas más radicales, el Migrant Justice Institute se asoció con el Human Rights Law Centre para desarrollar una propuesta de protección de denunciantes. El concepto de una visa temporal que permitiera a la persona trabajadora migrante prolongar su estancia en Australia para presentar una denuncia había constituido la base de las recomendaciones de reforma legislativa de juristas, sindicatos y el sector comunitario durante más de una década. El Migrant Workers Centre, que trabaja junto al



© Michael Major / Shutterstock

movimiento sindical en Victoria para empoderar a las personas migrantes, había acuñado el término “denunciante” para transmitir la idea de que esta visa reforzaría la agencia de quienes delataran la mala conducta del empleador o la empresa. Sin embargo, ningún individuo u organización había estudiado los detalles de cómo debería funcionar esta visa, incluidos los requisitos de elegibilidad y las salvaguardias contra el uso indebido.

Dada la naturaleza bastante radical de la propuesta, las organizaciones líderes intentaron alcanzar un amplio consenso entre sindicatos, proveedores de servicios y otras organizaciones nacionales de primer nivel sobre la forma de la propuesta mediante un documento de opciones y una serie de consultas a especialistas. Una vez perfeccionada la propuesta, justificados todos sus elementos y abordadas las posibles preocupaciones, las organizaciones principales se dirigieron a un amplio abanico de organizaciones de toda Australia en busca de su apoyo. Más de 40 organizaciones respaldaron la propuesta, entre ellas proveedores de servicios jurídicos, sindicatos (de derechas y de izquierdas), iglesias, máximos órganos de las comunidades étnicas, máximos órganos profesionales (incluidos agentes de migración), organizaciones internacionales de derechos humanos, máximos servicios nacionales de bienestar social y un comisionado estatal contra la esclavitud (la lista completa de las organizaciones que respaldaron puede encontrarse en la propuesta)¹³. La propuesta también fue respaldada posteriormente por la Red Australiana del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, máximo órgano de muchas de las mayores empresas de Australia que se han comprometido a hacer frente a la esclavitud moderna.

La propuesta se compartió confidencialmente con ministerios y departamentos claves del gobierno

¹³ *Id.*

a finales de 2022, tras lo cual se celebraron debates para abordar las preocupaciones. Como estaba siendo examinada por el Gabinete del Gobierno Federal en febrero de 2023, la propuesta se dio a conocer públicamente con una amplia campaña en los medios de comunicación y en las redes sociales. En mayo de 2023, el ministro de Inmigración anunció que introducirá los dos elementos clave de la propuesta: un visado piloto de corta duración para que los trabajadores inmigrantes puedan permanecer en el país para presentar reclamaciones salariales o participar en una investigación de aplicación de la legislación laboral; y una protección legal contra la cancelación del visado para los titulares de visados que denuncien a un empleador explotador pero hayan incumplido las condiciones de su visado, para los titulares de visados que denuncien a un empleador explotador pero hayan incumplido las condiciones de su visado. El Ministerio del Interior celebró un taller de "codiseño" con los sindicatos y la sociedad civil sobre los detalles de cada elemento, y en julio de 2023, el gobierno está elaborando las formas definitivas de los dos elementos.

El contexto mundial: un avance respecto a las protecciones más limitadas de muchos países

Esta propuesta se basa en las lecciones aprendidas de otros países. Varias jurisdicciones han introducido visas para hacer frente a la explotación de las personas trabajadoras migrantes, pero lo han hecho de una manera parcial que no anima eficazmente a una amplia gama de estas personas a hacer frente a la explotación laboral. De aplicarse, la propuesta australiana proporcionaría nuevos modelos y sólidos precedentes mundiales de protección para las personas trabajadoras migrantes que quieran presentar demandas laborales sin poner en peligro su visa.

A. Las opciones limitadas actuales para que las personas trabajadoras migrantes obtengan una nueva visa para presentar una demanda laboral

Muchas jurisdicciones conceden visas a las víctimas de trata o a quienes son testigos en investigaciones penales de trabajo forzoso o delitos similares, lo que también puede permitir a esa persona interponer recursos civiles contra su empleador.

"Sin embargo, en ausencia de una investigación penal, solo un número muy reducido de jurisdicciones permite a las personas trabajadoras prorrogar su visa o solicitar una nueva de corta duración con el fin de permanecer en el país de empleo para presentar una reclamación salarial¹⁴. Incluso en los países que cuentan con procedimientos formales para solicitar la estancia, estos sistemas son limitados y a menudo no permiten a la persona migrante trabajar mientras su caso sigue adelante."

Por ejemplo, según la legislación letona, una persona trabajadora indocumentada "empleada en condiciones laborales especialmente explotadoras" puede solicitar un permiso de residencia temporal de un año (renovable) "si la persona extranjera se ha dirigido al tribunal con una solicitud relativa a la recuperación de la remuneración laboral no pagada por el empleador"¹⁵. Sin embargo, se desconoce si este permiso de residencia se concede en la práctica.

Hong Kong cuenta con procedimientos formales para que las personas extranjeras que hacen trabajo doméstico soliciten una prórroga de visa para presentar y tramitar una demanda laboral¹⁶. Esto les permite permanecer en Hong Kong cuando su visa llega a su fin (normalmente dos semanas después de la finalización de su contrato de trabajo). Sin embargo, cada prórroga de visa de dos semanas cuesta unos 230 dólares de Hong Kong (29,40 dólares estadounidenses) y no permite a la persona migrante trabajar mientras esté en posesión de esta, por lo que debe asumir todos los costos de alojamiento, comida y otros mientras tramita el caso. Se trata de un costo significativo para muchas personas trabajadoras, sobre todo porque muchas tendrán que solicitar

¹⁴ Esta sección se basa en la investigación realizada por Sarah Mehta, jefa de proyectos internacionales del Migrant Justice Institute. Cualquier error que se encuentre pertenece a la autora. Para mayor información, ver también: MJJ, MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE FOR WAGE THEFT, <https://www.migrantjustice.org/wagethefta2j> (visitado el 1 de marzo de 2023).

¹⁵ IMMIGRATION LAW (IMIGRĀCIJAS LIKUMS), sección 23(7) (Lat.)

¹⁶ Government of Hong Kong, Home Affairs Department, WORKING IN HONG KONG, https://www.had.gov.hk/rru/en/images/pdf/Your_Guide_to_Services_in_HK_English_chapter_4.pdf (visitado el 26 de enero de 2023); Hong Kong Federation of Asian Domestic Workers Unions (FADWU), THE PRICE OF JUSTICE: MIGRANT DOMESTIC WORKERS' EXPERIENCE OF TRYING TO RESOLVE LABOUR DISPUTES, (2019), https://idwfed.org/wp-content/uploads/2022/07/the_price_of_justice.pdf (visitado el 1 de marzo de 2023); Rachel Li, *Entrevista - HELP*, (2023) (entrevista realizada en el curso de la investigación del MJJ, transcripciones en el archivo).

varias prórrogas debido a los retrasos de los tribunales.

En Malasia, las personas trabajadoras migrantes y otras personas pueden solicitar un “pase especial” que les permite permanecer más allá de su visa, generalmente hasta 30 días, si demuestran documentalmente que están tramitando una demanda laboral¹⁷. Este pase puede renovarse por un total de tres meses, a discreción del departamento de inmigración. Sin embargo, diferentes activistas de los derechos de las personas migrantes señalan que este permiso no es una salvaguardia significativa porque es corto, discrecional, caro (cuesta 100 ringgits malayos, es decir unos 24 dólares estadounidenses, cada vez que se renueva) y no conlleva derechos laborales, lo que deja a la persona trabajadora sin capacidad legal para mantenerse mientras se desarrolla el procedimiento judicial.

En los últimos años, varios países —entre ellos Canadá¹⁸, Finlandia¹⁹ y Nueva Zelanda²⁰— han introducido sistemas de portabilidad para las personas trabajadoras migrantes que han sufrido explotación laboral. Estos sistemas permiten a una persona trabajadora patrocinada por un empleador denunciar una infracción

¹⁷ *Immigration Regulations of 1963*, Regulation 14 (Malaysia); Ver Bar Council of Malaysia, *MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE: MALAYSIA*, (2019), [https://www.malaysianbar.org.my/cms/upload_files/document/Migrant%20Workers%20Access%20to%20Justice%20Report%20\(28Nov2019\).pdf](https://www.malaysianbar.org.my/cms/upload_files/document/Migrant%20Workers%20Access%20to%20Justice%20Report%20(28Nov2019).pdf) (visitado el 1 de marzo de 2023); Renuka Balasubramaniam, *Entrevista*, (2023) (entrevista realizada en el curso de la investigación del MJJ, transcripciones en el archivo); Apolinar Tolentina, *Entrevista*, (2023) (entrevista realizada en el curso de la investigación del MJJ, transcripciones en el archivo); iVisa, *MALAYSIA VISA EXTENSION: ALL THE INFORMATION YOU NEED TO KNOW ABOUT IT*, <https://www.ivisa.com/malaysia-blog/updated-information-for-malaysia-visa-extension> (visitado el 1 de marzo de 2023).

¹⁸ *Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2019-148, sections 299(2)(l) and 303.2(2)(a) in Government of Canada, *Part 2: Regulations Amending the Immigration and Refugee Protection Regulations*, 153 CANADA GAZETTE (2019), <https://gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2019/2019-05-29/html/sor-dors148-eng.html> (visitado el 1 de marzo de 2023); ver también: Amanda Aziz, *A PROMISE OF PROTECTION? AN ASSESSMENT OF IRCC DECISION-MAKING UNDER THE VULNERABLE WORKER OPEN WORK PERMIT PROGRAM* (2022).

¹⁹ Finnish Immigration Services, *Residence permit or certificate due to exploitation by employer*, MAAHANMUUTTOVIRASTO, <https://migri.fi/en/residence-permit-or-certificate-due-to-exploitation-by-employer> (visitado el 1 de marzo de 2023); See Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), *LABOUR MIGRATION POLICIES CASE STUDY SERIES: FINLAND*, (2022), https://picum.org/wp-content/uploads/2023/02/Labour-migration-policies_Case-study-series_Finland_EN.pdf.

²⁰ Government of New Zealand, *Migrant Exploitation Protection Work Visa: Visa details*, IMMIGRATION NEW ZEALAND, <https://www.immigration.govt.nz/new-zealand-visas/visas/visa/migrant-exploitation-protection-visa> (visitado el 1 de marzo de 2023).

laboral y acceder a una visa de corta duración para permanecer en el país, encontrar un trabajo alternativo y volver a solicitar una nueva visa cuando haya encontrado un nuevo empleador patrocinador. Estos modelos están dirigidos principalmente a permitir que estas personas abandonen un empleo en el que están siendo explotadas. La obtención de las visas está condicionada a que se demuestre la explotación laboral, pero no está claro con qué frecuencia las autoridades laborales investigan las reclamaciones y se obtienen soluciones laborales individuales, como la devolución del salario.

B. Protección frente a la cancelación y retirada de la visa

En Australia, la protección frente a la cancelación de la visa es de vital importancia porque una gran parte de la mano de obra migrante australiana vulnerable se compone de estudiantes internacionales que trabajan más allá del límite de horas de trabajo permitidas para compensar salarios ilegalmente mal pagados. Dado que han incumplido su visa, esta se les podría cancelar si se detectara la infracción y tendrían que abandonar Australia.

Aunque no hemos identificado otros ejemplos mundiales de protección frente a la cancelación de visas para personas trabajadoras migrantes que hayan incumplido lo estipulado en su visa, Estados Unidos introdujo recientemente nuevas protecciones para permitir que las personas trabajadoras indocumentadas que denuncien abusos laborales eviten la expulsión y permanezcan temporalmente en el país. En 2023, el Departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos instituyó un nuevo proceso racionalizado y centralizado para que las personas trabajadoras migrantes implicadas en conflictos laborales soliciten un alivio migratorio a través de la acción diferida, la cual puede durar hasta dos años en general y puede ir acompañada de una autorización de trabajo²¹. Quienes soliciten este tipo de acción deben presentar una carta de apoyo de una agencia laboral local, estatal o federal, en la que se exponga el “interés de aplicación o jurisdiccional de la agencia laboral”, las personas trabajadoras pertinentes y por qué la discreción procesal para estas favorece el interés de la agencia laboral. Aunque la acción diferida no cambia la situación migratoria de

²¹ U.S. Department of Homeland Security, *DHS ANNOUNCES PROCESS ENHANCEMENTS FOR SUPPORTING LABOR ENFORCEMENT INVESTIGATIONS*, <https://www.dhs.gov/news/2023/01/13/dhs-announces-process-enhancements-supporting-labor-enforcement-investigations> (visitado el 1 de marzo de 2023).

las personas trabajadoras indocumentadas, les ofrece protección frente a la deportación y tiempo para buscar otras opciones laborales y de inmigración. Activistas que defienden los derechos de esta población señalan que otro beneficio de la acción diferida, en este modelo, es que proporciona una autorización de trabajo que no está atada a un único empleador, lo que aumenta las opciones de empleo de la persona y su poder de negociación para evitar o abandonar una situación laboral de explotación²².

Conclusión

A medida que surge una nueva comunidad mundial de prácticas entre quienes luchan contra la explotación de las personas trabajadoras migrantes, se abren oportunidades importantes para establecer y compartir propuestas y ejemplos de prácticas prometedoras²³. Existen claros ejemplos de gobiernos que se apoyan mutuamente para llevar a cabo reformas migratorias restrictivas (incluido el tristemente célebre régimen de detención en el extranjero de Australia)²⁴. Ha llegado el momento de que defensoras y defensores presionen a los gobiernos para que realicen reformas migratorias que permitan a las personas trabajadoras migrantes hacer frente a la explotación laboral. Esperamos que esta propuesta establezca una nueva mejor práctica global, pero independientemente de su implementación, esperamos que compartir la propuesta contribuya a la conversación entre activistas que desarrollan e impulsan reformas en cada uno de nuestros países.

²² Nina DiSalvo, *Interview - Towards Justice*, (2023).

²³ Migrant Justice Institute, Solidarity Center, La Red ILAW MIDEQ han trabajado para apoyar a esta comunidad emergente a través de una serie de informes, resúmenes de investigación, documentos explicativos y seminarios web mundiales. Para más información ver: www.migrantjustice.org/wagethefta2j.

²⁴ Daniel Ghezelbash, LEGAL TRANSFERS OF RESTRICTIVE IMMIGRATION LAWS: A HISTORICAL PERSPECTIVE, 66 *Int'l and Comp. L. Quarterly* 235–255 (2017).

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES: LA NECESIDAD DE QUE JURISTAS BUSQUEN LA INVALIDACIÓN JUDICIAL POR PARTE DE LA AUTORIDAD ESTATAL PARA VINCULAR A LAS PERSONAS TRABAJADORAS A EMPLEADORES ESPECÍFICOS

AMANDA AZIZ¹, EUGÉNIE DEPATIE-PELLETIER²

Canadá | Escrito originalmente en inglés

Introducción

En todo el mundo, las personas migrantes a quienes se les expide una autorización de trabajo que les vincula a empleadores específicos sufren sistemáticamente violaciones de los derechos humanos y laborales. A partir de ejemplos pasados y contemporáneos de políticas de vinculación a empleadores en Canadá, Estados Unidos y el Reino Unido, este artículo ilustra por qué los y las

juristas deben ir más allá de las medidas de protección para las personas trabajadoras migrantes y centrarse en dismantelar la causa fundamental de su vulnerabilidad a los abusos: el estatuto jurídico vinculado al empleador.

Programas de (in)migración laboral vinculados a la empresa: encender las alarmas

Las legislaturas y los gobiernos suelen utilizar los programas de migración laboral para abordar objetivos de mano de obra a largo plazo, así como la escasez urgente de personal cualificado. Al hacerlo, las personas responsables de la creación de políticas disponen de varias opciones para admitir e integrar a las personas extranjeras al mercado laboral. Los programas que admiten a personas extranjeras con estatuto jurídico permanente, por ejemplo, les otorgan el derecho a trabajar, estudiar, salir temporalmente del país, establecerse si lo desean y, con el tiempo, solicitar la ciudadanía. Los Estados también gestionan programas de admisión acelerada de personas extranjeras con autorizaciones de trabajo abiertas,³ que permiten trabajar durante un periodo determinado para casi cualquier empleador (y, en ocasiones, acceder al estatuto permanente).

¹ Amanda Aziz es abogada de inmigración y refugiados, defensora de la justicia para las personas inmigrantes desde hace mucho tiempo y orgullosa hija de inmigrantes. Ha ayudado a muchas familias a tramitar su situación migratoria en Canadá y ha colaborado con organizaciones de defensa de los derechos de las mujeres y los trabajadores. Trabaja como abogada del Migrant Workers Centre BC y como asesora jurídica del Canadian Labour Congress en un programa de regularización para personas trabajadoras del sector de la construcción. Es miembro de la National Executive of the Canadian Association of Refugee Lawyers y participa activamente en el movimiento de ciudades santuario de Vancouver. Antes de dedicarse al derecho, Amanda representó a estudiantes de enseñanza postsecundaria a escala nacional, abogando por una educación postsecundaria accesible.

² Eugénie Depatie-Pelletier tiene un máster en Demografía y un doctorado en Derecho. Es profesora adjunta en el departamento de Geografía de la Universidad Laval e investigadora asociada a la Cátedra de Investigación de Canadá sobre Procesos Migratorios Mundiales. Coordina proyectos de investigación académica sobre los derechos fundamentales de las personas trabajadoras migrantes y trabaja como directora ejecutiva de la Association for the Rights of Household and Farm Workers. Como experta en políticas de (in)migración laboral, ha trabajado desde 2003 para grupos comunitarios, organizaciones no gubernamentales, sindicatos de personas trabajadoras, departamentos y comisiones federales y provinciales canadienses, el gobierno de la provincia china de Shanxi y organismos de la ONU, y ha publicado diversos artículos, capítulos de libros e informes de investigación sobre el tema.

³ Por ejemplo, el programa SWAT de EE. UU., la Clase de Experiencia Internacional de Canadá o los acuerdos de la Unión Europea sobre personas trabajadoras en movilidad interna. Ver, por ejemplo, Government of Canada, INTERNATIONAL EXPERIENCE CANADA: ABOUT THE PROCESS – WORKING HOLIDAY, <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/work-canada/iec/about.html> (visitado el 10 de abril de 2023).



Amanda Aziz
Abogada, Centro
de Trabajadores
Migrantes



**Eugénie Depatie -
Pelletier**
LL.D, Directora
ejecutiva, Asociación
para los derechos
de los trabajadores
domésticos y agrícolas

De manera paralela, los gobiernos suelen aplicar sistemas de admisión que imponen a las personas trabajadoras migrantes un estatus legal vinculado al empleador que anula su derecho a cambiar libremente de empleador.⁴ Si la persona trabajadora renuncia, es despedida o pierde de cualquier otro modo la relación con su empleador-patrocinador o grupo de empleadores-patrocinadores, su derecho a ganarse la vida legalmente en el país queda inmediatamente revocado o invalidado, al menos temporalmente.

Para las personas trabajadoras migrantes vinculadas al empleador, renunciar o hacer valer un derecho que pueda poner en peligro la relación con este implica un riesgo de empleo irregular, retrasos o pérdida de acceso a la renovación del permiso de trabajo o a la residencia permanente y la reagrupación familiar, situación legal de indocumentación, deportación e interdicción para volver a entrar en el país. En este contexto, la mayoría se abstiene de renunciar o de hacer valer su derecho fundamental a la libertad de asociación u otros derechos laborales protegidos, incluso en casos de condiciones de trabajo inseguras o de abusos por parte del empleador. Asimismo, las personas trabajadoras migrantes se abstienen de quejarse o buscar justicia en caso de violación de sus derechos, a menos que sufran una enfermedad o accidente grave o hayan sido despedidas y, excepcionalmente, no tengan mucho que perder y cuenten con una extraordinaria red de apoyo comunitario.⁵

⁴En algunos casos existe un procedimiento de "cambio de empleador-patrocinador". Sin embargo, salvo en circunstancias excepcionales, normalmente se prohíbe a las personas trabajar para un nuevo empleador antes de que el Estado les conceda un nuevo permiso de trabajo. Este proceso es incierto, tiende a depender de un procedimiento relativamente complejo, costoso o largo y suele ser inaccesible de facto para las personas trabajadoras atrapadas con un empleador abusivo.

⁵En caso de enfermedad, accidente laboral o despido por parte de un empleador-patrón abusivo (cuando las antiguas personas trabajadoras migrantes vinculadas a un empleador se encuentran sin mucho que perder por quejarse y con un acceso excepcionalmente oportuno a recursos para presentar una denuncia contra su empleador) es posible que, en cualquier caso, no vean atendida su reclamación antes de que expire su permiso de residencia, lo que facilita la impunidad de los empleadores abusivos. Bassina Farbenblum & Laurie Berg, MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE FOR WAGE THEFT: A GLOBAL STUDY OF PROMISING INITIATIVES (2021), <https://static1.squarespace.com/>

A nivel mundial, las violaciones sistémicas de los derechos que sufren las personas trabajadoras migrantes vinculadas a un empleador han sido reconocidas desde hace tiempo por asociaciones de justicia para migrantes, grupos de defensa de los derechos de las personas trabajadoras y organizaciones de derechos humanos. Desde el año 2000, solo Human Rights Watch y Amnistía Internacional han publicado más de 50 informes sobre el tema.⁶ Al menos 12 organismos de las Naciones Unidas, entre ellos la Organización Internacional del Trabajo y el Banco Mundial, han reconocido el mayor riesgo de abusos que corren las personas migrantes vinculadas a un empleador.⁷ Organismos nacionales como la oficina de Trata de Personas del Departamento de Estado de EE. UU. también reconocen ahora la correlación entre los programas de trabajo vinculados a la empresa y las condiciones de trabajo forzoso de forma habitual.⁸ Recientemente, los problemas de derechos humanos a los que se enfrentan las personas trabajadoras migrantes vinculadas a un empleador recibieron una mayor atención pública durante la Copa Mundial de la FIFA 2022, celebrada en Qatar.⁹

El impacto negativo del estatus de vinculación al empleador sobre el ejercicio de los derechos de las personas trabajadoras migrantes está ampliamente

static/593f6d9fe4fcb5c458624206/t/626229554faef-b74014351e3/1650600300445/MIGRANT+WORKER-S%E2%80%99+ACCESS+TO+JUSTICE+FOR+WAGE+-THEFT. Ver también British Columbia Employment Standards Coalition, JUSTICE DENIED: THE SYSTEMIC FAILURE TO ENFORCE BC STANDARDS (February 2022) (en el que se exponen los prolongados retrasos en la resolución de las reclamaciones presentadas por los trabajadores a la BC Employment Standards Branch).

⁶ Eugénie Depatie-Pelletier, LABOUR MIGRATION PROGRAM DECLARED A "MODERN FORM OF SLAVERY" UNDER CONSTITUTIONAL REVIEW: EMPLOYER-TYING POLICY IMPACT VS MYTHICAL "HARM REDUCTION" MEASURES (LL.D. thesis, Faculty of Law, Université de Montréal, unpublished) at 32. (2018) [en adelante Depatie-Pelletier 2018].

⁷ *Id.* at 33-34.

⁸ Ver, por ejemplo, U.S. Dep't of State, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons, Trafficking in Persons Report (July 2022), <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2022/10/20221020-2022-TIP-Report.pdf>.

⁹ Ver, por ejemplo, Amnesty Int'l, QATAR: ONGOING DEBATE OVER MIGRANT WORKER DEATHS EXPOSES NEED FOR TRUTH AND COMPENSATION (November 2022), <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2022/11/qatar-ongoing-debate-over-migrant-worker-deaths-exposes-need-for-truth-and-compensation/>.

documentado y bien establecido por quienes investigan el tema en todas las ramas de las ciencias sociales.

“Más concretamente, las medidas de vinculación restringen la libertad de movimiento de las personas trabajadoras,¹⁰ así como su autonomía para tomar decisiones fundamentales que afectan su supervivencia económica, su condición jurídica, su estabilidad familiar o su integridad física.¹¹ La vinculación al empleador está asociada a un mayor riesgo estatal de robo de salarios y otros abusos financieros, servidumbre por deudas como consecuencia del pago de las tasas de contratación,¹² situación legal de indocumentación y trata de personas.”¹³

Además, se asocia a daños físicos y psicológicos, obstáculos a la salud y la seguridad y falta de acceso a la protección social que ofrecen los organismos estatales, los grupos comunitarios y los sindicatos de personas trabajadoras,¹⁴ así como a un mayor riesgo de trabajo excesivo o inseguro,¹⁵ acoso psicológico, físico y sexual, agresiones y violencia sexual,¹⁶ enfermedades relacionadas con el trabajo, accidentes y muerte.¹⁷ También se ha demostrado que las

¹⁰ Elizabeth Frantz, *Jordan's Unfree Workforce: State-Sponsored Bonded Labour in the Arab Region*, 49(8) J. OF DEV. STUD. at 1072 (2013).

¹¹ Ray Jureidini & Nayla Moukarbel, *Female Sri Lankan domestic workers in Lebanon: a case of 'contract slavery'?* 30(4) J. OF ETHNIC AND MIGRATION STUD. (2004).

¹² Sabine Damir-Geilsdorf, *Contract Labour and Debt Bondage in the Arab Gulf States. Policies and Practices within the Kafala System*, in *BONDED LABOUR: GLOBAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE (18TH-21ST CENTURY)* at 163-190 (Sabine Damir -Geilsdorf ed., 2016).

¹³ Hila Shamir, *The Paradox of "legality": Temporary Migrant Worker Programs and Vulnerability to Trafficking*, in *REVISITING THE LAW AND GOVERNANCE OF TRAFFICKING, FORCED LABOR AND MODERN SLAVERY* at 471-502 (Prabha Kotiswaran ed., 2017).

¹⁴ Anna Boucher, *PATTERNS OF EXPLOITATION: UNDERSTANDING MIGRANT WORKER RIGHTS IN ADVANCED DEMOCRACIES* at 170-194 (February 2023).

¹⁵ Ver, por ejemplo, Kamila Fialkowska & Kamil Matuszczyk, *Safe and fruitful? Structural vulnerabilities in the experience of seasonal migrant workers in agriculture in Germany and Poland* 139 SAFETY SCIENCES, at 105-196 (2021).

¹⁶ Ver, por ejemplo, Virginia N. Sherry, *Bad Dreams: Exploitation and Abuse of Migrant Workers in Saudi Arabia*, 16(5e) HUMAN RIGHTS WATCH at 57-63 (2004), <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/saudi0704.pdf>.

¹⁷ Ver, por ejemplo, Evelyn Encalada Grez, *Mexican Migrant Farmworkers in Canada: Death, Disposability and Disruptions during COVID-19* 38(1) MEXICAN STUDIES/ESTUDIOS MEXICANOS at 140-169. (2022).



© Association for the Rights of Household and Farm Workers

medidas de vinculación a la empresa restringen la capacidad de las personas trabajadoras migrantes para acceder a la justicia en el país de empleo¹⁸ y las discriminan en función de su país de origen.¹⁹ A mayor escala, personas del mundo académico han señalado que el Estado ha creado una situación propicia para el abuso,²⁰ al proporcionar a los empleadores “una reserva de personas trabajadoras no libres de la que pueden disponer a voluntad” con escaso coste político para el gobierno.²¹

Aunque las personas trabajadoras migrantes vinculadas al empleador suelen tener, en teoría, acceso a parte o a la totalidad de las protecciones laborales y los derechos formales como las personas ciudadanas y otras personas trabajadoras locales libres, su capacidad para ejercer estos derechos se ve estructural y fundamentalmente obstaculizada por el estatus legal de vinculación al empleador.

Políticas de “cortina de humo” tradicionales

Para minimizar los peores escenarios y las críticas por inacción (cuando no complicidad) ante

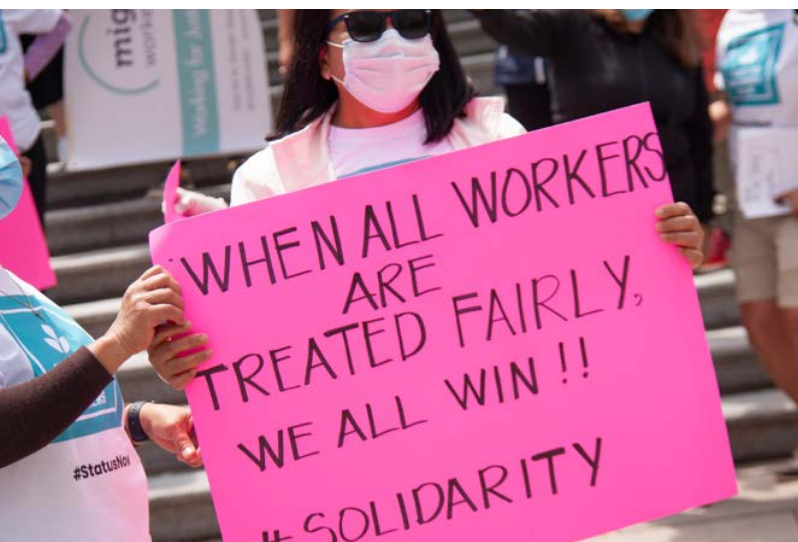
¹⁸ Ver, por ejemplo, Myriam Dumont-Robillard, *L'ACCÈS À LA JUSTICE POUR LES TRAVAILLEUSES DOMESTIQUES MIGRANTES : UNE ILLUSION?* (2015).

¹⁹ Ver, por ejemplo, Nandita Sharma, *Immigration Status and the Legalization of Inequality*, in eds, *IMMIGRANT EXPERIENCES IN NORTH AMERICA: UNDERSTANDING SETTLEMENT AND INTEGRATION* at 204-222 (Harald Bauder & John Shields eds., 2015).

²⁰ Judy Fudge, *Precarious Migrant Status and Precarious Employment: The Paradox of International Rights for Migrant Workers* (2012), 34 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 95 at 93-131 (2012-2013).

²¹ Judy Fudge & Fiona MacPhail, *The Temporary Foreign Worker Program in Canada: Low-Skilled Workers as an Extreme Form of Flexible Labour*, 31 COMP. LAB. L. & POL'Y J. 101, at 101-139 (2009) [en adelante Fudge 2009].

las violaciones de los derechos humanos que sufren las personas trabajadoras migrantes, los gobiernos suelen aplicar medidas tradicionales de reducción de daños para tratar de evitar estos abusos. Estas medidas suelen consistir en el acceso a un nuevo permiso de trabajo vinculado al empleador, así como en requisitos especiales para agentes, reclutadores y empleadores de personas trabajadoras migrantes vinculadas a los empleadores, como el registro, la comprobación de antecedentes y la certificación,²² la verificación de la autenticidad y decencia de las ofertas de trabajo, la exigencia de un seguro de salud y seguridad, contratos escritos obligatorios, así como una mayor autoridad y financiación para la supervisión, las multas y la exclusión de los empleadores/patrocinadores y sus agentes que incumplan las normas.²³



© Migrant Workers Centre

Sin embargo, un sistema que permite el acceso a nuevos permisos de trabajo atados al empleador no hace sino reforzar las condiciones propicias para los abusos debido al requisito de participación del empleador/patrocinador, y las personas trabajadoras suelen estar desesperadas por garantizar la prolongación de su derecho al empleo legal en el país.²⁴ Del mismo modo, independientemente de los requisitos impuestos a los empleadores o de los mecanismos de supervisión y aplicación establecidos, dado que denunciar puede dar lugar a represalias para una

persona trabajadora, incluida la suspensión de su derecho a ganarse la vida,²⁵ los sistemas de supervisión tienen un impacto muy limitado. La impunidad de los empleadores sigue siendo la norma y no la excepción en los regímenes para personas trabajadoras migrantes vinculadas a los empleadores.²⁶

Otras medidas de “cortina de humo” que se aplican en ocasiones adoptan la forma de supervisión de las personas trabajadoras vinculadas a un empleador en el país de acogida por parte de agentes gubernamentales extranjeros, así como permisos de trabajo multiempresa, por sectores o por agencias, que permiten formalmente cierta movilidad de las personas trabajadoras en el mercado laboral. Sin embargo, también se ha demostrado que estas medidas no tienen ningún efecto positivo en las condiciones de trabajo y solo sirven para facilitar la transferencia de personas trabajadoras entre empleadores cuando les conviene. Los permisos de trabajo sectoriales también garantizan un mecanismo más eficaz de “nombramiento” para excluir rápidamente a las personas trabajadoras que se quejen o queden incapacitadas por motivos de salud.²⁷

Los tribunales,²⁸ las comisiones de derechos humanos,²⁹ los tribunales de derechos humanos,³⁰

²⁵ Association for the Rights of Household and Farm Workers, *BAND-AID ON A BULLET WOUND: OPEN WORK PERMITS FOR EMPLOYER-TIED MIGRANT WORKERS FACING WORKPLACE ABUSE—EMPIRICAL EVALUATION OF THE CANADIAN OPEN WORK PERMIT FOR VULNERABLE WORKERS POLICY* (September 2021), https://aafqweb.files.wordpress.com/2021/09/arhw_owp-v-policy-report_september-2021.pdf [hereinafter Association for the Rights of Household and Farm Workers]; Eric Tucker, Sarah Marsden & Leah Vosko, *FEDERAL ENFORCEMENT OF MIGRANT WORKERS’ LABOUR RIGHTS IN CANADA: A RESEARCH REPORT* at 2795 (2020), https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=3794&context=scholarly_works.

²⁶ A menos que se establezcan mecanismos específicos de protección de testigos, como en Estados Unidos. Ver, por ejemplo, Jessica Corbett *New Biden Policy Could Protect Migrant Worker Whistleblowers From Deportation*, TRUTHOUT (Jan/2023) [en adelante Corbett 2023] <https://truthout.org/articles/new-biden-policy-could-protect-migrant-worker-whistleblowers-from-deportation/> (visitado el 6 de abril de 2023).

²⁷ Depatie-Pelletier 2018, *supra* nota 6 en las secciones 1.3.3.3 y 4.

²⁸ Ver, por ejemplo, *L’Écuyer c. Côté*, [2013] QCCS 973 (Can. Mon.).

²⁹ Ver, por ejemplo, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *LA DISCRIMINATION SYSTÉMIQUE À L’ÉGARD DES TRAVAILLEUSES ET TRAVAILLEURS MIGRANTS* (2012), <https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/2102629>.

³⁰ Ver, por ejemplo, *La Presse Canadienne*, *83 000 \$ à un travailleur agricole mexicain lésé*, LE DROIT (April 5, 2019), <https://www.ledroit.com/2019/04/06/83-000--a-un-travailleur-agricole-mexicain-lese-ad87944d33f550fb88d07d>

²² Ver Hastie, B. *Access to Justice for Migrant Workers: Evaluating Legislative Effectiveness in Canada* (2021), *Allard Research Commons / Allard Faculty Publications*.

²³ Fudge 2009, *supra* nota 21.

²⁴ Ver Depatie-Pelletier 2018 *supra* nota 6, en la sección 1.1.1.4.

las juntas de normas laborales y de empleo,³¹ las comisiones permanentes de la Cámara de los Comunes³² y los organismos gubernamentales³³ han reconocido la incapacidad de las medidas tradicionales de “protección” para anular la vulnerabilidad estructural a los abusos que tiene una persona trabajadora migrante vinculada a un empleador.

Permisos abiertos excepcionales y aplazamiento de la expulsión: el último pañito de agua tibia

Ante el creciente reconocimiento, la cobertura mediática y las protestas de grupos comunitarios y ONG con respecto a los abusos que sufren las personas trabajadoras migrantes vinculadas a un empleador, algunos gobiernos están aplicando ahora una medida paliativa adicional: permisos de trabajo abiertos en caso de presunto robo de salario u otra forma de abuso.³⁴ Por ejemplo, el gobierno canadiense introdujo su política de permiso de trabajo abierto para personas trabajadoras vulnerables (OWP-VW, por sus siglas en inglés) en julio de 2019.³⁵ La política fue diseñada para permitir a las personas trabajadoras migrantes el acceso a una rápida movilidad en el mercado laboral en caso de abuso en el contexto de su empleo y para facilitar la denuncia de abusos a las autoridades.³⁶ En 2022

[1aa16c4021](#) (visitado el 6 de abril de 2023).

³¹ Ver, por ejemplo, *Travailleurs Unis de l'Alimentation et du Commerce* section 501 c. L'Écuyer et Locas [2010] QCCRT 0191 (Can. Que.).

³² Ver, por ejemplo, Canada Parliament, House of Commons, Standing Committee on Human Resources, Skills and Social Development and the Status of Persons with Disabilities, *Report on the Temporary Foreign Worker Program*, 1 sess., 42ND PARLIAMENT. COMMITTEE REPORT 4, at31 (2016) (Este informe recomendaba al gobierno canadiense "tomar medidas inmediatas para eliminar el requisito de un permiso de trabajo ligado a un empleador específico").

³³ Ver, por ejemplo, *Immigration and Refugee Protection Canada*, C. Gaz., Part II, V. 156, No 14 June 2022 (Can.).

³⁴ Ver Corbett 2023 *supra* nota 26.

³⁵ *Immigration and Refugee Protection Regulations SOR/2002-227* at section s.207.1 (Can.).

³⁶ Ver Government of Canada, OPEN WORK PERMITS FOR VULNERABLE WORKERS [R207.1 – A72] – INTERNATIONAL MOBILITY PROGRAM, <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/temporary-residents/foreign-workers/vulnerable-workers.html> (visitado el 6 de abril de 2023) (Los objetivos incluyen proporcionar a la persona trabajadora un medio distinto para abandonar a su empleador abusivo, mitigar los riesgos de las personas trabajadoras migrantes que trabajan sin autorización y facilitar su participación en un proceso de denuncia o investigación). La legislación canadiense define el maltrato como la agresión física, el abuso sexual, el abuso psicológico, el abuso financiero y las represalias. Ver

se publicaron dos evaluaciones³⁷ de esta política realizadas por organizaciones que trabajan para promover los derechos de las personas trabajadoras migrantes.³⁸

La Association for the Rights of Household and Farmworkers (en adelante la Asociación) identificó tres obstáculos primarios para que las personas trabajadoras vinculadas que habían sufrido abusos accedieran a estos permisos de trabajo abiertos: la situación legal dependiente del empleador y el deseo de evitar riesgos de perder la situación legal o más angustia psicológica; el requisito de tener un permiso de trabajo válido en el momento de la solicitud y la falta de financiación para apoyo y asistencia legal para ayudarles con sus solicitudes. En particular, debido a que el estatus legal de una persona trabajadora migrante en Canadá está vinculado a su empleador, las personas trabajadoras por lo general dudaban de presentar la solicitud por temor a represalias por parte de su empleador, agente de contratación, agencia de colocación o autoridades de inmigración. La baja proporción de solicitudes que tuvieron éxito no incitó a quienes sufrían abusos a arriesgarse a perder su situación legal para intentar obtener el OWP-VW.³⁹ No obstante, las personas trabajadoras que consiguieron obtener un permiso de trabajo abierto se vieron obligadas a buscar de nuevo un empleador al cual vincularse al cabo de 12 meses (la duración habitual de la validez del OWP-VW) para preservar su derecho a ganarse la vida. Este proceso fue en algunas ocasiones revictimizante, si no imposible, para quienes habían huido de condiciones abusivas de vinculación con el empleador en primer lugar.⁴⁰ Por último, la evaluación constató que no existía ningún protocolo para garantizar que los empleadores problemáticos fueran sancionados tras el reconocimiento de los abusos cometidos.⁴¹

Immigration and Refugee Protection Regulations, *supra* note 35 at section 196.2.

³⁷ Las autoras de este artículo han participado activamente en la redacción de ambos informes para sus respectivas organizaciones.

³⁸ Association for the Rights of Household and Farm Workers, *supra* nota 25; Migrant Workers Centre (MWC), A PROMISE OF PROTECTION? AN ASSESSMENT OF IRCC DECISION-MAKING UNDER THE VULNERABLE WORKER OPEN WORK PERMIT PROGRAM (March 2022) [en adelante MWC Report].

³⁹ La tasa de aprobación entre junio de 2019 y julio de 2021 fue de aproximadamente el 57,1%. Ver *Id.* en 12.

⁴⁰ La OWP-VW es una medida temporal, normalmente expedida para 12 meses, sin posibilidad práctica de renovación.

⁴¹ Association for the Rights of Household and Farm Workers, *supra* nota 25.

El Migrant Workers Centre (MWC) analizó las razones detalladas por escrito de 30 decisiones, tanto positivas como negativas, dadas por personas funcionarias de inmigración al aprobar o rechazar una solicitud OWP-VW. El informe ofrece un retrato de los tipos de abusos a los que se enfrentan las personas trabajadoras con sus empleadores canadienses. Casi todas, el 96,7%, sufrieron abusos económicos, como impago de salarios y horas extraordinarias, obligación de devolver parte del salario al empleador o pago de comisiones ilegales de contratación. En concreto, el 36,7% pagó comisiones de contratación ilegales de entre 3.000 y 40.000 dólares canadienses. El 70% de las personas trabajadoras declararon haber sufrido maltrato psicológico por parte de su empleador, incluidos insultos verbales, amenazas de deportación y de enviarle de vuelta a su país de origen o comentarios racistas y discriminatorios. El 30% de las personas trabajadoras declararon haber sufrido abusos físicos por parte de su empleador y, aún más preocupante, el 10% declararon haber sufrido abusos sexuales por parte de su empleador.⁴²

Las decisiones escritas de las personas funcionarias de inmigración mostraban una gran incoherencia y confusión en torno a lo que consideraban abuso. Las infracciones claras de las normas de empleo, como no ofrecer un número mínimo de horas de trabajo u obligar a una persona trabajadora a trabajar para otro empleador en violación de su contrato de trabajo y de las condiciones de su permiso de trabajo, a menudo no se consideraban abuso económico. El cobro de comisiones de contratación, que está explícitamente prohibido en todo Canadá, solo se consideró una forma de abuso económico en 1 de los 11 casos en los que se cobró una comisión ilegal. Las declaraciones personales de las personas trabajadoras no siempre se aceptaron como prueba suficiente de los abusos. A menudo las personas funcionarias no tuvieron en cuenta los malos tratos psicológicos para tomar decisiones, salvo en los casos en que podían documentarse bien en forma de mensajes de texto o correos electrónicos.⁴³

El informe del MWC también observó situaciones preocupantes de personas trabajadoras solicitantes que se enfrentaban a medidas de aplicación de las leyes de inmigración si su solicitud no prosperaba. Estas personas eran objeto de procedimientos de expulsión de Canadá por

supuestas violaciones de las leyes de inmigración, como resultado de la información incluida en su solicitud de permiso de trabajo abierto para personas trabajadoras vulnerables. El informe recomendaba que cualquier jurisdicción que aplicara una política de este tipo asignara, como mínimo, personas funcionarias especializadas para resolver las solicitudes que tuvieran formación específica sobre la evaluación de las pruebas de abuso dentro de un enfoque basado en el trauma. También señalaba la importancia de garantizar que las personas trabajadoras que presenten una denuncia estén protegidas de cualquier acción policial como consecuencia de su solicitud.⁴⁴

Ambos informes concluían que, aunque políticas como la canadiense OWP-VW proporcionan un mecanismo para que algunas personas trabajadoras huyan de situaciones laborales abusivas, no cabe esperar que la expedición limitada caso por caso de permisos de trabajo abiertos contrarreste la “profundamente arraigada impunidad estructural de los empresarios abusivos que ha establecido el permiso de trabajo específico para empresario”.⁴⁵

Otras reformas: necesarias para los derechos humanos, pero insuficientes para evitar abusos

En este contexto, mientras siga vigente la medida de vinculación del empleador, cualquier mejora de la política de migración laboral tendrá un impacto limitado sobre los abusos sistémicos y las violaciones de los derechos de las personas trabajadoras migrantes. Más concretamente, aunque varias reformas son igualmente necesarias para garantizar que los programas de personas trabajadoras extranjeras temporales sean compatibles con los derechos fundamentales, laborales y socioeconómicos de las personas migrantes, ninguna de ellas aborda por sí sola la causa fundamental de la vulnerabilidad sistémica a los abusos que tienen las personas trabajadoras migrantes si estas siguen vinculadas a sus empleadores. Los siguientes ejemplos incluyen reformas también necesarias para garantizar que una persona trabajadora migrante pueda ejercer de forma significativa sus derechos humanos y laborales:

⁴⁴ *Id.* at 34-36.

⁴⁵ Eugenie Depatie-Pelletier, Hannah Deegan & Katherine Berze, *Band-Aid on a Bullet Wound—Canada’s Open Work Permit for Vulnerable Workers Policy*, 11(36) *LAWs* (2022), <https://www.mdpi.com/2075-471X/11/3/36>.

⁴² MWC Report, *supra* nota 38 at 14.

⁴³ *Id.*

- acceso a servicios imparciales de contratación internacional estrechamente supervisados o administrados tanto por el gobierno del país de origen como por el del país de destino, así como a un programa binacional de microcréditos para evitar la esclavización por deudas;⁴⁶
- admisiones basadas en el patrocinio gubernamental determinado por la evaluación nacional anual de la escasez de cualificaciones, en lugar del patrocinio específico del empleador o empleadores;⁴⁷
- expedición automática de permisos de trabajo abiertos y permisos de estudio para familiares acompañantes, para garantizar la integridad psicológica;
- acceso a servicios gubernamentales de búsqueda de empleo a la medida para las personas trabajadoras extranjeras;⁴⁸
- suficientes programas comunitarios de integración y apoyo financiados por el Estado;⁴⁹
- protección a la llegada por parte de un sindicato de personas trabajadoras certificado o una asociación de personas trabajadoras migrantes;⁵⁰
- acceso permanente a un procedimiento de regularización de la situación legal en caso de irregularidad;⁵¹
- acceso independiente a un estatuto jurídico permanente tras arribar al país, que garantice un acceso significativo a la justicia y la capacidad de abandonar temporalmente el país (en particular por cuestiones de unidad familiar transnacional) y regresar sin que ello afecte al estatuto de la persona trabajadora o su acceso a los derechos;⁵²
- acceso a la justicia virtual desde el país de origen de la persona trabajadora⁵³ y
- acceso a compensaciones y prestaciones socioeconómicas del país de origen de la persona trabajadora.⁵⁴

Sin embargo, independientemente de la aplicación de las políticas mencionadas, la violación sistémica de los derechos de las personas trabajadoras migrantes continuará hasta que se eliminen las medidas de vinculación con el empleador y las personas trabajadoras sean libres de aceptar inmediatamente una oferta de trabajo alternativa y alejarse de los abusos sin ningún riesgo o temor a la pérdida del derecho legal al trabajo o a la deportación.

Incidencia política y victorias frágiles

La sociedad civil, junto con los sindicatos⁵⁵ y las federaciones sindicales,⁵⁶ han estado presionando para que se sustituya la autorización de trabajo vinculada al empleador por un estatuto jurídico permanente y se expidan permisos de trabajo abiertos. En Canadá, por ejemplo, se están llevando a cabo campañas nacionales sobre ambas cuestiones,⁵⁷ incluida una petición a la Cámara de los Comunes.⁵⁸ Aunque la organización colectiva y la defensa política son esenciales para empoderar a las personas trabajadoras migrantes y lograr avances políticos, por desgracia las victorias políticas basadas únicamente en la simpatía de quienes son responsables de la creación de políticas, así como en su comprensión de la realidad a la que se enfrentan estas personas, pueden resultar efímeras.

A este respecto, el caso de las personas trabajadoras domésticas migrantes en el Reino Unido es ejemplar. En 1998, el gobierno británico permitió cambiar de empleador a las personas

⁴⁶ Ver Depatie-Pelletier 2018, *supra* note 6 at section 4.1.I.B.

⁴⁷ *Id.* at section 4.1.I.A. et 4.1.I.C.

⁴⁸ *Id.* at section 4.1.II.

⁴⁹ *Id.* at section 4.1.III.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, United Food and Commercial Workers, THE STATUS OF MIGRANT AGRICULTURAL WORKERS IN CANADA (2022).

⁵¹ Ver, por ejemplo, Migrants Right Network, REGULARIZATION IN CANADA – POLICY BRIEF (2022), <https://migrantrights.ca/wp-content/uploads/2022/07/MRN-Brief-Regularization-July-2022.pdf>.

⁵² Ver, por ejemplo, Migrant Worker Alliance for Change, POLICY SUBMISSION: PERMANENT STATUS ON LANDING – REAL REFORM FOR CAREGIVERS (2018), <https://migrantworkersalliance.org/policy/statusonlanding2018/>.

⁵³ Ver, por ejemplo, Ashwini Sukthankar, *Visas, Inc. Corporate Control and Policy Incoherence in the U.S. Temporary Foreign Labor System*, JUSTICE IN MOTION (GWJA), (2012), https://www.justiceinmotion.org/files/ugd/64f95e_31649e341fed4c8e9a73dd9922e7b6b1.pdf.

⁵⁴ Ver, por ejemplo, Robert Holzmann, Florence Legros & Pamela Dale, *Assessing Benefit Portability for International Migrant Workers: A Review of the France-Morocco Bilateral Social Security Agreement*, WORLD BANK SOCIAL PROTECTION AND LABOR DISCUSSION PAPER No. 1604 (2016).

⁵⁵ United Food and Commercial Workers, *supra* note 51.

⁵⁶ Caroline Senneville, *Personne ne devrait être prisonnier de son employeur*, LE DEVOIR, (March 16, 2023), <https://www.ledevoir.com/opinion/idees/785499/idees-personne-ne-devrait-etre-prisonnier-de-son-employeur>.

⁵⁷ Ver, por ejemplo, Canadian Council for Refugees, OPEN WORK PERMITS NOW (2022), <https://www.openworknow.ca> (last visited April 7 2023).

⁵⁸ Ver, por ejemplo, House of Commons Canada, PETITION E-4138 (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) CALLING ON THE CANADIAN GOVERNMENT TO ELIMINATE EMPLOYER-SPECIFIC WORK PERMITS, <https://petitions.ourcommons.ca/en/Petition/Details?Petition=e-4138> (last visited April 7 2023).

trabajadoras domésticas empleadas en hogares privados, de modo que aunque la persona entrara al país con un empleador concreto, no estaba atada a él.⁵⁹ En 2009, el Comité Selecto de Asuntos de Interior confirmó que mantener el derecho a cambiar de empleador “es la cuestión más importante para prevenir el trabajo forzoso y la trata de estas personas trabajadoras”.⁶⁰ Sin embargo, en 2012, el gobierno británico reintrodujo un régimen de visados que no permitía a las personas trabajadoras domésticas cambiar de empleador.⁶¹ Cuando una revisión independiente, encargada por el propio gobierno británico, confirmó que el nuevo régimen aumentaba la vulnerabilidad de las personas trabajadoras a los abusos, la explotación y la trata de personas,⁶² el gobierno británico rechazó las conclusiones e ignoró la recomendación de poner fin al sistema de visados vinculados.⁶³

Los logros conseguidos exclusivamente mediante la defensa política pueden desaparecer rápidamente con los cambios en los gobiernos o en sus prioridades, especialmente dada la eficacia de la presión ejercida por las asociaciones de empleadores.⁶⁴

“Las medidas modernas de vinculación a empleadores aplicables a las personas trabajadoras migrantes reproducen la dinámica de poder empresario-trabajador característica de los antiguos regímenes de trabajo no libre.”

La utilidad de los tribunales en los lugares donde se ha legalizado la falta de libertad de las personas trabajadoras

Varios ejemplos históricos de EE. UU. ilustran el papel que los tribunales pueden, y a menudo

⁵⁹ Virginia Mantouvalou, ‘Am I Free Now?’ *Overseas Domestic Workers in Slavery*, 42(3) J. of Law and Soc’y 329 at 335 (2015)

⁶⁰ *Id.* at 336.

⁶¹ Alan Travis, *New visa rules for domestic workers 'will turn the clock back 15 years'*, THE GUARDIAN (February 29 2012), <https://www.theguardian.com/uk/2012/feb/29/new-visa-rules-domestic-workers> (visitado en abril 7 de 2023).

⁶² James Ewins, *Independent Review of the Overseas Domestic Workers Visa*, U.K. HOME OFFICE at paras 68, 71 (2015), <https://www.gov.uk/government/publications/overseas-domestic-workers-visa-independent-review>

⁶³ Alan Travis, *Government rejects call to end UK tied visas for domestic workers*, THE GUARDIAN (7 March 2016).

⁶⁴ Ver, por ejemplo, Ludovic Rheault, *Corporate Lobbying and Immigration Policies in Canada* (2014), 46(3) CANADIAN J. OF POL. at 691 (2013).

deben, desempeñar cuando un poder legislativo o un gobierno adopta una política que restringe directa o indirectamente la capacidad de las personas trabajadoras para renunciar y las vincula a su empleador.

Por ejemplo, las medidas de vinculación a empleadores posteriores a la esclavitud, promovidas en EE. UU. como políticas “antivagancia”, penalizaban a las personas trabajadoras que se encontraban sin contrato de trabajo, lo cual restringía su capacidad para renunciar o rechazar un trabajo inseguro. Estas medidas tuvieron que ser impugnadas ante los tribunales para que las declararan formalmente nulas de pleno derecho, ya que eran incompatibles con el derecho fundamental de la persona a no ser sometida a servidumbre.⁶⁵

Igualmente, la constitucionalidad de las leyes contractuales restrictivas posteriores a la esclavitud, que penalizaban o criminalizaban a las personas trabajadoras por renunciar a un contrato de trabajo antes de su finalización, también fueron impugnadas ante los tribunales antes de ser declaradas inaplicables debido a su incompatibilidad con las libertades humanas básicas.⁶⁶

Lo mismo puede decirse de las políticas de peonaje o “falso pretexto” posteriores a la

⁶⁵ Amy Dru Stanley, *Beggars Can't Be Choosers: Compulsion and Contract in Postbellum America*, 78(4) J. OF AMERICAN HIST. at 1272-1279 (1992) (El Congreso había promulgado la Ley ..., anulando así los Códigos Negros del Sur, que castigaban a las personas esclavizadas liberadas por vagabundeo y ociosidad. ... Sin embargo ... se promulgaron leyes "vagancia" (...). ... En ... 1878, un juez ... declaró que la ... ley ... violaba la Constitución (...). ... [H]acer que las personas empobrecidas estuvieran en " ... servidumbre" violaba el principio del trabajo voluntario y convertía a las personas ... [trabajadoras] libres en esclavas (...). ... Con demasiada frecuencia los hombres pobres hacían "contratos solo contra su voluntad ... obligados por la fuerza de las circunstancias". Las leyes de vagancia revocaban incluso este derecho formal de libre elección al alistar el poder punitivo del Estado (...).")

⁶⁶ William Cohen, *Negro Involuntary Servitude in the South, 1865-1940: A Preliminary Analysis*, 42(1) J. OF S. HIST. at 44-47, 54, 59 (1976) [en adelante Cohen 1976] (“Carolina del Sur adoptó una ley de contratos que establecía que una persona trabajadora que no prestara la mano de obra que se le exigiera razonablemente ... “sería susceptible de multa o prisión (...)” ... En 1907 dos tribunales declararon esta ... ley ... inconstitucional. ... El juez federal ... Brawley ... se contentó con que ... los tribunales no tenían más deber que interpretar liberalmente las disposiciones para la seguridad personal y la libertad que eran los fundamentos de un gobierno libre. ... También observó que el esfuerzo de Carolina del Sur por promover la inmigración extranjera no serviría de nada “mientras nuestros libros de leyes contengan legislación tendiente a crear un sistema de trabajo forzoso que en su esencia es tan degradante como el de la esclavitud”).

esclavitud, en virtud de las cuales las personas trabajadoras que aceptaban un anticipo de su empleador eran penalizadas por el Estado por renunciar antes del pago de su deuda. Estas políticas fueron declaradas inaplicables por el Tribunal Supremo de EE. UU. en 1911,⁶⁷ pero la resistencia de los estados sureños a acatarlas condujo a otra decisión histórica de esta entidad en 1944, la cual aclaró por qué el derecho a cambiar libremente de empleador es clave para evitar la condición de servidumbre.⁶⁸

En 1914, el Tribunal Supremo de EE. UU. también consideró injustificables las medidas de vinculación patronal aplicables a las personas privadas de la libertad después de acabada la esclavitud.⁶⁹ Más concretamente, el tribunal aclaró el efecto del castigo estatal en caso de incumplimiento del contrato laboral por parte de una persona trabajadora.⁷⁰

El Tribunal Supremo de Carolina del Sur también evaluó la legalidad del delito de derecho consuetudinario de contratar a una persona obrera que tenía la obligación contractual de trabajar para otro empleador.⁷¹ En este caso, el tribunal reafirmó que el derecho a renunciar y a no someterse a servidumbre implica el derecho a cambiar de empleador.

Concretamente, en materia de inmigración el Tribunal Supremo de EE. UU. reconoció en 1988 que una sanción legal asociada al acto de

⁶⁷ *Bailey v. Alabama*, 219 U.S. 219, 219 (1911) ("Aunque la preocupación inmediata [de la 13ª Enmienda] era la esclavitud africana, la Enmienda no se limitaba a eso. Era una carta de libertad civil universal para todas las personas, de cualquier raza, color o condición, bajo la bandera". Las palabras servidumbre involuntaria tienen un "significado más amplio que esclavitud". ... La clara intención era abolir la esclavitud, cualquiera que fuera su nombre y forma, y todas sus insignias e incidentes; hacer imposible cualquier estado de servidumbre; hacer libre el trabajo, prohibiendo ese control por el cual se dispone del servicio personal de un individuo o se lo coacciona para beneficio de otro, que es la esencia de la servidumbre involuntaria.

⁶⁸ *Pollock v. Williams* (1944), 322 US 4, 17-18 (United States Supreme Court).

⁶⁹ Cohen 1976, *supra* note 67 at 54, 59.

⁷⁰ *Id.* en 143-144. ("Este trabajo se realiza bajo la coacción constante y la amenaza de ... [un] posible arresto ... y esta forma de coacción es tan potente como lo habría sido si la ley hubiera previsto ... el servicio obligatorio de la persona condenada. ... [E]l Estado permitió la celebración del contrato y prevé un castigo por su incumplimiento. ... Así, bajo pena de ... [sanción estatal], la persona condenada puede ser mantenida en el trabajo para satisfacer las demandas de su empleador. En nuestra opinión, este sistema viola los derechos que pretende garantizar la Decimotercera Enmienda (...)"). *Id.* en 146.

⁷¹ *Shaw v. Fisher* 102 S.E. 325, 113 S.C. 287, 290 (1920).

renunciar creará una condición de servidumbre para las personas trabajadoras migrantes que dependan económicamente de su empleo para obtener un estatus legal en el país.⁷² No obstante, la jurisprudencia que aborda la aplicación de medidas de vinculación del empleador a las personas trabajadoras migrantes sigue sin desarrollarse en todo el mundo.⁷³

Estos ejemplos históricos de EE. UU. confirman que los tribunales pueden, y sistemáticamente deben, desempeñar un papel clave en la defensa de las libertades fundamentales de las personas trabajadoras frente a los ataques de legislaturas y gobiernos. También confirman que las restricciones estatales del derecho de una persona trabajadora a cambiar de empleador le ponen en una condición legal de servidumbre en la que se niega su capacidad para ejercer sus derechos fundamentales.

Los casos históricos también son útiles para recordarnos que las medidas de vinculación al empleador no solo perjudican a las personas trabajadoras afectadas, también crean obstáculos para la negociación colectiva para todas las personas trabajadoras, así como barreras para la exigibilidad de los derechos humanos y la legislación laboral a algunos empleadores y, por tanto, a la integridad del Estado de Derecho. Tal y como aclaró el Tribunal Supremo de EE. UU. en 1944, las medidas de vinculación a empresarios provocan una presión a la baja sobre las ofertas de trabajo y las condiciones laborales ofrecidas a la ciudadanía y a otras personas trabajadoras sin restricciones:

"El objetivo indudable ... era ... un sistema de trabajo completamente libre y voluntario en todos los Estados Unidos ... [E]n general, la defensa contra horarios, salarios, condiciones de trabajo o trato opresivos es el derecho a cambiar de empleador. Cuando el patrón puede obligar y la persona trabajadora no puede eludir la obligación de continuar, no hay poder por debajo para reparar y ningún incentivo por encima para aliviar una dura dominación o condiciones

⁷² *United States v. Kozminski* 487 US 931, 943, 947-948 (1988) ("[N]o hay más remedio que trabajar o ser objeto de una sanción legal. ... La historia ... refleja ... que una ... vulnerabilidad especial puede ser relevante para determinar si un tipo particular o un cierto grado de ... coacción legal es suficiente para mantener a esa persona en servidumbre involuntaria. ... [A]menazar ... a una persona migrante con la deportación podría constituir la amenaza de coacción legal que induce a la servidumbre involuntaria...").

⁷³ Para ejemplos de litigio emprendidos hasta la fecha, ver *Depatie-Pelletier* 2018, *supra* nota 6 en la sección I.

insalubres de trabajo. La depresión resultante de las condiciones de trabajo y del nivel de vida afecta no solo a la persona trabajadora sometida al sistema, sino a todas aquellas con las que su trabajo entra en competencia”.⁷⁴

Próximos litigios constitucionales en Canadá... ¿y en otras sociedades “libres”?

En este contexto, en las jurisdicciones que reconocen el derecho fundamental de una persona a no ser sometida a servidumbre –o el derecho a la libertad, el derecho a la integridad física, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a no ser discriminada por razón del país de origen, el derecho a la libertad de asociación, la libertad de ocupación⁷⁵ o el derecho a la dignidad–, es probable que la legalidad de la autoridad de un gobierno para vincular a las personas trabajadoras a empleadores específicos deba ser impugnada legalmente para evitar abusos contra las personas trabajadoras migrantes.

“Dado que los permisos de trabajo sectoriales y multiempresariales son igualmente problemáticos, los litigios no deben centrarse únicamente en una medida específica, como los permisos de trabajo por vinculación a un empleador. Para evitar cualquier medida creativa y perjudicial por parte de las personas responsables políticamente cuando se enfrenen a una impugnación del régimen de vinculación al empleador, las impugnaciones ante los tribunales deben dirigirse de la forma más amplia posible a la legalidad de la autoridad estatal general para restringir, de cualquier forma, el derecho fundamental de una persona trabajadora a renunciar y cambiar de empleador.”

Con estas lecciones en mente, la Association for the Rights of Household and Farm Workers se está preparando para iniciar un litigio estratégico en Canadá sobre la legitimación de interés público, en nombre de las personas trabajadoras migrantes que han sido empleadas como trabajadoras domésticas y agrícolas en Quebec con un permiso de trabajo vinculado al empleador⁷⁶ –el recurso de inconstitucionalidad

Pollock *supra* nota 69.

⁷⁵ Ver, por ejemplo, Amnesty Int'l, *South Korea: Constitutional Court ruling leaves migrant workers to human rights abuses*, ASA 25/015/2011 (2011), <https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/07/asa250152011en.pdf>.

⁷⁶ La opción de presentar la impugnación con al menos una

End Migrant Worker Unfreedom–.⁷⁷

Dado el elevado umbral establecido en la Constitución canadiense y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá para las justificaciones aceptables de las restricciones estatales a los derechos fundamentales, este litigio estratégico se basará en los derechos formales del individuo a la libertad, la seguridad, la vida y el acceso a la justicia, así como en el derecho a no ser discriminado por razón de su país de origen.⁷⁸

El litigio constitucional recibió la aprobación de los fondos iniciales⁷⁹ del Programa de Impugnaciones ante los Tribunales de Canadá, que sirve sobre todo para facilitar la impugnación de la legalidad de las actuaciones estatales que afectan al derecho fundamental a la vida, la libertad y la seguridad de la persona.⁸⁰ Se han elaborado argumentos jurídicos y se ha completado una primera selección de personas académicas canadienses, organizaciones comunitarias y personas trabajadoras migrantes –que serían las más indicadas para aportar su testimonio ante los tribunales–. También se ha identificado suficiente apoyo financiero adicional y la Asociación se encuentra actualmente en la fase de contratar los servicios de personas litigantes especializadas en derecho constitucional.⁸¹

El litigio requerirá en primer lugar una sólida base probatoria que demuestre que el régimen de permisos de trabajo por vinculación a un empleador que implementa el gobierno canadiense vulnera los derechos fundamentales; se recurrirá en particular a la amplia investigación académica realizada sobre las personas trabajadoras agrícolas y domésticas migrantes durante las últimas décadas. La segunda fase del recurso de inconstitucionalidad se centrará

persona trabajadora migrante como co-demandante aún no se ha descartado por completo.

⁷⁷ Association for the Rights of Household and Farm Workers, *STRATEGIC LITIGATION END MIGRANT WORKER UNFREEDOM* (2023), <https://dtmf-rhfw.org/en/strategic-litigation> (visitado el 7 de abril de 2023) [en adelante *Strategic Litigation*].

⁷⁸ Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 at ss. 7, 15 (U.K.); Constitution Act 1987, s. 96 (Can).

⁷⁹ Association for the Rights of Household and Farm Workers, 2023 URGENT FUNDRAISING CAMPAIGN, <https://dtmf-rhfw.org/en/donate/> (visitado el 7 de abril de 2023).

⁸⁰ Court Challenges Program, HUMAN RIGHTS (2023), <https://pcj-ccp.ca/rights-human-rights/> (visitado el 7 de abril de 2023).

⁸¹ Para más información, ver *Strategic Litigation*, *supra* nota 79.

en responder a la siguiente pregunta jurídica: ¿los objetivos de las medidas de vinculación al empleador justifican la vulneración de los derechos fundamentales en una sociedad “libre”? El litigio tratará de demostrar que las políticas de vinculación al empleador constituyen un medio inadecuado para promover los objetivos políticos del Gobierno y, con independencia de su justificación, dan lugar a una vulneración desproporcionada de los derechos constitucionales.

El gobierno canadiense ha declarado explícitamente tres objetivos políticos asociados a los permisos de trabajo por vinculación al empleador: (1) la protección de los intereses del mercado laboral de la ciudadanía y otras personas trabajadoras libres, (2) la protección de los derechos de las personas trabajadoras migrantes y (3) la facilitación de la integridad del programa y la aplicación de la ley.⁸² Dada la naturaleza y el alcance de los derechos constitucionales que se vulneran, y teniendo en cuenta las pruebas de que existen alternativas políticas menos perjudiciales en Canadá, se argumentará que, para los tres objetivos políticos, las medidas de vinculación al empleador tienen un impacto desproporcionado que resulta injustificable en una sociedad libre.

Además, se presentará un argumento jurídico adicional para demostrar que las medidas estatales también constituyen un medio arbitrario para alcanzar los objetivos políticos declarados y mantener la integridad del Estado de Derecho, dado que se pueden aportar y se aportarán pruebas que demuestren que las medidas de vinculación a los empleadores también empeoran las condiciones de trabajo de la ciudadanía,⁸³ empeoran las violaciones de los derechos de las personas migrantes en general y tienen como consecuencia el aumento del empleo indocumentado, la situación legal irregular de las personas trabajadoras migrantes y el aumento de la impunidad de sus empleadores.⁸⁴

Sean cuales sean sus resultados, el recurso de inconstitucionalidad de Canadá *End Migrant*

⁸² Government of Canada, GOVERNMENT OF CANADA RESPONSE TO THE REPORT OF THE STANDING COMMITTEE ON CITIZENSHIP AND IMMIGRATION: TEMPORARY FOREIGN WORKERS AND NON-STATUS WORKERS (2009), <https://www.ourcommons.ca/Committees/en/CIMM/StudyActivity?studyActivityId=2606129>.

⁸³ Ver, por ejemplo, Pierre Brochu, Till Gross & Christopher Worswick, *Temporary foreign workers and firms: Theory and Canadian evidence*, 53(3) Can. J. of Econ. at 871-872. (2020).

⁸⁴ Ver, por ejemplo, Xochitl Bada, & Shannon Gleeson, *The North American Agreement on Labor Cooperation and the Challenges to Protecting Low-Wage Migrant Workers*, in ACCOUNTABILITY ACROSS BORDERS at 83 -110 (eds., Bada, X. & S. Gleeson 2019).

Worker Unfreedom, que debería presentarse en diciembre de 2023, sentará un precedente informativo y útil en la lucha mundial por garantizar a las personas trabajadoras migrantes de todo el mundo una capacidad significativa para hacer valer sus derechos.

LOGRAR LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS INDOCUMENTADAS EN LOS ESTADOS UNIDOS: OBSTÁCULOS, HITOS Y LOGROS

MICHAEL FELSEN¹

Estados Unidos | Escrito originalmente en inglés

Introducción

En los Estados Unidos, en lo que respecta a las personas trabajadoras indocumentadas,² existe desde hace tiempo una tensión entre la aplicación de la ley de inmigración,³ por un lado, y de las leyes de protección de las personas trabajadoras, por otro. Las personas trabajadoras migrantes que no están autorizadas a estar en los Estados Unidos y, por tanto, carecen de autorización para trabajar aquí, están sujetas a medidas de inmigración adversas, incluida la

posible deportación. Mientras tanto, todas las personas trabajadoras de los Estados Unidos, independientemente de su estatus migratorio, tienen derecho a los beneficios de muchas de sus leyes, incluidas las que regulan los salarios y las horas de trabajo,⁴ salud y seguridad en el trabajo,⁵ antidiscriminación,⁶ y el derecho a organizarse para formar un sindicato.⁷ Se produce una tensión mayor cuando los empleadores someten a las personas migrantes que trabajan para ellos a abusos ilegales en el trabajo, pero las personas trabajadoras migrantes, temerosas de las represalias del empleador, incluyendo la amenaza de deportación, suprimen sus quejas y aguantan las ilegalidades. La aplicación de las leyes de protección de las personas trabajadoras se ve afectada, las personas trabajadoras sufren

¹ La carrera profesional de 39 años del autor, como abogado del the U.S. Department of Labour, en la aplicación de las leyes de protección de las personas trabajadoras culminó con su servicio como Procurador Regional de Nueva Inglaterra entre 2010 y 2018. Desde entonces, se ha dedicado a la defensa y la consulta de los derechos de las personas trabajadoras y las personas migrantes, como asesor principal en la oficina jurídica sin ánimo de lucro Justice at Work, a National Committee for Occupational Safety and Health Advisor y como asesor estratégico de aplicación de la ley en el Workplace Justice Lab at Rutgers University. Sus escritos sobre la protección de las personas trabajadoras y los derechos de las personas trabajadoras migrantes se han publicado con frecuencia en medios como The Hill y The Progressive.

² En este documento, los términos “personas trabajadoras indocumentadas”, “personas migrantes” y “personas sin ciudadanía” se utilizan indistintamente para identificar a las personas trabajadoras sin autorización para trabajar legalmente en los Estados Unidos, reconociendo, por supuesto, que de hecho muchas personas migrantes y sin ciudadanía pueden trabajar legalmente en los Estados Unidos.

³ Immigration and Nationality Act (INA), 8 U.S.C. § 1101 y siguientes, rige la política y la práctica de la inmigración en general, incluida la deportación de “extranjeros” no autorizados, 8 U.S.C. § 1227. En 1986, la Ley fue modificada para incluir la Immigration Reform and Control Act of 1986 (IRCA), descrita por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board, 535 U.S. 137 (2002) como “un plan integral que prohíbe el empleo de extranjeros ilegales en los Estados Unidos que hizo de la lucha contra el empleo de extranjeros ilegales un elemento central de [l]a política de la ley de inmigración”.

⁴ Fair Labor Standards Act of 1938 (FLSA), 29 U.S.C. §203 y ss.; Los casos que interpretan la ley han dejado claro que el estatus migratorio no es un factor para determinar el derecho de una persona trabajadora a percibir el salario que se ganó. *Jin-Ming Lin v. Chinatown Restaurant Corp.*, 771 F. Supp. 2d 185, 190 (D. Mass. 2011) (el estatus migratorio de las y los empleados es irrelevante para sus demandas bajo la FLSA por salario mínimo y horas extras no pagadas). Véase también *Lamonica v. Safe Hurricane Shutters, Inc.*, 711 F.3d 1299, 1306-07 (11th Cir. 2013) (FLSA se aplica a las personas trabajadoras indocumentadas que buscan la recuperación de las horas extraordinarias); *Lucas v. Jerusalem Café, LLC*, 721 F.3d 927, 933-35 (8th Cir. 2013) (FLSA se aplica a las personas trabajadoras indocumentadas porque “los empleadores que contratan ilegalmente a extranjeros no autorizados deben cumplir de otro modo con las leyes federales de empleo”).

⁵ Occupational Safety and Health Act of 1970, 29 U.S.C. §651 y ss.

⁶ Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §2000(e) et seq.

⁷ National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §151 et seq; En *Sure-Tan, Inc. v. NLRB*, 467 U.S. 883, 892 (1984), el United States Supreme Court sostuvo que las personas migrantes indocumentadas son “empleadas” en virtud de la the National Labor Relations Act.

y los empleadores que respetan la ley se encuentran en una situación de desventaja competitiva, todo ello a gran escala.⁸

Este documento examinará las fluctuaciones en la política y la actividad de Estados Unidos durante las últimas décadas, en el tratamiento de las personas trabajadoras indocumentadas y la aplicación de la ley de inmigración en el lugar de trabajo. El examen concluirá con un análisis de acontecimientos muy recientes de la práctica gubernamental estadounidense, que indican un avance decisivo de la administración Biden hacia la materialización de la capacidad de las personas trabajadoras indocumentadas para participar en las salvaguardias previstas por las leyes federales de derechos de las personas trabajadoras.

El accidentado camino hacia una mayor protección de las personas trabajadoras migrantes

Hace más de dos décadas, la administración del presidente Bill Clinton reconoció que la aplicación simultánea de las leyes de inmigración y de protección de las personas trabajadoras en cualquier lugar de trabajo no favorecía la protección eficaz de las personas trabajadoras. Después de que una serie de redadas de inmigración interfirieran en las campañas de organización laboral en curso y en el juicio pendiente de las reclamaciones de salario mínimo de las personas trabajadoras migrantes, en 1996 se elaboró una política interna de la agencia de inmigración destinada a garantizar que las autoridades de inmigración evitaran implicarse en los conflictos laborales.⁹ Y en 1998, se elaboró un Memorandum of Understanding (“MOU”) entre el U.S. Immigration and Naturalization Service (“INS”, ahora rebautizado como Immigration and Customs Enforcement, “ICE,” una división del Department of Homeland Security, “DHS”) y el U.S. Department of

⁸ Daniel Costa, *California Leads the Way: A look at California laws that help protect labor standards for unauthorized immigrant workers*, ECONOMIC POLICY INSTITUTE (2018), <https://www.epi.org/publication/california-immigrant-labor-laws/> (última visita el 28 de marzo de 2023).

⁹ INS Operating Instruction 287.3(a) establecía, por ejemplo: “Cuando se reciba información sobre el empleo de extranjeros indocumentados o no autorizados, se debe considerar si la información se proporciona para interferir con los derechos laborales.”

“El papel de las organizaciones defensoras de los derechos de las personas migrantes y las personas trabajadoras en la defensa enérgica de una mayor protección de las personas trabajadoras migrantes en el lugar de trabajo ha sido fundamental para estos éxitos recientes, derechos que sólo pueden garantizarse con la cooperación activa de las autoridades de inmigración.”

Labor (“DOL”) para crear una barrera entre las inspecciones del DOL y las acciones coercitivas del INS.¹⁰ Sus propósitos incluían erradicar el incumplimiento de las normas laborales que se aplican a todas las personas trabajadoras en los Estados Unidos, y también prevenir la victimización adicional de las personas trabajadoras no autorizadas que se produce cuando los empleadores sin principios, en represalia por la reivindicación de las personas trabajadoras de sus derechos, manipulan la aplicación de la ley de inmigración como un garrote contra las personas trabajadoras.

Estas nuevas políticas y protocolos no cumplieron sus promesas. Cuando el presidente Barack Obama tomó posesión de su cargo en enero de 2009, las redadas en los lugares de trabajo para descubrir a personas trabajadoras indocumentadas, y la posterior deportación de esas personas trabajadoras, llevadas a cabo durante los ocho años de mandato del presidente George W. Bush, se habían convertido en algo habitual.¹¹ Los grupos de

¹⁰ U.S. Department of Labor, *ESA Press Release: Labor Department and INS Sign Memorandum of Understanding to Enhance Labor Standards Enforcement to Aid U.S. Workers* (1998) <https://www.dol.gov/newsroom/releases/esa/esa19981123-0>.

¹¹ Amy Chozick, *Raids of Illegal Immigrants Bring Harsh Memories, and Strong Fears*, NEW YORK TIMES, (2017) [en adelante, “Raids of illegal immigrants”] <https://www.nytimes.com/2017/01/02/us/illegal-immigrants-raids-deportation.html>. Por ejemplo, en mayo de 2007, 160 agentes de inmigración llevaron a cabo una redada en una planta de procesamiento de alimentos de Portland (Oregón) y detuvieron a 167 personas trabajadoras, justo después de que los medios de comunicación locales informaran de la resolución de una demanda de 400.000 dólares por salarios y horas de trabajo interpuesta por las personas trabajadoras de la planta. En mayo de 2008, las y los agentes detuvieron a otras 389 personas trabajadoras en una planta de procesamiento de alimentos de Iowa, mientras al menos otros tres organismos investigaban graves infracciones laborales. Rebecca Smith, Ana

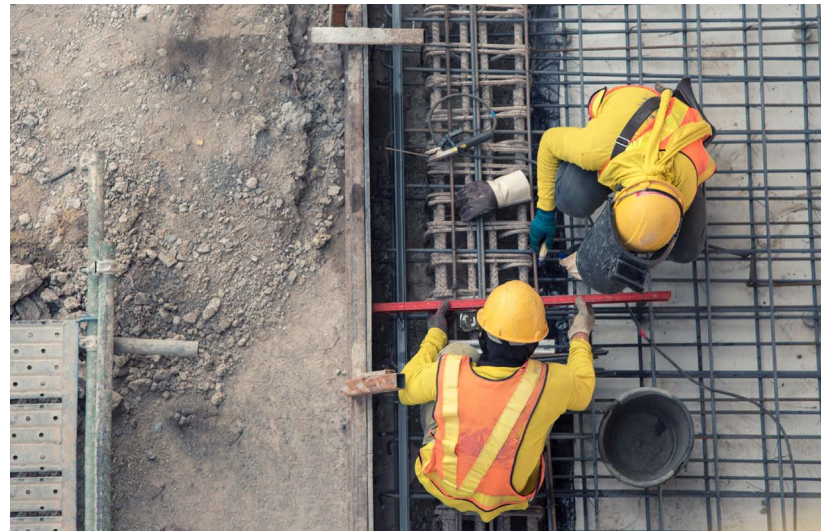


Michael Felsen

Asesor principal de Justice at Work en Boston, del Laboratorio de Justicia Laboral de la Universidad de Rutgers y del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo; ex procurador regional de Nueva Inglaterra del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos 2010 a 2018.

que abogan por las personas trabajadoras y las personas migrantes dejaron claro a la Administración Obama que algo tenía que cambiar.¹² La Administración Obama realizó los primeros esfuerzos para lograr una amplia reforma de la política de inmigración, sin éxito. Pero evitó las redadas en los lugares de trabajo, prefiriendo una aplicación de la ley de inmigración centrada en las aprehensiones en las fronteras, la expulsión de personas migrantes con antecedentes penales¹³ y las “redadas de documentos” (*paper raids*)¹⁴ que investigaban a empleadores que, a sabiendas, empleaban y explotaban a personas trabajadoras indocumentadas. El gran número de deportaciones de migrantes durante los años de Obama suscitó importantes críticas de parte de las personas defensoras de los derechos de las personas migrantes, quienes continuaron haciendo presión durante su mandato a favor de sus prioridades.¹⁵ Pero el gobierno de Obama sí reconoció los abusos laborales sufridos por las personas trabajadoras indocumentadas y la importancia de su papel en los esfuerzos de cumplimiento de la protección de las personas trabajadoras en general, y dio algunos pasos significativos.

En 2011, el DOL y el ICE se comprometieron a revisar el MOU de 1998, redoblando los esfuerzos para garantizar que las actividades de aplicación de la ley en los lugares de trabajo de ambos organismos no entren en conflicto.¹⁶ En 2016, la Equal Employment Opportunity Commission (“EEOC”, encargada de abordar diversas formas de discriminación en el lugar de trabajo, incluso



© Bannafarsai_Stock / Shutterstock

en virtud del Title VII of the Civil Rights Act) y la National Labor Relations Board (“NLRB”, encargada de garantizar los derechos de las personas trabajadoras en virtud de la NLRA para organizarse y participar en acciones colectivas) se unieron al acuerdo.¹⁷

El MOU, que sigue en vigor, reitera el compromiso de las agencias de proteger contra las injerencias de las autoridades de inmigración durante los conflictos laborales en curso en un lugar de trabajo, incluidos los conflictos que afecten a los siguientes derechos de las personas empleadas:

- El derecho a percibir el salario correcto y el pago de las horas extraordinarias;
- El derecho a trabajar en condiciones seguras;
- El derecho a la indemnización de las personas trabajadoras, a las licencias familiares y médicas y a las prestaciones de las personas trabajadoras;
- El derecho a no sufrir discriminación ilegal;
- El derecho a constituir una organización sindical, afiliarse a ella o colaborar con ella, a participar en negociaciones colectivas y a participar en actividades concertadas protegidas de ayuda mutua o protección;
- Los derechos de la membresía de los sindicatos a la democracia sindical y a la información sobre los derechos de las personas trabajadoras y las finanzas de los sindicatos, los empleadores y los asesores de relaciones laborales; y
- El derecho a la protección frente a represalias

Avendano & Julie Martinez Ortega, ICED OUT: HOW IMMIGRATION ENFORCEMENT HAS INTERFERED WITH WORKERS’ RIGHTS (2009) https://s27147.pcdn.co/wp-content/uploads/2015/03/ICED_OUT.pdf.

¹² *Id.*

¹³ Chirs McGreal, *Barack Obama: lack of immigration reform my biggest failure so far*, GUARDIAN (2012) <https://www.theguardian.com/world/2012/sep/20/barack-obama-immigration-reform-failure>.

¹⁴ Raids of illegal immigrants, *supra nota* 11.

¹⁵ Jennifer (JJ) Rosenbaum & Josh Stehlik, WORKERS RIGHTS PROTECTIONS IN IMMIGRATION ENFORCEMENT REFORM (2014) <https://www.nilc.org/wp-content/uploads/2017/03/workers-rights-in-admin-relief-NGA0-NILC-JWJ-2014-09.pdf>. Encabezando la lista de prioridades estaba: “Eliminar el miedo a las represalias y la intimidación de la inmigración en los conflictos laborales y de derechos civiles aclarando el proceso por el que las personas migrantes que se levantan para proteger sus derechos civiles y laborales y que aún no están en proceso pueden solicitar la acción diferida a través de USCIS”

¹⁶ U.S. Department of Homeland Security & U.S. Department of Labor, REVISED MEMORANDUM OF UNDERSTANDING BETWEEN THE DEPARTMENTS OF HOMELAND SECURITY AND LABOR CONCERNING ENFORCEMENT ACTIVITIES AT WORKSITES (2011), https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OASP/DHS-DOL-MOU_4.19.18.pdf.

¹⁷ U.S. Department of Homeland Security & U.S. Department of Labor, ADDENDUM TO THE REVISED MEMORANDUM OF UNDERSTANDING BETWEEN THE DEPARTMENTS OF HOMELAND SECURITY AND LABOR CONCERNING ENFORCEMENT ACTIVITIES AT WORKSITES (2016), https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OASP/MOU-Addendum_4.19.18.pdf.

por tratar de hacer valer cualquiera de estos derechos.

En el MOU, el DHS se compromete a “estar alerta y frustrar los intentos de otras partes de manipular sus actividades de ejecución en el lugar de trabajo con fines ilícitos o indebidos”, y evaluará si las pistas que reciba en relación con la ejecución en el lugar de trabajo implican un conflicto laboral o tienen por objeto tomar represalias o “frustrar de otro modo la aplicación de la legislación laboral”. El DHS también se compromete a considerar las solicitudes de las agencias de trabajo para conceder ayudas de inmigración (como la libertad condicional¹⁸ o la acción diferida¹⁹) a las personas que sirvan de testigo que sean necesarias para una investigación de la agencia de trabajo o un procedimiento relacionado. Las agencias de trabajo conservan su capacidad de solicitar visados para personas que sirvan de testigo, incluida la certificación de personas trabajadoras víctimas de delitos para los visados U y T.²⁰

¹⁸ U.S. Citizenship and Immigration Services (USCIS), HUMANITARIAN PAROLE, <https://www.uscis.gov/forms/explore-my-options/humanitarian-parole> (última visita el 28 de marzo de 2023) (La libertad condicional permite a una persona que puede ser inadmisibles o de otro modo inelegible para la admisión en los Estados Unidos estar en los Estados Unidos por un período temporal por razones humanitarias urgentes o beneficio público significativo).

¹⁹ La acción diferida es la determinación de aplazar la expulsión de una persona como un acto de discreción fiscal. No se considera que una persona esté presente ilegalmente durante el periodo en que la acción diferida está en vigor, ya que el DHS ha autorizado a la persona a estar en Estados Unidos mientras dure el periodo de acción diferida. Las personas beneficiarias de la acción diferida también se consideran “legalmente presentes” a efectos de optar a determinadas prestaciones públicas (como ciertas prestaciones de la Seguridad Social) durante el periodo de acción diferida. También pueden obtener autorización para trabajar. Sin embargo, la acción diferida no confiere a una persona la condición de inmigrante legal, ni exime de cualquier periodo anterior o posterior de presencia ilegal que pueda tener. USCIS, FREQUENTLY ASKED QUESTIONS, <https://www.uscis.gov/humanitarian/consideration-of-deferred-action-for-childhood-arrivals-daca/frequently-asked-questions#general> (última consulta: 28 de marzo de 2023).

²⁰ El estatus de no inmigrante U, también conocido como visado U, es para las víctimas de determinadas actividades delictivas que cumplan los requisitos, como violencia doméstica, agresión sexual, delitos de odio, trata de seres humanos, servidumbre involuntaria y otros delitos graves. USCIS, VICTIMS OF CRIMINAL ACTIVITY: U NONIMMIGRANT STATUS, <https://www.uscis.gov/humanitarian/victims-of-human-trafficking-and-other-crimes/victims-of-criminal-activity-u-nonimmigrant-status> (última visita el 28 de marzo de 2023) El estatus de no inmigrante T, también conocido como visado T, es para víctimas de una forma grave de trata de personas. Las víctimas que obtienen uno u otro estatus pueden permanecer y trabajar en los Estados Unidos durante un máximo de cuatro años una vez concedido dicho estatus de no inmigrante. Se pueden conceder prórrogas más allá de los cuatro años, y las víctimas

El MOU complementaba un memorando de junio de 2011²¹ del director del ICE, en el que se instruía a las y los agentes para que utilizaran la discreción fiscal en sus decisiones de aplicación de la ley de inmigración, teniendo en cuenta cuestiones como “si la persona está cooperando actualmente o ha cooperado con las autoridades policiales federales, estatales o locales, como... el Department of Labour, o la National Labor Relations Board, entre otros”.

Cada una de estas políticas y pronunciamientos demostraba un creciente reconocimiento, promovido por organizaciones de defensa de las personas migrantes y de las personas trabajadoras, de que las personas trabajadoras migrantes eran especialmente susceptibles de sufrir abusos en el lugar de trabajo debido a su falta de documentación, de que las agencias de trabajo eran responsables de hacer cumplir sus derechos en virtud de las leyes de protección de las personas trabajadoras aplicables, y de que la cooperación—y la no intervención—de las agencias de

pueden solicitar una *Green Card*, también conocida como residencia permanente legal, si cumplen ciertos requisitos. USCIS, VICTIMS OF HUMAN TRAFFICKING: T NONIMMIGRANT STATUS, <https://www.uscis.gov/humanitarian/victims-of-human-trafficking-and-other-crimes/victims-of-human-trafficking-t-nonimmigrant-status> (última visita el 28 de marzo de 2023) La elegibilidad para los visados U y T generalmente requiere que la víctima ayude o coopere con la aplicación de la ley en la detección, investigación o enjuiciamiento de la trata de seres humanos o actividad delictiva calificada. USCIS, VICTIMS OF HUMAN TRAFFICKING AND OTHER CRIMES, <https://www.uscis.gov/humanitarian/victims-of-human-trafficking-and-other-crimes> (última visita el 28 de marzo de 2023) En 2011, la Wage and Hour Division del DOL (WHD) comenzó a completar las certificaciones de visados U para las víctimas de cinco delitos calificados detectados en relación con sus investigaciones en el lugar de trabajo (servidumbre involuntaria, peonaje, trata de personas, obstrucción de la justicia y manipulación de testigos). En abril de 2015, la WHD comenzó a ejercer su autoridad para certificar las solicitudes de las víctimas de trata que solicitaban visados T y añadió tres actividades delictivas calificadas adicionales (extorsión, trabajo forzoso y fraude en la contratación de mano de obra extranjera) en su certificación de las solicitudes de visado U. U.S. Department of Labor, U AND T VISA CERTIFICATIONS, <https://www.dol.gov/agencies/whd/immigration/u-t-visa> (última visita el 28 de marzo de 2023). A lo largo de la última década, el uso de estas herramientas ha sido eficaz a la hora de proporcionar un alivio migratorio a las personas trabajadoras en determinados casos, pero el número de visados disponibles tiene un límite, existe una gran acumulación de solicitudes y los tiempos de espera pueden llegar a ser de años. Las personas defensoras de este importante programa siguen abogando por mejorarlo y ampliarlo.

²¹ U.S. Immigration and Customs Enforcement, MEMORANDUM: EXERCISING PROSECUTORIAL DISCRETION CONSISTENT WITH THE CIVIL IMMIGRATION ENFORCEMENT PRIORITIES OF THE AGENCY FOR THE APPREHENSION, DETENTION, AND REMOVAL OF ALIENS (2011), <https://www.ice.gov/doclib/secure-communities/pdf/prosecutorial-discretion-memo.pdf>.

inmigración era esencial para que las agencias de trabajo cumplieran eficazmente sus responsabilidades de protección de las personas trabajadoras.

El péndulo vuelve a oscilar

La eliminación por parte de la Administración Obama de las redadas en los lugares de trabajo y el énfasis en la discreción procesal—con especial atención a las personas migrantes con antecedentes penales y recién llegadas, no a las personas trabajadoras indocumentadas—

“En pocas palabras, no es probable que las personas trabajadoras migrantes denuncien el robo de salarios, las condiciones inseguras en el trabajo o la destrucción de sindicatos, ni que cooperen en la investigación de estos asuntos por parte de un organismo, si la reivindicación de sus derechos laborales puede dar lugar a represalias por parte del empleador y a la amenaza de una posible deportación u otras consecuencias negativas para su situación migratoria.”

fue desechada por la Administración Trump²² con resultados escalofriantes para las personas trabajadoras migrantes. El DHS de Trump dio paso a un nuevo régimen de aplicación de la ley, con la intención de cuadruplicar o quintuplicar la aplicación de la ley en los lugares de trabajo,²³ y, en última instancia, se centró en redadas que resultaron en la expulsión de personas trabajadoras indocumentadas en cantidades sin precedentes,²⁴ y con consecuencias devastadoras para las familias.²⁵ La eficacia de las medidas de

²² Hamed Aleaziz, *Workplace Arrests Have Soared As The Trump Administration Steps Up Immigration Enforcement*, BUZZFEED NEWS (24 de julio de 2018), <https://www.buzzfeednews.com/article/hamedaleaziz/workplace-arrests-trump-enforcement-ice>.

²³ Tal Kopan, *ICE chief pledges quadrupling or more of workplace crackdowns*, CNN POLITICS (17 de octubre de 2017), <https://www.cnn.com/2017/10/17/politics/ice-crackdown-workplaces/index.html>.

²⁴ National Immigration Law Center, *WORKSITE IMMIGRATION RAIDS*, <https://www.nilc.org/issues/workersrights/worksite-raids/> (última visita: 29 de marzo de 2023).

²⁵ Holly Straut-Eppsteiner, *Worksite Immigration Raids Terrorize Workers and Communities Now, and their Devastating Consequences Are Long-Term*, NATIONAL IMMIGRATION LAW CENTER (11 de abril de 2019), <https://www.nilc.org/2019/04/11/worksite-immigration-raids-terrorize-workers-and-communities/>.

protección laboral de las agencias de trabajo también se vio afectada, ya que las personas trabajadoras migrantes volvieron a las sombras,²⁶ mientras que a los empleadores infractores no se vieron afectados, en la mayor parte de los casos.²⁷ Estas políticas y acciones agresivas contra las personas trabajadoras migrantes resultaron en fuertes protestas y acciones defensivas en nombre de las personas trabajadoras migrantes.²⁸

Luego inicia la actual administración del presidente Joe Biden. El 21 de enero de 2021, el día después de la toma de posesión de Biden, en un esfuerzo por generar un marcado contraste con las políticas del expresidente Trump, el secretario en funciones del DHS emitió un memorando²⁹ con directrices provisionales para la aplicación de la ley de inmigración de los Estados Unidos. El memorando puso en pausa, durante 100 días, todas menos un puñado de expulsiones de migrantes no autorizados, enfatizando la discreción de la fiscalía y un enfoque en tres áreas prioritarias: personas que representan amenazas para la seguridad nacional, aquellas que intentan cruzar ilegalmente la frontera después del 1 de noviembre de 2020 y personas con condenas por “delitos graves agravados”. No hay indicios de que la detención de personas trabajadoras indocumentadas se contemplara en modo alguno como parte del plan provisional de aplicación de la ley.

Las directrices provisionales fueron sustituidas por un memorando de 30 de septiembre de 2021 emitido por el Secretario del DHS, Alejandro Mayorkas, titulado “Guidelines for the Enforcement of Civil Immigration Law” (“Directrices”).³⁰

²⁶ Michael Felsen & M. Patricia Smith, *Wage Theft is a Real National Emergency*, THE AMERICAN PROSPECT, (5 de marzo de 2019), <https://prospect.org/power/wage-theft-real-national-emergency/>.

²⁷ Renae Merle, *As Workplace Raids Multiply, Trump administration charges few companies*, THE WASHINGTON POST (9 de agosto de 2019), <https://www.washingtonpost.com/business/2019/08/09/workplace-raids-multiply-trump-administration-charges-few-companies/>.

²⁸ National Employment Law Project, *FEAR OF IMMIGRATION RAIDS MAY HARM WORKPLACE RIGHTS* (13 de abril de 2017) <https://www.nelp.org/press-clips/fear-of-immigration-raids-may-harm-workplace-rights/>.

²⁹ U.S. Department of Homeland Security (DHS), *MEMORANDUM: REVIEW OF AND INTERIM REVISION TO CIVIL IMMIGRATION ENFORCEMENT AND REMOVAL POLICIES AND PRIORITIES*, (20 de enero de 2021) https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/21_0120_enforcement-memo_signed.pdf.

³⁰ DHS, *MEMORANDUM: GUIDELINES FOR THE ENFORCEMENT OF CIVIL IMMIGRATION LAW* (30 de septiembre de 2021) [en adelante, las Directrices], <https://www.ice.gov/doclib/news/guidelines-civilimmigrationlaw.pdf>.

Reiterando el principio legalmente aceptado de la discrecionalidad procesal, Mayorkas reconoció que hay al menos 11 millones de personas no ciudadanas indocumentadas o expulsables en los Estados Unidos, y que el DHS no tiene recursos suficientes para expulsarlas a todas. Reconoció que la mayoría de las personas no ciudadanas indocumentadas han participado activamente de la sociedad estadounidense, incluyendo aquellas “que trabajan en primera línea en la batalla contra el COVID...enseñan a nuestra niñez, realizan trabajos agrícolas agotadores para ayudar a llevar comida a nuestra mesa...”, en otras palabras, son personas trabajadoras indocumentadas. Afirmando, con ligeras modificaciones, los mismos tres focos de aplicación de prioridad limitada que se esbozaban en el memorando provisional del 21 de enero, las Directrices, haciéndose eco de directivas anteriores, también afirman:

“Es una desafortunada realidad que empleadores sin principios se aprovechen de la situación migratoria y de la vulnerabilidad a la expulsión de las personas a quienes emplean, por ejemplo, suprimiendo salarios, manteniendo condiciones de trabajo inseguras y anulando derechos y actividades en el lugar de trabajo.

Debemos asegurarnos de que nuestra autoridad para hacer cumplir la ley en materia de inmigración no se utilice como instrumento de estas y otras prácticas inmorales. El ejercicio por parte de una persona no ciudadana de sus derechos en el lugar de trabajo, o su actuación como testigo en un litigio laboral, debe considerarse un factor atenuante en el ejercicio de la discrecionalidad procesal”.³¹

Poco después, el 12 de octubre de 2021, el

³¹ Lamentablemente, aunque no sorprendentemente en el entorno político tan cargado de esta nación—incluyendo el polémico tema de la inmigración—, los estados de Texas y Luisiana presentaron una demanda ante el tribunal federal del distrito de Texas para bloquear la aplicación de las Directrices, alegando, entre otras cosas, que contravienen directamente diversos mandatos de la legislación sobre inmigración. La impugnación de los estados dio lugar a una decisión favorable del tribunal de distrito, que anuló las Directrices en junio de 2022. *State v. United States*, Civil Action 6:21-cv-00016 (S.D. Tex. 19 de agosto de 2021), https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.txsd.1821703/gov.uscourts.txsd.1821703.240.0_1.pdf. Las peticiones del DHS de suspender la anulación fueron denegadas por el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito y por la U.S. Supreme Court, que se ocupó del fondo del asunto. Los alegatos orales se celebraron en diciembre de 2022; las partes están a la espera de la decisión. Mientras tanto, aunque las Directrices no están en vigor, el DHS mantiene su discreción procesal para proporcionar alivio migratorio caso por caso. Además, el caso ante la U.S. Supreme Court no implica la declaración de política de aplicación en el lugar de trabajo a la que se hace referencia en el cuerpo de este memorando y en la nota 30.

secretario Mayorkas emitió una declaración política, “Worksite Enforcement: The Strategy to Protect the American Labour Market, the Conditions of the American Worksite, and the Dignity of the Individual” (Cumplimiento en el lugar de trabajo: La estrategia para proteger el mercado laboral estadounidense, las condiciones del lugar de trabajo estadounidense y la dignidad del individuo).³² Hizo hincapié en que el DHS “debe adoptar políticas de aplicación de las leyes de inmigración para facilitar la importante labor del DOL y otros organismos gubernamentales para hacer cumplir las protecciones salariales, la seguridad en el lugar de trabajo, los derechos laborales y otras leyes y normas”, incluidas las prácticas “para aliviar o mitigar el temor que las víctimas y los testigos de la trata y la explotación laboral puedan tener en relación con su cooperación con las fuerzas del orden en la investigación y el enjuiciamiento de los empleadores sin principios” (énfasis añadido). Esto incluiría “la consideración de la acción diferida, la presencia continuada, la libertad condicional y otras medidas disponibles para las personas no ciudadanas que sean testigos o víctimas de prácticas laborales abusivas y explotadoras”, incluso en los casos en que el DOL solicite dichas medidas para las víctimas o testigos de prácticas de explotación por parte de los empleadores que sean objeto de una investigación en curso.³³

³² DHS, MEMORANDUM: WORKSITE ENFORCEMENT: THE STRATEGY TO PROTECT THE AMERICAN LABOR MARKET, THE CONDITIONS OF THE AMERICAN WORKSITE, AND THE DIGNITY OF THE INDIVIDUAL, (12 de octubre de 2021), https://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/memo_from_secretary_mayorkas_on_worksite_enforcement.pdf.

³³ Unos meses más tarde, en febrero de 2022, el DOL, la NLRB y la EEOC anunciaron una iniciativa conjunta para combatir las represalias de los empleadores contra las personas trabajadoras que hacen valer sus derechos laborales protegidos. National Labor Relations Board, THE NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD, US DEPARTMENT OF LABOR, US EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION ALIGN TO END RETALIATION, PROMOTE WORKERS’ RIGHTS, (10 de noviembre de 2021) <https://www.nlrb.gov/news-outreach/news-story/the-national-labor-relations-board-us-department-of-labor-us-equal>. En una presentación en vídeo para defensores y defensoras de las personas trabajadoras y de las personas migrantes titulada “Ending Retaliation, Securing Racial and Economic Justice” (Acabar con las represalias y garantizar la justicia racial y económica), las y los representantes de cada una de las agencias hablaron de su compromiso por combatir las represalias, incluidas, y mencionando explícitamente, las represalias contra las personas trabajadoras indocumentadas. Por ejemplo, Fisher, Procurador Regional del DOL, dejó claro que las amenazas de cualquier tipo, incluidas las amenazas de deportación contra personas trabajadoras indocumentadas, están siendo recibidas con acciones legales inmediatas contra los empleadores infractores para obtener medidas cautelares que prohíban tal comportamiento. En los últimos años, el DOL ha emprendido varias acciones judiciales de este tipo. U.S. Equal Employment Opportunity Commission (EEOC),

La siguiente novedad se produjo el 6 de julio de 2022, cuando el DOL anunció un nuevo proceso para solicitar el apoyo de la agencia a la discreción procesal relacionada con la inmigración para las personas trabajadoras implicadas en conflictos laborales.³⁴ En un formato de “Preguntas frecuentes”, el DOL hizo hincapié en que su misión y su aplicación efectiva dependen de la cooperación de las personas trabajadoras, y que aquellas que carecen de permiso de trabajo a menudo son reacias a denunciar infracciones, a comprometerse con los organismos gubernamentales encargados de hacer cumplir la ley o a ejercer sus derechos de otro modo. Por lo tanto, el DOL ideó un método fácil de usar para solicitar una “*Statement of Interest*” (Declaración de interés, en adelante “Declaración”) de la agencia, que afirmaría la necesidad del DOL de la participación de testigos en su investigación y/o posible aplicación de una ley o norma. En la declaración se solicita al DHS que haga uso de su discrecionalidad procesal en materia de inmigración para ayudar al DOL a responsabilizar a quienes infrinjan la legislación laboral por las infracciones cometidas en el lugar de trabajo específico. Las personas trabajadoras afectadas que soliciten ayuda en materia de inmigración podrían incluir la declaración del DOL en apoyo de cualquier solicitud de este tipo que presenten al DHS, que tomaría la decisión a su entera discreción.³⁵

Las organizaciones de migrantes y de defensa

Ending Retaliation, Securing Racial and Economic Justice in the Workplace, YouTube, (24 de febrero de 2022), <https://www.youtube.com/watch?v=MjB7vFK7MXY>.

³⁴ U.S. Department of Labor, Process for Requesting Department of Labor Support for Requests to the Department of Homeland Security for Immigration-Related Prosecutorial Discretion During Labor Disputes (6 de julio de 2022), <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/OASP/files/Process-For-Requesting-Department-Of-Labor-Support-FAQ.pdf>.

³⁵ En mayo de 2022, la NLRB había emitido un memorando, “Ensuring Safe and Dignified Access for Immigrant Workers to NLRB Processes”, en el que indicaba su disposición a considerar las solicitudes de ayuda en los procesos de inmigración de las personas trabajadoras involucradas en conflictos laborales bajo la jurisdicción de la Junta. National Labor Relations Board, NLRB GENERAL COUNSEL ISSUES MEMO ON ENSURING ACCESS FOR IMMIGRANT WORKERS TO NLRB PROCESSES, (2 de mayo de 2022), <https://www.nlrb.gov/news-outreach/news-story/nlrb-general-counsel-issues-memo-on-ensuring-access-for-immigrant-workers>. Y, el 21 de febrero de 2023, la EEOC publicó una FAQ titulada “EEOC’s Support for Immigration-Related Deferred Action Requests to the DHS” (Apoyo de la EEOC a las solicitudes de acción diferida relacionadas con la inmigración presentadas al DHS) en la que se describe su proceso para solicitar una declaración de interés. EEOC, EEOC’S SUPPORT FOR IMMIGRATION-RELATED DEFERRED ACTION REQUESTS TO THE DHS, <https://www.eeoc.gov/faq/eeocs-support-immigration-related-deferred-action-requests-dhs> (última visita el 29 de marzo de 2023).

de los derechos de las personas trabajadoras valoraron positivamente que el DOL pusiera en marcha un sistema accesible a través del cual las personas trabajadoras pudieran solicitar ayudas a las entidades de inmigración.³⁶ También se sintieron alentados por el reconocimiento expreso del secretario del DHS Mayorkas de los retos a los que se enfrentan las personas migrantes indocumentadas en el lugar de trabajo, las contribuciones que han hecho a la sociedad estadounidense, y las ayudas en proceso de inmigración que deben ponerse a su disposición. Pero seguían frustrados.³⁷ Aunque el DHS había ejercido su discrecionalidad procesal concediendo ayudas de inmigración a personas concretas que habían sido víctimas y/o testigos de robos de salarios,³⁸ seguridad y salud,³⁹ y medidas de aplicación contra las represalias del DOL,⁴⁰ las y los defensores estaban ansiosos por ver un método institucionalizado, de amplio alcance y específico mediante el cual las personas trabajadoras indocumentadas pudieran acceder a dichas ayudas en sus procesos de inmigración.⁴¹ Habiendo transcurrido más de un año desde que el secretario Mayorkas emitió su memorando

³⁶ Southern Poverty Law Center, SPLC: NEW DEPARTMENT OF LABOR POLICY A WELCOME STEP FOR PROTECTING LONG EXPLOITED IMMIGRANT WORKERS, (8 DE JULIO DE 2022) <https://www.splcenter.org/presscenter/splc-new-department-labor-policy-welcome-step-protecting-long-exploited-immigrant>.

³⁷ Alexandra Martínez, *Immigrant workers want protections from deportation for reporting labor abuse*, PRISM, (24 de octubre de 2022), <https://prismreports.org/2022/10/24/immigrant-workers-protections-labor-abuse/>.

³⁸ Dana Gentry *Feds unveil process to protect immigrant workers facing employer retaliation*, NEVADA CURRENT (8 de mayo de 2020) <https://www.nevadacurrent.com/2020/05/08/feds-stadium-subcontractor-repeat-violator-of-wage-laws/>.

³⁹ Jennifer Solis, *Feds unveil process to protect immigrant workers facing employer retaliation*, NEVADA CURRENT (8 de julio de 2022), <https://www.nevadacurrent.com/2022/07/08/feds-unveil-process-to-protect-immigrant-workers-facing-employer-retaliation/>.

⁴⁰ Shelley Murphy, *Jury orders construction company to pay \$650,000 to immigrant worker retaliation case*, BOSTON GLOBE (21 de junio de 2022) <https://www.bostonglobe.com/2022/06/21/metro/jury-orders-construction-company-pay-650000-immigrant-worker-retaliation-case/>.

⁴¹ National Immigrant Law Center, NILC Statement on the Department of Labor’s Guidance for Workers Involved in Labor Disputes, (6 de julio de 2022), <https://www.nilc.org/2022/07/06/department-of-labors-guidance-for-workers-involved-in-labor-disputes/> (“Proporcionar protecciones temporales a las personas trabajadoras migrantes que les permitan luchar con seguridad contra las injusticias en el lugar de trabajo reforzará los derechos de todas las personas trabajadoras. El Department of Homeland Security debe cumplir rápidamente su compromiso de aclarar el proceso mediante el cual las personas trabajadoras pueden acceder a las protecciones para que todas las personas trabajadoras, incluyendo las personas trabajadoras migrantes, puedan realizar su trabajo con seguridad y dignidad”).

sobre la Aplicación en el Lugar de Trabajo, tras las persistentes peticiones de acciones concretas por parte del DHS,⁴² las y los defensores de los derechos de las personas trabajadoras y de las personas migrantes se movilizaron una vez más. El 17 de noviembre de 2022, presentaron una carta⁴³ al secretario del DHS, instando inequívocamente a su agencia a que aclare el proceso por el que las personas trabajadoras pueden acceder a la discreción procesal, incluida la acción diferida y la libertad condicional, cuando están implicadas en conflictos laborales

“En la carta se afirmaba: “Establecer un proceso claro y eficaz para proporcionar protecciones de inmigración y autorización de trabajo a las personas migrantes que hagan valer sus derechos civiles y laborales es un paso esencial para lograr esta visión y dejará un legado que elevará las normas laborales para todas las personas trabajadoras de este país”. Fue firmado por trescientas treinta organizaciones de defensa de los derechos civiles, laborales y de las personas migrantes.”

Un paso hacia adelante significativo

Los años de incidencia implacable y apasionada finalmente dieron sus frutos el 13 de enero de 2023, cuando el DHS anunció un nuevo proceso para agilizar el ejercicio de su autoridad existente para otorgar protección discrecional de inmigración a las personas trabajadoras indocumentadas que estuvieran involucradas en una investigación o acción de aplicación de la ley de una agencia laboral federal, estatal o local.⁴⁴ Con arreglo al nuevo proceso, las personas trabajadoras no ciudadanas pueden presentar sus solicitudes de acción diferida, que deben incluir, como se anticipaba, una “declaración de interés” de la agencia laboral al U.S. Customs and Immigration Service del DHS, a través de un punto

central de admisión establecido específicamente para tramitar dichas solicitudes relacionadas con los esfuerzos de investigación de la agencia laboral. Las personas trabajadoras pueden, al mismo tiempo, solicitar autorización de empleo. Las agencias laborales también pueden solicitar el apoyo del DHS en acciones en curso presentando directamente su “declaración de interés”, y pueden solicitar un examen acelerado de las solicitudes de autorización de empleo de las personas trabajadoras si, por ejemplo, la agencia respectiva está solicitando el pago de atrasos o la reincorporación en una acción de ejecución u otro procedimiento judicial.⁴⁵

El DHS nunca antes había instituido un proceso sistemático como éste, y los grupos de defensa de las personas trabajadoras y de las personas migrantes han sido unánimes en su apreciación de su importancia. También han sido claros al señalar, justificadamente, sus llamados repetidos y directos a la acción que precedieron a la medida del DHS. Aplaudiendo “estas protecciones esenciales [que] permiten a las personas trabajadoras migrantes denunciar abusos en el lugar de trabajo sin temor a que los empleadores utilicen su estatus migratorio para tomar represalias contra ellas y sus comunidades”, la directora ejecutiva del National Employment Law Project, Rebecca Dixon, subrayó que “[e]ste último anuncio del DHS es el resultado de la defensa sostenida por parte de personas trabajadoras y grupos de incidencia que exigen respeto y dignidad en el lugar de trabajo para todas las personas trabajadoras”.⁴⁶ Raha Wala, vicepresidenta de Asociaciones Estratégicas e

⁴⁵ La obtención de la autorización de empleo de este modo evita los obstáculos a los salarios atrasados y a la reincorporación aplicables a las personas trabajadoras que hayan sido objeto de represalias ilegales, pero no estén autorizadas a trabajar, de acuerdo con la sentencia del Supreme Court en el asunto *Hoffman*. *Hoffman Plastic Compounds, Inc. v. National Labor Relations Board*, 535 U.S. 137 (2002) (En *Hoffman*, una persona trabajadora que había utilizado documentos de identidad falsos fue despedida ilegalmente, según determinó la NLRB, por participar en actividades de organización sindical. La NLRB ordenó al empleador que le pagara los salarios que había perdido tras haber sido despedida en violación de las protecciones de la National Labor Relations Act, 29 U.S.C. §151 y ss. The Supreme Court, en una decisión de 5 contra 4, determinó que, aunque la persona trabajadora estaba protegida por la ley contra las represalias del empleador, el remedio de la NLRB consistente en el “pago retroactivo” no podía mantenerse, ya que se inmiscuía en disposiciones clave de la IRCA, que exige que las personas trabajadoras tengan autorización legal para trabajar).

⁴⁶ National Employment Law Project, HOMELAND SECURITY ANNOUNCEMENT AFFIRMS PROTECTIONS FOR IMMIGRANT WORKERS REPORTING WORKPLACE ABUSES, (13 de enero de 2023) <https://www.nelp.org/news-releases/homeland-security-announcement-affirms-protections-for-immigrant-workers-reporting-workplace-abuses/>.

⁴² National Day Laborer Organizing Network, #Breaking: Hundreds of Migrant Workers have take to the streets of #NYC! Facebook (1 de octubre de 2022) <https://www.facebook.com/NDLON/posts/pfbid0Piz6fDAbn2emEEympgSem1pa7o-HEeNsgPrh7BTMVF3YpAQhe36Ri5pJVufHQW1P>.

⁴³ National Immigrant Law Center, DHS SIGN-ON LETTER REGARDING PROSECUTORIAL DISCRETION, (17 de noviembre de 2022) <https://www.nilc.org/wp-content/uploads/2022/11/DHS-Sign-On-Letter-Regarding-Prosecutorial-Discretion-Labor-Disputes-Nov-2022.pdf>.

⁴⁴ DHS, DHS SUPPORT OF THE ENFORCEMENT OF LABOR AND EMPLOYMENT LAWS, <https://www.dhs.gov/enforcement-labor-and-employment-laws> (última visita el 29 de marzo de 2023).

Incidencia del National Immigration Law Center, coincidió: “Esta victoria trascendental es el resultado de años de activismo de personas trabajadoras y grupos de incidencia y será fundamental para apoyar la organización colectiva y hacer que los lugares de trabajo de todo el país sean más seguros y equitativos para todos y todas”.⁴⁷ Muchos otros grupos de este tipo⁴⁸ también hicieron declaraciones con esa combinación de agradecimiento por la acción del gobierno y de orgullo al ver, por fin, los frutos de su insistencia en que el DHS convirtiera la política declarada en una práctica real y significativa.⁴⁹

Conclusiones

Las personas trabajadoras y las organizaciones de incidencia que han participado en esta lucha reconocen que, si bien se trata de un hito, el camino hacia la justicia para las personas trabajadoras y las personas migrantes continúa. Los sistemas de las agencias laborales y del DHS deberán ser supervisados cuidadosamente para comprobar su eficacia a la hora de proporcionar el alivio necesario para el que han sido diseñados. La reforma de la inmigración para atender las necesidades de los más de 11 millones de migrantes no autorizados en Estados Unidos sigue siendo, por supuesto, esencial, aunque frustrantemente no se haya logrado aún. Al mismo tiempo, el robo de salarios, las condiciones inseguras, la discriminación y la destrucción de sindicatos siguen siendo demasiado reales en demasiados lugares de trabajo. Las agencias de protección de las personas trabajadoras necesitan más financiación y estrategias cada vez mejores para hacer cumplir los derechos de las personas trabajadoras.⁵⁰

Es necesario reconocer los retos que tenemos por delante, pero ello no debe restar importancia a los esfuerzos gubernamentales descritos anteriormente para avanzar en la protección de las personas trabajadoras en general, y de los derechos de las personas trabajadoras indocumentadas en particular. Del mismo modo, aunque las personas trabajadoras y las personas migrantes, así como los grupos que abogan por ellas, aún tienen mucho por lo que luchar, su victoria en este caso demuestra que juntos y juntas pueden lograr grandes cosas.

⁴⁷ National Immigration Law Center, NILC STATEMENT ON THE DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY’S GUIDANCE REGARDING WORKERS ASSERTING THEIR RIGHTS IN THE WORKPLACE, (13 de enero de 2023) <https://www.nilc.org/2023/01/13/statement-on-department-of-homeland-security-guidance-regarding-workers-asserting-their-rights-in-the-workplace/>.

⁴⁸ Kara Rodriguez, *Undocumented Workers in Labor Disputes can Apply for Temporary Immigration Relief*, RAISE THE FLOOR, (13 de enero de 2023) <https://www.raisetheflooralliance.org/undocumented-workers-in-labor-disputes-can-apply-for-temporary-immigration-relief>.

⁴⁹ National Day Laborer Organizing Network, IMMIGRANT WORKERS RESPOND TO NEW HOMELAND SECURITY IMMIGRANT WHISTLEBLOWER POLICY, (13 de enero de 2023), <https://ndlon.org/immigrant-workers-to-respond-to-new-homeland-security-immigrant-whistleblower-policy/>.

⁵⁰ En otra victoria muy reciente para los grupos defensores de las personas trabajadoras y las personas migrantes, el 13 de febrero de 2023, el DOL anunció que su Occupational Safety and Health Administration (“OSHA”) comenzará a certificar las solicitudes de visados U y T a partir del 31 de marzo de 2023. Por primera vez, la OSHA podrá emitir estas certificaciones de visado—durante sus investigaciones de seguridad en el

lugar de trabajo—cuando la agencia identifique actividades delictivas que cumplan los requisitos, como homicidio, tráfico, extorsión, agresión grave, trabajo forzoso y obstrucción a la justicia. En el comunicado de prensa de la OSHA, el Subsecretario de Seguridad y Salud en el Trabajo, Doug Parker, afirma: “Las personas trabajadoras de los Estados Unidos tienen que sentirse capacitadas y capaces de confiar en la OSHA y en el DOL de los Estados Unidos lo suficiente como para expresar sus preocupaciones sobre la seguridad en el lugar de trabajo, independientemente de su situación migratoria y del temor a represalias. Al permitir que la OSHA expida certificaciones de visados U y T, estaremos facultando a algunas de las personas trabajadoras más vulnerables de nuestra economía para que nos digan si sus trabajos están poniendo en peligro su seguridad y su salud, y la de sus compañeras y compañeros de trabajo, y para que apoyen nuestros esfuerzos de aplicación de la ley.” U.S. Department of Labor, READOUT: US DEPARTMENT OF LABOR EXPANDS OSHA’S ABILITY TO PROTECT ALL WORKERS BY CERTIFYING SPECIAL VISA APPLICATIONS TO ENSURE EFFECTIVE ENFORCEMENT, (13 de febrero de 2023) <https://www.dol.gov/newsroom/releases/osha/osha20230213-1>. La medida del DOL se produce tras una enérgica estrategia de incidencia, incluida una contundente carta del 22 de junio de 2023 al secretario de Trabajo instando a dicha acción, firmada por 27 organizaciones de defensa de las personas trabajadoras y las personas migrantes. Véase la carta firmada: Request for Stakeholder Meeting Regarding the Occupational Safety and Health Administration (OSHA) Becoming a U and T Visa Certifying Agency, (22 de junio de 2022) https://drive.google.com/file/d/1LKw6YVW_2hQMx5apmXuwfhohUSDEpps/view.

LA VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES INDOCUMENTADAS ANTE LA LEY ITALIANA DE INMIGRACIÓN. UNA VISIÓN DEL MARCO JURÍDICO ITALIANO DESPUÉS DE 2020: ¿CAMBIO DE RUMBO?

RITA DAILA COSTA¹

Italia | Escrito originalmente en inglés

Introducción: personas extranjeras y trabajadoras migrantes indocumentadas vulnerables

El *estatus* jurídico de las personas migrantes en el momento de llegada es un ejemplo clásico de vulnerabilidad, debido a la discriminación y desigualdad interseccionales, combinadas con dinámicas estructurales y sociales, a las que se enfrentan. Al abordar esta cuestión, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU hizo la siguiente declaración: “Las situaciones de vulnerabilidad a las que se enfrentan las personas migrantes pueden surgir de una serie de factores que pueden entrecruzarse o coexistir simultáneamente, influyéndose y exacerbándose mutuamente y también evolucionando o cambiando con el tiempo a medida que cambian las circunstancias.”²

Por un lado, el mero hecho de trasladarse de un lugar a otro provoca la adquisición de un *estatus jurídico* diferente³ y, por tanto, diferentes niveles de empoderamiento y acceso a los derechos. Por otro lado, es innegable que las políticas de inmigración son una de las principales causas

de la vulnerabilidad de las personas migrantes.⁴ De hecho, las políticas de inmigración italianas y europeas están diseñadas para luchar contra la inmigración ilegal, de acuerdo con la percepción de que la inmigración es un problema de orden público y seguridad, y pareciera no haber lugar para políticas que aborden el ingreso y la residencia legales de las personas en los países europeos. Este enfoque impulsa a las personas migrantes a ingresar y permanecer ilegalmente, experimentando así una situación de invisibilidad y marginalidad, al tiempo que corren un mayor riesgo de convertirse en víctimas potenciales de organizaciones delictivas, abusos y explotación.⁵ De hecho, las personas migrantes indocumentadas e irregulares son consideradas víctimas paradigmáticas de la explotación.⁶

Tradicionalmente, el marco jurídico italiano ha ignorado la existencia de estas personas, agravando los problemas creados por esta invisibilidad al no regular ni proteger a las

¹ Doctorando en Dinámica de Sistemas por la Universidad de Palermo, Abogada en prácticas, Miembro de la *Clinica Legale per i diritti umani* - CLEDU, ritadaila.costa@unipa.it

² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), *Principles and Practical Guidance on the Protection of the Human Rights of Migrants in Vulnerable Situations, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, en 12, UN Doc. A/HRC/37/34 (3 de enero de 2018).

³ Jorge A. Bustamante, *La “responsabilidad del estado” y las migraciones internacionales*, in *Derecho internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad* 17, 34 (Carmen Pérez Gonzáles ed., 2014).

⁴ De hecho, también las instituciones pueden ser causa de vulnerabilidades “patógenas”. Véase Catriona Mackenzie, Wendy Rogers y Susan Dodds, *Introduction: What is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?*, in *VULNERABILITY: NEW ESSAYS IN ETHICS AND FEMINIST PHILOSOPHY* 1, 8 (Catriona Mackenzie, Wendy Rogers, & Susan Dodds eds., 2013).

⁵ Véase Anne T. Gallagher & Marika McAdam, *Abuse of the Position of Vulnerability Within the Definition of Trafficked Persons*, in *ROUTLEDGE HANDBOOK OF HUMAN TRAFFICKING*, en *ROUTLEDGE HANDBOOK OF HUMAN TRAFFICKING* 185, 186 (Ryszard W. Piotrowicz, Cony Rijken, & Baerbel Heide Uhl eds., 2017).

⁶ Louise Waite, Gary Craig, Hannah Lewis y Klara Skrivankova, *Introduction*, en *VULNERABILITY, EXPLOITATION AND MIGRANTS - INSECURE WORK IN A GLOBALISED ECONOMY* 1, 7 (Louise Waite, Gary Craig, Hannah Lewis y Klara Skrivankova eds., 2015).

personas migrantes que ingresaban a Italia. Sin embargo, en 2020, el gobierno italiano emitió protecciones especiales que dan a las personas migrantes oportunidades legales, a través de evaluaciones individuales de su situación en Italia, para escapar de esta invisibilidad.

El sistema italiano de “inmigración ilegal”, causa de la vulnerabilidad de las personas migrantes a la explotación

Las políticas de inmigración italianas son un ejemplo paradigmático de cómo se fomenta la vulnerabilidad de las personas trabajadoras migrantes. Según la legislación italiana en materia de inmigración, las personas extranjeras—incluyendo quienes solicitan asilo y las personas refugiadas—son percibidas no sólo como “enemigos” peligrosos, sino también como causas de inseguridad social.⁷ Por lo tanto, las políticas de inmigración italianas están diseñadas para luchar tanto contra la migración irregular como contra la organización criminal, mientras que las políticas de acceso y permanencia se descuidan por completo,⁸ impulsando a las personas a encontrar formas ilegales alternativas de ingresar y vivir en Italia.⁹ Sin embargo, quienes ingresan y permanecen ilegalmente son criminalizadas en virtud del artículo 10-bis de la llamada Ley consolidada

sobre inmigración.¹⁰ En consecuencia, son invisibles para las instituciones italianas e incluso se les niega el acceso a los derechos básicos, a pesar de la garantía formal de los derechos fundamentales que ofrece el marco constitucional italiano.¹¹

“De hecho, las personas migrantes indocumentadas no pueden ser empleadas mediante contratos regulares, ni tienen acceso al mercado laboral regular. Esto se debe a que la Ley consolidada sobre inmigración tipifica como delito el empleo de personas trabajadoras extranjeras sin permiso de residencia, lo que hace imposible que los empleadores contraten legalmente a personas migrantes indocumentadas.”¹²

Como consecuencia, las personas migrantes indocumentadas se ven obligadas a trabajar en la economía informal y aceptar condiciones de abuso y explotación,¹³ o recurrir a organizaciones delictivas para su sustento. El sector agrícola en Italia es un



Rita Daila Costa
Ph.D Student in
System Dynamics at
University of Palermo
and Member of Clinica
Legale per i diritti
umani - CLEDU

⁷ Véase Luigi Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, en 1 *QUESTIONE GIUSTIZIA*, 79, 80 (2019).

⁸ Véase, por ejemplo, Alessandro Riccobono, *Immigrazione e lavoro al tempo della crisi. Aspetti problematici e prospettive di riforma del quadro normativo*, 2-3/2013 *NUOVE AUTONOMIE*, 401, 406 (2013); Livio Neri, *Il lavoro*, en *IMMIGRAZIONE, ASILO E CITTADINANZA* 191, 201 (Paolo Morozzo Della Rocca ed., 5ª ed. 2021).

⁹ El último “Decreto sobre flujos”, que determina el número de personas que pueden entrar en Italia por motivos laborales durante el año en curso, parece repetir errores anteriores. El decreto establece un número muy bajo, en comparación con la demanda. Las personas migrantes sólo pueden entrar si ya tienen un empleador. Por lo tanto, cuando todavía están en su país de origen, las personas migrantes tienen que encontrar un empleador disponible para solicitar y llevar a cabo el procedimiento en Italia. El último Decreto también ha añadido un nuevo requisito: pide a los empleadores que comprueben la disponibilidad de personas trabajadoras italianas antes de contratar a una persona extranjera. Véase Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Al via le quote d'ingresso per il 2023. Un commento al Decreto Flussi* (31 de enero de 2023), <https://www.asgi.it/notizie/decreto-flussi-2023/>.

¹⁰ Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286/1998 (It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-07-25;286>.

Las y los expertos italianos tacharon de inútil e ineficaz el delito castigado en virtud del artículo 10-bis. Véase, por ejemplo, Luca Maserà, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, en *IL PACCHETTO SICUREZZA 27* (Oliviero Mazza & Francesco Viganò eds., 2009); Massimo Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, en 1 *QUESTIONE GIUSTIZIA*, 101, 114-115 (2009).

¹¹ Como han señalado algunos expertos y expertas, el marco jurídico italiano se basa en la existencia de desigualdades estructurales entre personas ciudadanas y extranjeras, pero establece que los distintos tratamientos han de ser razonables y respetuosos con los derechos fundamentales. Véase Silvio Bologna, *Lavoro e sicurezza sociale dei migranti economici: l'eguaglianza imperfetta*, en *DIRITTO E IMMIGRAZIONE. UN QUADRO AGGIORNATO DELLE QUESTIONI PIÙ ATTUALI E RILEVANTI* 277, 281 (Giuseppe De Marzo & Francesco Parisi eds., 2021).

¹² D.Lgs. n.286/1998, art. 12, paras. 12 & 12-bis (It.).

¹³ Madia D'Onghia, *Immigrazione irregolare e mercato del lavoro: spunti per una discussione*, 2019-2 *RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO* 463, 474 (2019); Stella Laforgia, *Il contrasto allo sfruttamento lavorativo dei migranti*, en *MIGRANTI E LAVORO* 192 (William Chiaromonte, Maria Dolores Ferrara, & Maura Ranieri eds., 2020). Por otra parte, las personas migrantes regulares también son especialmente vulnerables a los abusos en el lugar de trabajo, ya que su residencia depende de su empleo.

buen ejemplo de este tipo de situación abusiva: se basa casi por completo en la explotación de las personas migrantes, que pueden trabajar por salarios más bajos y más horas que las personas trabajadoras italianas. Las personas migrantes indocumentadas suelen ser contratadas ilegalmente por otras personas extranjeras para trabajar sin contrato formal y sin garantías de salud, seguridad y protección social.¹⁴ Además, suelen vivir segregadas y aisladas del resto de la sociedad italiana, en campamentos temporales y precarios en las zonas rurales, que sólo pueden abandonar cuando son trasladadas al lugar de trabajo por las y los mismos “capataces”.¹⁵

Cabe señalar que esta situación laboral no solamente es común entre las personas migrantes indocumentadas, sino que también afecta a las personas migrantes que aceptan trabajar en estas condiciones porque necesitan un contrato de trabajo para renovar su permiso de residencia italiano. En esta situación, los empleadores suelen quitarles sus documentos de identidad para mantener un control total sobre ellas, lo que a menudo provoca que pierdan su derecho a renovar el permiso de residencia debido a la precariedad o irregularidad del trabajo.¹⁶

Mientras tanto, las personas trabajadoras que se encuentran en esta situación no pueden pedir ayuda a las autoridades estatales para protegerse de los abusos. De hecho, “por miedo a ser detenidas (y/o deportadas), muchas personas migrantes se abstienen de denunciar la explotación a la cual son sometidas (sea del grado que sea). Esto sugiere que el enfoque político italiano que criminaliza a las personas migrantes en situación irregular es un obstáculo para combatir la explotación laboral.”¹⁷

¹⁴ ALAGIE JINKANG, PERCEPTIONS POLICY BRIEF: - VULNERABILIDAD Y EXPLOTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES EN LA AGRICULTURA ITALIANA 2 (abr. 2022).

¹⁵ Véase LETIZIA PALUMBO & ALESSANDRA SCIURBA, THE VULNERABILITY TO EXPLOITATION OF WOMEN MIGRANT WORKERS IN AGRICULTURE IN THE EU: THE NEED FOR A HUMAN RIGHTS AND GENDER BASED APPROACH 24 (2018), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL_STU\(2018\)604966_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604966/IPOL_STU(2018)604966_EN.pdf).

¹⁶ Una muestra de estas situaciones de vulnerabilidad y abuso figura en la sentencia nº 17095 del Tribunal de Casación de 16 de marzo de 2022. En esa ocasión, el Tribunal describió las condiciones de las personas trabajadoras migrantes, tanto documentadas como indocumentadas, y condenó a los empleadores por el delito de esclavitud y trabajo forzoso. Rita Daila Costa, *Servitù, schiavitù e sfruttamento lavorativo*, 4/2022 RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA SICUREZZA SOCIALE 419 (2022) (cita Cass., 16 marzo 2022, n. 17095, V pen., sent. (It.)).

¹⁷ JINKANG, *supra* nota 14 en 7.

Además, según el enfoque tradicional de la legislación italiana sobre inmigración, esta condición de irregularidad suele ser irreversible. El marco jurídico italiano no ofrece ninguna salida a esta situación de invisibilidad, lo que hace imposible que una persona migrante indocumentada obtenga no sólo un permiso para permanecer legalmente en Italia, sino también el acceso a la economía regular. Las medidas de regularización (“amnistías”) sólo se conceden, con carácter excepcional, de vez en cuando por el gobierno italiano cuando surge la necesidad de conciliar “el mundo de las personas migrantes legales con el mundo de las personas migrantes reales que residen y trabajan en el país”.¹⁸ Además, estas “amnistías” tienen estrictos requisitos de elegibilidad, debido a su carácter excepcional.¹⁹ Por ejemplo, para poder solicitar la amnistía, una persona migrante tendría que demostrar haber estado en Italia el 8 de marzo de 2020 y haber tenido un empleo adecuado, a pesar de su irregularidad, y el empleador tendría que demostrar haber tenido los ingresos mínimos exigidos.

Un cambio de rumbo: la protección especial tras la reforma de 2020

El marco que acabamos de describir se endureció tras el aumento de la llegada por vía marítima de personas refugiadas en 2015. Durante años, “la atención se centró principalmente en los desembarcos procedentes del mar Mediterráneo y en la acogida de solicitantes de asilo, generando temores de invasión muy superiores a las cifras objetivas”.²⁰ Como consecuencia, se aprobaron varias disposiciones restrictivas que afectaron la vida de muchas personas solicitantes de asilo y redujeron sus posibilidades de obtener permisos de residencia tras presentar sus solicitudes de protección internacional.

Sin embargo, tras el fracaso de una controvertida medida de regularización migratoria, definida en el artículo 103 del llamado “decreto de reinicio” (Decreto n. 34/2020, promulgado en mayo de 2020),²¹ el Gobierno italiano dio un giro decisivo a finales de 2020. De hecho, el Decreto n. 130/2020,

¹⁸ Maurizio Ambrosini, *Moral Economy and Deservingness in Immigration Policies. The Case of Regularisations in Italy*, 23 ETHNICITIES, 306, 314 (2022).

¹⁹ *Idem*, en 313.

²⁰ *Idem*, en 315.

²¹ Véase Alessandro Bellavista, *L'emersione del lavoro irregolare nel “Decreto Rilancio”*, en DALL'EMERGENZA AL RILANCIO: LAVORO E DIRITTI SOCIALI ALLA PROVA DELLA PANDEMIA 163 (Alessandro Garilli ed., 2020).

promulgado en octubre de 2020,²² introdujo una innovación inesperada en la legislación italiana sobre inmigración.

Con el objetivo de reducir los efectos secundarios de las anteriores reformas restrictivas al sistema de asilo, el Decreto n° 130/2020 introdujo una “nueva” forma de protección complementaria²³ en el sistema de asilo italiano: la protección del derecho al respeto de la vida privada y familiar, de conformidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).²⁴ El Decreto n° 130/2020 prohibía la expulsión de una persona extranjera cuando hacerlo pudiera vulnerar el derecho protegido por el artículo 8 del CEDH, así como otras obligaciones constitucionales e internacionales de Italia, definidas en el artículo 19 de la Ley consolidada sobre inmigración.

Así, las personas que no pueden ser expulsadas por su condición de refugiadas tienen derecho a solicitar un permiso de residencia de “protección especial”.²⁵

De hecho, tras la reforma de 2020, las personas podrían recibir protección especial por varias vías. Según la primera opción, las personas solicitantes de asilo que no cumplan los requisitos de la protección internacional podrían

recibir el reconocimiento de su derecho a la protección especial. Con arreglo a la segunda opción, las personas migrantes podrían solicitar directamente el reconocimiento de su derecho a obtener un permiso de residencia de protección especial, en virtud del artículo 19, apartado 1.2, de la Ley consolidada sobre inmigración. El artículo 19 se convirtió en un importante medio de defensa contra la deportación ilegal, ya que no podía dictarse una orden de expulsión válida en caso de posible violación de esta.

La protección especial después de 2020 como forma de salir de la invisibilidad

A pesar de varias referencias al sistema de protección humanitaria que se abolió en 2018,²⁶ la reforma de 2020 introdujo un cambio inesperado en el sistema general de la ley de inmigración italiana. Según algunos estudiosos, el Decreto n.º 130/2020 introdujo finalmente un mecanismo de regularización permanente para las personas extranjeras indocumentadas residentes en Italia.²⁷ De hecho, su disposición de protección especial puede permitir la regularización de las personas migrantes indocumentadas sobre la

²² Decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130/2020 (It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2020-10-21:130>.

²³ Ruma Mandal, UNHCR Department of Internal Protection, *Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”)*, PPLA/2005/02, en 2, (Jun. 2005), <https://www.unhcr.org/media/no-9-protection-mechanisms-outside-1951-convention-complementary-protection-ruma-mandal> (“El término “protección complementaria” ha surgido en la última década como descripción del fenómeno cada vez más frecuente en los países industrializados de conceder exención de expulsión a las personas solicitantes de asilo que han fracasado en su solicitud del estatuto de refugiada de la Convención de 1951. [...] todas estas iniciativas tienen en común su relación complementaria con el régimen de protección establecido para las personas refugiadas en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Tienen por objeto proporcionar protección a las personas que no pueden beneficiarse de estos últimos instrumentos, aunque, al igual que las personas refugiadas de la Convención, puedan tener razones fundadas para no desear regresar a su país de origen”).

²⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights), art. 8, de 4 de noviembre de 1950, E.T.S. n.º 5, 4 de noviembre de 1950, E.T.S. n.º 5.

²⁵ Véase Decreto Legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, art. 32, párr. 3 (It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2008-01-28:25> (que establece normas detalladas sobre el permiso de residencia de protección especial).

²⁶ Hasta 2018, el derecho de asilo en virtud de la Constitución italiana se materializaba en forma de estatuto de persona refugiada, protección subsidiaria y protección humanitaria. La protección humanitaria se proporcionaba por motivos humanitarios graves o en respuesta a obligaciones constitucionales o internacionales que incumbían a Italia. Se trataba de una forma de protección que, según la jurisprudencia, debía reconocerse por hipótesis de “vulnerabilidad”, a evaluar caso por caso. La jurisprudencia reciente también reconoció la existencia de motivos humanitarios en el caso de la “integración social” del solicitante, de conformidad con el derecho al respeto de la vida privada y familiar en virtud del artículo 8 del CEDH. Para proteger la integración social, la jurisprudencia exigía, no obstante, que al término de una evaluación comparativa los vínculos en Italia fueran más fuertes que en el país de origen. En 2018, con el llamado Decreto de Seguridad, se derogó esta forma de protección, causando alarma entre la sociedad civil e incluso la comunidad internacional. A pesar de la falta de referencia a las antiguas razones humanitarias, la reforma de 2020 se inspiraba claramente en el marco anterior, haciendo referencia a las obligaciones constitucionales e internacionales y al derecho a la vida privada y familiar. Véase Marcella Ferri, *La tutela della vita privata quale limite all'allontanamento: l'attuazione (e l'ampliamento) degli obblighi sovranazionali attraverso la nuova protezione speciale per integrazione sociale*, 2/2021 DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA 78 (2021).

²⁷ Véase Paolo Bonetti, *Il permesso di soggiorno per protezione speciale dopo il decreto legge n. 130/2020: una importante innovazione nel diritto degli stranieri*, in FONDAZIONE MIGRANTES, IL DIRITTO D'ASILO - REPORT 2021 - GLI OSTACOLI VERSO UN NOI SEMPRE PIÙ GRANDE 245, 268 (2021); Livio Neri, *Si fa presto a dire speciale. La protezione speciale a due anni dal decreto legge 130/2020: un istituto unitario ancora in cerca di una disciplina, un permesso di soggiorno che non può non essere convertibile*, 3/2022 DIRITTO, IMMIGRAZIONE E CITTADINANZA, 123, 125 (2022).



© Alessio Tricani / Shutterstock

base de una evaluación individual.

Antes de 2020, la protección “especial” no era más que una aplicación del principio de *no devolución*. Esto significaba que sólo se aplicaba a las personas en riesgo de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes si eran devueltas a sus países de origen.

“La reforma de 2020 amplió la interpretación italiana del principio de no devolución, extendiendo la aplicación del principio de acuerdo con la obligación creada por el artículo 8 del CEDH y dando relevancia específica a la evaluación de la vida privada y familiar de la persona migrante. Al realizar esta valoración, según la jurisprudencia, el elemento clave a evaluar es la integración laboral, ya que puede revelar la existencia de un vínculo efectivo con Italia.”²⁸

De hecho, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 8 del CEDH,²⁹ la jurisprudencia italiana interpreta el concepto de vida “privada” como independiente de la vida familiar. Así, la vida privada abarca todo tipo de relación de la persona con el mundo exterior y, en particular, las relaciones laborales. Éstas se consideran la prueba más significativa de la vida privada y, por lo tanto, el elemento más significativo a considerar para la protección

²⁸ Trib. Ord. di Roma, sez. dir. della pers. e immig., 22 gennaio 2021, n. 19019/2019 (It.); Trib. di Venezia, 13. ottobre 2022, n. 7300/2022 (It.).

²⁹ Paradiso & Campanelli contra Italia, App. No. 25358/12 (24 de enero de 2017), <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-170359%22%7D%7D>.

especial en virtud del decreto 2020.³⁰

No obstante, se ha reconocido una protección especial no sólo cuando las personas ya trabajaban en Italia de forma regular,³¹ sino también cuando han estado trabajando allí de forma irregular³² e incluso cuando han sufrido condiciones de explotación.³³ Por tanto, la obligación de proteger el derecho a la vida privada y familiar permite considerar si una persona migrante trabaja (o ha trabajado) en Italia, aunque sea en condiciones irregulares, garantizándole el derecho a un permiso de residencia por su integración laboral y protegiendo así su derecho a la vida privada.

De este modo, la protección especial podría haber sido una herramienta para dar acceso a la justicia a las personas migrantes indocumentadas e irregulares, ofreciéndoles una salida a su invisibilidad y marginalidad. De hecho, la oportunidad de obtener un permiso de residencia, en lugar de una orden de expulsión, podría ser un medio eficaz para animar a las personas migrantes irregulares a denunciar por fin las condiciones de explotación laboral que puedan haber estado sufriendo.³⁴ Los empleadores que explotan a las personas trabajadoras migrantes ahorran dinero al no pagar las cantidades requeridas a la pensión y a la seguridad social. Aunque este tipo de robo salarial es habitual, en

³⁰ Véase Cass., sez. un. civ., n. 24414/2021 (It.).

³¹ Este suele ser el caso de las personas solicitantes de asilo, que no tienen derecho a protección internacional, pero han estado viviendo en Italia, estudiando y trabajando.

³² De hecho, sería contradictorio e irrazonable pedir que se demuestre un empleo regular, ya que las personas migrantes indocumentadas no pueden trabajar legalmente.

³³ Según la jurisprudencia, la referencia a las obligaciones internacionales y constitucionales tiene por objeto proporcionar protección cuando puedan violarse los derechos fundamentales. Por lo tanto, las víctimas de explotación también tienen derecho a recibir protección, ya que sus derechos fundamentales se ven vulnerados por su condición de explotación, Véase Court of Turin, May 24, 2022 (this needs a cite to the specific case – I tried finding it but there were several opinions issued by the Tribunale di Torino on this day...); Rita Daila Costa, *Il diritto alla protezione “speciale” del migrante vittima di sfruttamento lavorativo*, 23 DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI, 117, 119 (2023).

³⁴ Merece la pena recordar que la legislación migratoria italiana prevé también una forma de protección para la víctima de explotación laboral, en virtud del artículo 18. No obstante, esta protección sólo está abierta a las víctimas de explotación “grave” y se le ha reprochado su ineficacia; véase PALUMBO & SCIURBA, *supra* nota 15 en 59; Letizia Palumbo & Alessandra Sciarba, *Vulnerability to Forced Labour and Trafficking: The Case of Romanian Women in the Agricultural Sector in Sicily*, 5 ANTI-TRAFFICKING REV., 89, 103 (2015). La “nueva” protección especial, en cambio, puede ser reconocida a las víctimas de todo tipo de explotación, independientemente de la responsabilidad penal de sus empleados y empleadas.

la mayoría de los casos, el miedo a ser expulsadas impide a las personas migrantes indocumentadas denunciarlo o acceder a la justicia.³⁵

Sin embargo, estas reformas de 2020 facultaron a las personas trabajadoras migrantes indocumentadas para denunciar a sus empleadores explotadores, lo que permitió a quienes habían aceptado este trabajo precario e informal poder demostrar que habían trabajado en Italia y, por tanto, tenían derecho a una protección especial y a un permiso de residencia.

La última reforma de la protección especial: un retroceso

A pesar de todas estas aplicaciones potenciales de la protección especial, la última reforma de la ley aplicable, que entró en vigor con el Decreto n. 20/2023³⁶ ha modificado en parte el alcance de esta protección, eliminando la referencia a la protección de la vida privada y familiar del artículo 19 de la Ley consolidada sobre inmigración.

Sin embargo, a pesar del impacto del Decreto n° 20/2023, la protección del derecho previsto en el artículo 8 del CEDH debe seguir considerándose parte esencial de la protección especial. Como han señalado los primeros análisis, incluso en ausencia de una referencia directa a la vida privada y familiar, no se modificaría el aspecto actual de la protección especial. De hecho, está bien establecido en la jurisprudencia que la vida privada y familiar deben protegerse, no sólo por la obligación que establece el artículo 8 del CEDH,³⁷ sino también porque siguen siendo pertinentes en virtud de las obligaciones constitucionales e internacionales.³⁸

Además, a pesar de que la jurisprudencia centra

su atención en la aplicación de los derechos previstos en el artículo 8 del CEDH, cabe subrayar que el derecho a una protección especial para las personas migrantes indocumentadas que trabajan en Italia también está garantizado por la Constitución italiana. Concretamente, el artículo 35, que ordena la protección de todo tipo de trabajo en cualquier condición, también aplica a las personas trabajadoras migrantes indocumentadas en Italia. Esta disposición es la fuente de la obligación constitucional aplicable al artículo 19 de la Ley consolidada sobre Inmigración y, por tanto, establece el derecho a una protección especial.³⁹

Esto significa que la protección de las personas trabajadoras migrantes indocumentadas debe seguir garantizándose en virtud del “nuevo” artículo 19, aunque se haya suprimido su referencia directa a la protección de la vida familiar y privada. Por lo tanto, a pesar de los cambios formales introducidos en el texto del artículo 19, la protección especial parece conservar su ámbito de aplicación anterior.

Sin embargo, no se puede negar que la reforma llevada a cabo por el Decreto n° 20/2023 ha creado un perjuicio importante.

De hecho, esta reforma ha cambiado por completo la forma de acceder a la protección especial, suprimiendo el apartado 1.2 del artículo 19. Como ya se ha mencionado, esta disposición permitía a las personas migrantes solicitar directamente el reconocimiento de su derecho a la protección especial. El Decreto n° 20/2023 ha eliminado esta posibilidad y, por increíble que parezca, reduce el acceso real a la protección especial. Actualmente, la protección especial sólo puede concederse tras una solicitud de protección internacional, o como medio de defensa contra una deportación ilegal. Por lo tanto, el artículo 19 ya no puede considerarse un mecanismo de regularización para las personas extranjeras indocumentadas que residen en Italia, lo que supone un increíble retroceso.

Tras esta reforma, aunque las personas migrantes reúnan todos los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 19 para tener derecho a una protección especial, su derecho a la misma sólo podrá ser reconocido si solicitan asilo o si quieren oponerse a una orden de expulsión. Una vez más, las personas migrantes indocumentadas quedan atrapadas en una condición de invisibilidad y

³⁵ Conviene subrayar que, en virtud de la legislación italiana, las personas migrantes indocumentadas tienen derecho a demandar a sus empleadores en caso de robo de salario. Véase *Cass.*, sez. lav., 13 ottobre 1998, n. 10128 (It.); *Cass.*, sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7380 (It.); *Cass.*, sez. lav. 21 settembre 2015, n. 18540 (It.).

³⁶ Decreto n. 20/2023 de 2023 (It.), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2008-01-28;25>.

³⁷ Como ya se ha abordado, a pesar de la supresión de una referencia expresa al derecho al respeto de la vida privada y familiar, el artículo 8 del CEDH debe aplicarse en los casos de “integración social”. Véase Nazzarena Zorzella, *L'immisibile fretta e furia del legislatore sulla protezione speciale. Prime considerazioni*, *QUESTIONE GIUSTIZIA*, 4 de abril de 2023, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/protezione-speciale-zorzella>.

³⁸ La relevancia dada al artículo 8 del CEDH antes de 2018, a pesar de la falta de una referencia directa, es uno de los principales argumentos que pueden utilizarse para reducir los efectos secundarios de la reforma del Decreto n. 20/2023 de 2023. Véase Zorzella, *37 supra* nota.

³⁹ Véase Rita Daila Costa, *La tutela del lavoratore straniero “irregolare” dopo il decreto n. 130/2020*, 11 *IL LAVORO NELLA GIURISPRUDENZA* 1120, 1128 (2022).

vulnerabilidad, sin salida.

Conclusiones

La vulnerabilidad de las personas migrantes ante los abusos y la explotación se debe en parte a las políticas de inmigración italianas y, en particular, a la marginación y criminalización de las personas migrantes, como demuestra el marco jurídico italiano. Sin embargo, la vulnerabilidad requiere no sólo comprensión, sino también deconstrucción, ya que muestra no sólo las razones por las que las personas están expuestas a abuso de parte de otras personas, sino también las responsabilidades de los Estados.⁴⁰ En este sentido, hacer visible lo invisible es un medio para deconstruir estas vulnerabilidades, ya que salir de la marginalidad y la invisibilidad es en sí mismo una herramienta esencial para luchar contra la explotación laboral, en la medida en que permite a las personas poder acceder a sus propios derechos⁴¹.

Así pues, la protección “especial” puede ser una herramienta valiosa no sólo en la lucha contra la explotación, sino también en la prevención de esta. Al introducir una forma de protección de la vida privada y familiar, el Decreto n° 130/2020 parecía haber cambiado el enfoque tradicional de la legislación italiana en materia de inmigración, proponiendo un procedimiento eficaz que permitiría a las personas trabajadoras migrantes salir de la invisibilidad y acceder por fin a sus derechos fundamentales.

Esto no está cambiando totalmente, a pesar del cambio efectuado por el Decreto n. 20/2023. De hecho, el derecho a la protección de la vida privada y familiar no es desechable, ya que está garantizado por el artículo 8 del CEDH y la Constitución italiana, además de formar parte de la interpretación italiana del principio de *no devolución*.

Sin embargo, al eliminar la opción de solicitar el reconocimiento directo de la protección especial, la última reforma de 2023 ha reducido la posibilidad de acceder a la protección especial, cambiando una vez más el curso de la ley de inmigración italiana y confinando a las personas dentro de las fronteras de su invisibilidad.

⁴⁰ Alessandra Sciarba, *Vulnerabilità posizionale e intersezionale. I minori migranti soli come caso para-digmatico*, en I SOGGETTI VULNERABILI NEI PROCESSI MIGRATORI. LA PRO-TEZIONE INTERNAZIONALE TRA TEORIA E PRASSI 71, 75 (Isabel Fanlo Cortés & Daniele Ferrari eds., 2020).

⁴¹ Laura Calafà, *Per un approccio multidimensionale allo sfruttamento lavorativo*, 2 LAVORO E DIRITTO 193, 209 (2021).

ACCESO A LA JUSTICIA POR EL IMPAGO DE LOS SALARIOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES EN EL GOLFO

SOPHIA KAGAN¹

Golfo Pérsico | Escrito originalmente en inglés

Introducción

La región árabe es destino de una parte importante de las personas trabajadoras migrantes del mundo. Según las estimaciones globales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre las personas trabajadoras migrantes internacionales, en 2019 había 24,1 millones de personas trabajadoras migrantes en los Estados árabes de Oriente Medio, lo que representa el 14% de todas las personas trabajadoras migrantes del mundo. Es importante destacar que la región tiene la mayor proporción mundial de personas trabajadoras migrantes en relación con la mano de obra total, alcanzando el 41% en 2019, en comparación con la media mundial de solo el 5%,² y es incluso mayor en los seis países del Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), especialmente Qatar y los Emiratos Árabes Unidos (EAU).

El acceso a la justicia por los salarios y prestaciones impagos fue un importante reto estructural en el CCG antes del COVID-19, pero la pandemia expuso y profundizó la magnitud del problema. Numerosas organizaciones de la sociedad civil expresaron su preocupación por

el hecho de que el COVID-19 hubiera provocado un importante aumento del impago de salarios, ya que algunos empleadores se aprovecharon de la pandemia para despedir a las personas trabajadoras migrantes y retener los salarios y prestaciones que les debían.³ En otros casos se denunció que los empleadores contrataron a las personas trabajadoras migrantes con salarios drásticamente reducidos, les obligaron a tomar días libres sin sueldo o realizaron deducciones ilegales de sus salarios. También se denunciaron casos de personas trabajadoras que no recibieron sus prestaciones por despido o que tuvieron que pagar sus tiquetes para el viaje de regreso. En una encuesta realizada a 2.252 personas trabajadoras migrantes de la India que retornaron del CCG entre mayo y diciembre de 2020, más de la mitad había regresado porque había perdido su empleo. De estas personas retornadas, el 39% informó que habían sufrido impago de salarios o cuotas o reducción de su salario. A pesar de la presencia de personal consular y de la embajada y de la existencia de una línea telefónica de ayuda en el idioma de las personas trabajadoras para compartir información sobre sus derechos legales, nadie presentó una reclamación contra su empleador en el país de destino para recuperar lo que este les debía.⁴

¹ Sophia Kagan es la Asesora Técnica Principal del [Programa FAIRWAY](#) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Beirut, Líbano. Su trabajo se centra en la mejora de la gobernanza de la migración laboral en los Estados árabes, en particular para las personas trabajadoras vulnerables de la construcción, el trabajo doméstico y sectores afines. El artículo representa sus opiniones y no las de la OIT o sus mandantes.

² Organización Internacional del Trabajo (OIT), GLOBAL ESTIMATES ON INTERNATIONAL MIGRANT WORKERS: RESULTS AND METHODOLOGY 3RD EDITION a 31, (junio 2021), https://www.ilo.org/global/topics/labour-migration/publications/WCMS_808935/lang--en/index.htm.

³ Migration Advisory Group (Arab States), de la OIT, DISCUSSION NOTE FOR POLICYMAKERS: COVID-19 PANDEMIC: WAGE PROTECTION OF MIGRANT WORKERS IN THE ARAB STATES (2021), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/briefingnote/wcms_803052.pdf. Ver también Migrant Forum in Asia (MFA), JUSTICE FOR WAGE THEFT CAMPAIGN, <https://justiceforwagetheft.org/> (visitado el 4 de abril de 2023).

⁴ S Irudaya Rajan & C S Akhil, EMPTY-HANDED AND DEMORALIZED: NEW EVIDENCE OF NON-PAYMENT OF WAGES AMONG INDIAN RETURN MIGRANTS DURING COVID-19, MFA Policy Brief No. 3 (julio 2021), <https://justiceforwagetheft.org/en/entity/6coz00v2td4>.

Este breve artículo expone las normas internacionales del trabajo en materia de protección salarial y destaca algunas de las prácticas prometedoras (y los retos pendientes) a la hora de abordar el impago de salarios en el CCG, especialmente en Qatar y los EAU.

Normas internacionales del trabajo sobre protección salarial

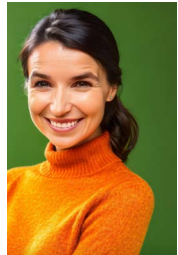
Con respecto a las normas internacionales del trabajo, el Convenio sobre la protección del salario de 1949 (núm. 95)⁵ y la recomendación que lo acompaña (Recomendación sobre la protección del salario de 1949 (núm. 85)),⁶ proporcionan el marco clave en materia de protección salarial⁷ al destacar:

- El derecho al pago en moneda de curso legal a intervalos regulares, directamente en la cuenta bancaria elegida por la persona trabajadora;
- la protección en relación con el pago en especie y las deducciones salariales (incluidos los pagos a intermediarios, como contratistas laborales o reclutadores para obtener o conservar un empleo);⁸
- en caso de insolvencia del empleador, prioridad privilegiada para los créditos salariales de las personas trabajadoras;
- frente a la terminación del contrato de trabajo, el derecho de las personas trabajadoras a la liquidación rápida y definitiva de los salarios que se le deben y
- el derecho de las personas trabajadoras a ser informadas sobre cuál será su salario antes de ser contratadas y en el momento de cada pago del salario (por

ejemplo, mediante un contrato de trabajo por escrito y recibos o extractos de pago del salario).

Del CCG, solo Arabia Saudita ha ratificado el Convenio n° 95, que entró en vigor en ese país en diciembre de 2021.⁹

Además, la protección salarial de las personas trabajadoras domésticas está contemplada en el Convenio de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189)¹⁰ y en la Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 201).¹¹ Se estima que hay 5,80 millones de personas trabajadoras domésticas en el CCG, de las cuales 2,05 millones (36%) son mujeres y 3,75 millones (64%) son hombres. La mayoría de estas personas están excluidas de las respectivas leyes laborales y, en su lugar, están cubiertas por normativas separadas que proporcionan protecciones inferiores a las de la legislación laboral.¹² El Convenio n° 189 de la OIT establece que las personas trabajadoras domésticas deben recibir su salario directamente en efectivo a intervalos regulares, al menos una vez al mes. El pago puede realizarse mediante transferencia bancaria o medios similares, con el consentimiento de la persona trabajadora.¹³ La Recomendación núm. 201 de la OIT pide que las personas trabajadoras domésticas reciban por escrito una relación fácilmente comprensible que refleje la remuneración total que se les debe, así como el valor y la finalidad específica de



Sophia Kagan

Asesora Técnica
Principal del
Programa FAIRWAY
de la Organización
Internacional del
Trabajo en los Estados
Árabes

⁵ OIT, CONVENIO 95 SOBRE LA PROTECCIÓN DEL SALARIO (1949), [en adelante C95 de la OIT] https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C095.

⁶ OIT, RECOMENDACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL SALARIO 85 (1949), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312423.

⁷ OIT, GUIDANCE TOOL ON PROTECTION OF WAGES FOR MIGRANT WORKERS (abril de 2023) [en adelante, Guidance Tool] https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_878456.pdf.

⁸ Podría decirse que las reducciones de los salarios de las trabajadoras inmigrantes durante la pandemia, que según los informes eran habituales en el GCC, podrían considerarse deducciones ilegales, aunque fueran con el “consentimiento” de la persona trabajadora, porque no había posibilidad de negociación colectiva.

⁹ OIT, NORMLEX: ARABIA SAUDITA, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11110:0::NO::P11110_COUNTRY_ID:103208 (visitado el 4 de abril de 2023).

¹⁰ OIT, CONVENIO SOBRE LAS TRABAJADORAS Y LOS TRABAJADORES DOMÉSTICOS 189 (2011), [en adelante C189 de la OIT] https://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:2551460 (El Convenio n° 189 no ha sido ratificado por ninguno de los países del CCG).

¹¹ OIT, Recomendación sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 201 (2011), [en adelante R201 de la OIT] https://ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:2551502:NO.

¹² OIT, MAKING DECENT WORK A REALITY FOR DOMESTIC WORKERS: PROGRESS AND PROSPECTS IN THE ARAB STATES TEN YEARS AFTER THE ADOPTION OF THE ILO DOMESTIC WORKERS CONVENTION 2011 (NÚM. 189) (diciembre de 2021) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_831916.pdf.

¹³ C189 de la OIT, nota 10 *supra*, artículo 12(1).

las deducciones que puedan haberse realizado. En caso de cese de la relación laboral, los pagos pendientes deben efectuarse sin demora.¹⁴ Además, el Convenio n° 189 de la OIT ofrece protección con respecto a los pagos en especie, así como a las deducciones.¹⁵

Según los Convenios 95 y 189 de la OIT, deben existir mecanismos eficaces de control y cumplimiento, incluida la inspección laboral, y debe existir un acceso efectivo a la justicia y a la reparación cuando las personas trabajadoras hayan sufrido abusos (salariales).

“La retención del salario (o las amenazas de hacerlo) puede ser un indicador de trabajo forzoso.¹⁶ De las 27,6 millones de personas sometidas a trabajo forzoso, a más de un tercio (36,3%) se les retuvo el salario o se les impidió marcharse mediante amenazas de impago del salario adeudado.¹⁷ Según las últimas estimaciones mundiales, la mayor proporción de trabajo forzoso se presenta en los Estados árabes (5,3 por cada 1.000 personas).”¹⁸

Problemas estructurales que provocan retrasos e impago de salarios y prestaciones en el Golfo

El impago, el pago insuficiente y el retraso en el pago de los salarios de las personas trabajadoras migrantes es un fenómeno mundial.¹⁹ De hecho, en ocasiones se trata de una estrategia de los empleadores sin escrúpulos que son conscientes del escaso riesgo de detección y sanción. Sin embargo, existen razones estructurales por las que esta problemática está particularmente presente en el CCG debido a las limitaciones

de liquidez a las que pueden enfrentarse las empresas.

Subcontratación y “pago cuando me pagan”

Muchas personas trabajadoras migrantes del CCG, sobre todo en el sector de la construcción, trabajan bajo un régimen de subcontratación o externalización laboral (“empleo triangular”) y, a veces, las propias personas trabajadoras pueden no tener claro quién es su “empleador”. En los EAU, esta ambigüedad se abordó recientemente en cierta medida a través del Reglamento Ejecutivo del Decreto Ley Federal n° (33) de 2022 y el Decreto Ministerial n° (51) de 2022, relativos a la concesión de licencias y la regulación de las actividades de las agencias de contratación. A las empresas de trabajo temporal o de “subcontratación” (que tienen una relación contractual directa con la persona trabajadora pero en la que esta suministra su mano de obra a un tercero) se les puede suspender o revocar la licencia si no pagan los salarios de las personas trabajadoras.²⁰ Sin embargo, no existe ninguna obligación para la tercera parte (que se beneficia de la mano de obra de la persona trabajadora) de pagar los salarios de las personas trabajadoras cuando la empresa de trabajo temporal no lo hace o no puede hacerlo. La tercera parte está obligada a garantizar unas condiciones de trabajo seguras, el cumplimiento de la jornada laboral normal máxima y debe permitir que la persona trabajadora revise la hoja de asistencia antes de enviarla a la agencia —incluidas las reservas que la persona trabajadora pueda tener sobre su contenido—, lo que podría reducir el riesgo de que se contabilicen menos horas de las trabajadas —incluidas las horas extra— pero no implica ninguna obligación (conjunta o separada) con respecto a los salarios.²¹

Otro problema común es consecuencia del retraso en los pagos al empleador inmediato de la persona trabajadora por parte de contratistas principales que recurren a este, lo cual se traduce en un retraso agravado en la recepción de los salarios por parte de las personas trabajadoras subcontratadas. El desfase entre los pagos por la ejecución de la obra por parte de la clientela y la recepción del pago a lo largo de la cadena de suministro por parte de contratistas y subcontratistas puede durar meses, y se agrava en cada eslabón de la cadena de suministro (ya que cada contratista solo “paga cuando le pagan”, es decir, espera su pago de un proveedor antes

¹⁴ OIT R201, nota supra 11 en Art. 15(1-2).

¹⁵ Guidance Tool, nota supra 7.

¹⁶ OIT INDICADORES DE LA OIT SOBRE EL TRABAJO FORZOSO (octubre de 2012), https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_203832/lang-en/index.htm.

¹⁷ OIT, Walk Free, & International Organization for Migration (IOM), GLOBAL ESTIMATES OF MODERN SLAVERY: FORCED LABOUR AND FORCED MARRIAGE (septiembre de 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipecc/documents/publication/wcms_854733.pdf.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Bassina Farbenblum & Laurie Berg *Migrant Workers' Access to Justice for Wage Theft: A Global Study of Promising Initiatives*, MIGRANT JUSTICE INSTITUTE, INSTITUTO DE JUSTICIA PARA LOS MIGRANTES (2021), [https://static1.squarespace.com/static/593f6d9fe4fcb5c458624206/t/61adba9108bec25ce355c6e4/1638775475553/Farbenblum+Berg+2021+MWA2\]+with+hyperlinks.pdf](https://static1.squarespace.com/static/593f6d9fe4fcb5c458624206/t/61adba9108bec25ce355c6e4/1638775475553/Farbenblum+Berg+2021+MWA2]+with+hyperlinks.pdf).

²⁰ Executive Regulations of Federal Decree-Law No. (33) of 2022 en Article 9(7)(d) (EAU).

²¹ Ministerial Decree No. (51) OF 2022, en Article 9(5) (EAU).

de liberar los fondos a sus subcontratistas).²² Adicionalmente, en estos casos las personas trabajadoras no tienen ningún recurso legal contra quienes cumplen el rol de contratistas o clientes principales y son especialmente vulnerables si su empleador directo se declara en la quiebra.

Prestaciones por fin de servicio

Las personas trabajadoras migrantes están excluidas de los sistemas de protección social en el CCG, con la excepción del acceso a la asistencia sanitaria, que suele proporcionarse a través de un seguro privado pagado por el empleador.²³ En su lugar, las prestaciones por fin de servicio (normalmente alrededor de un mes de salario por año de empleo) sirven como un sustituto inadecuado de la protección social en los países del CCG.²⁴ Sin embargo, en lugar de ser pagadas por una institución (como una corporación de seguridad social), dichas prestaciones son solo una obligación del empleador, el cual paga una suma global basada en el último salario mensual. Así pues, si una persona trabajadora no percibe la prestación por fin de servicio que le corresponde, su única opción es demandar al empleador ante los tribunales. Si el empleador no dispone de suficiente dinero en efectivo al finalizar el servicio, las personas trabajadoras no reciben su salario o deben esperar para recibirlo.

²² Jill Wells EXPLORATORY STUDY OF GOOD POLICIES IN THE PROTECTION OF CONSTRUCTION WORKERS IN THE MIDDLE EAST, ILO White Paper (febrero de 2018), https://www.ilo.org/beirut/publications/WCMS_618158/lang--en/index.htm.

²³ A excepción de Bahrein, donde las personas trabajadoras migrantes están incluidas en el fondo de desempleo.

²⁴ Las prestaciones son distintas para las personas trabajadoras domésticas y del sector privado, las cuales están cubiertas por la legislación laboral. Ver Migrant Rights. Org, A COMPARISON OF END-OF-SERVICE GRATUITY FOR DOMESTIC WORKERS IN THE GCC, (marzo de 2020), <https://www.migrant-rights.org/wp-content/uploads/2020/03/A-Comparison-of-End-of-service-Gratuity-For-Domestic-Workers-In-The-GCC.pdf>. Para las personas trabajadoras del sector privado en Qatar, las prestaciones por fin de servicio están previstas en el artículo 54 de la Ley del Trabajo n° 14 de 2004, mientras que en los EAU están cubiertas por el artículo 51 de la Ley del Trabajo (Decreto-Ley Federal n° 33/2021 relativo a la regulación de las relaciones laborales). Ver OIT, COUNTRY BRIEFS OF THE REGULATORY FRAMEWORKS GOVERNING MIGRANT WORKERS IN THE ARAB STATES (septiembre de 2022), https://www.ilo.org/beirut/projects/fairway/WCMS_776362/lang--en/index.htm.

“Durante el COVID-19, cuando se despidió o se presentó la renuncia de un número significativo de personas trabajadoras migrantes, muchas empresas no disponían de la liquidez necesaria para pagar, sobre todo porque se enfrentaban a una disminución de las entradas de efectivo debido a los cierres por cuarentenas. Ya fuera por retenciones intencionadas o por falta de liquidez, muchas personas trabajadoras abandonaron el CCG con importantes cantidades de prestaciones por fin de servicio acumuladas durante años, y en algunos casos décadas, que aún se les debían.”²⁵

Prácticas prometedoras

Los países del CCG fueron algunos de los primeros del mundo en exigir el pago de los salarios de las personas trabajadoras migrantes (en el sector privado) a través de los Sistemas de Protección Salarial (SPS) digitales. Aunque se trata de una importante innovación mundial, personas más críticas han señalado que estos sistemas sirven más como un “sistema de notificación” que señala a los empleadores para que sean sancionados en caso de impago absoluto, que como un sistema que sirva para compensar a las personas trabajadoras y proteger así sus derechos.²⁶ En la actualidad, los SPS de todo el Golfo no abordan la manipulación salarial (cálculo erróneo de las horas extra, pago de la retribución por fin de servicio o pago de las vacaciones anuales) ni las situaciones en las que los pagos son retirados de un cajero automático (ATM) por el empleador, tampoco compensan a la persona trabajadora (ya que la sanción más común es la suspensión de la capacidad del empleador para contratar a más personas trabajadoras migrantes).²⁷

Además, los sistemas actuales no protegen a las personas trabajadoras frente a la incapacidad

²⁵ Ver, por ejemplo, Tawfiq Nasrallah *Kuwait: Expats working in government complain of not receiving gratuity*, GULF NEWS, (octubre de 2021), <https://gulfnews.com/world/gulf/kuwait/kuwait-expats-working-in-government-complain-of-not-receiving-gratuity-1.82724989> (visitado el 4 de abril de 2023).

²⁶ OIT, *Minimum Wages and Wage Protection in the Arab States: Ensuring a Just System for National and Migrant Workers*, ILO POLICY ADVISORY COMMITTEE ON FAIR MIGRATION IN THE MIDDLE EAST (enero de 2019), <https://gulfnews.com/world/gulf/kuwait/kuwait-expats-working-in-government-complain-of-not-receiving-gratuity-1.82724989>.

²⁷ OIT, ASSESSMENT OF THE WAGE PROTECTION SYSTEM IN QATAR, (junio de 2019), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_726174.pdf.

de los empleadores para pagar los salarios, por ejemplo, como consecuencia de estar en la quiebra.

Sin embargo, esto dista mucho de la realidad en muchos países del CCG, con algunas excepciones en los EAU y Qatar.

Lo que resta de este artículo se centra en algunas de las iniciativas prometedoras en materia de recuperación salarial que se han puesto en marcha recientemente en Qatar y los EAU, con especial atención al acceso rápido a la adjudicación en la recuperación salarial, una consideración importante dado que los tribunales a menudo pueden tardar años en resolver una reclamación y es muy poco probable que la persona trabajadora se quede para presentar una reclamación contra un empleador.

Qatar

En agosto de 2017 Qatar aprobó una ley por medio de la cual se creaba el Comité de Resolución de Conflictos, un mecanismo cuasi judicial de resolución acelerada de conflictos laborales cuyo objetivo es mejorar el acceso a la justicia al resolver los conflictos laborales en un plazo de tres semanas desde que la persona trabajadora presenta una denuncia.²⁸ La persona trabajadora puede presentar una denuncia de manera presencial o virtual y existen documentos de orientación en línea en las principales lenguas habladas en Qatar. Tras presentar la denuncia, todas las comunicaciones se envían por SMS al móvil de la persona trabajadora. Se notifica al empleador, ya que se convierte en parte en un conflicto laboral. Generalmente se organizan una o dos reuniones de conciliación en las que participan personas que trabajan en el Ministerio de Trabajo, el empleador y la persona trabajadora. Si en las reuniones no se llega a un acuerdo el caso se transfiere a un Comité de Resolución de Conflictos. Sin embargo, después de recibir un resultado favorable del Comité de Resolución de Conflictos, la persona trabajadora suele tener

²⁸ Los Comités de Resolución de Conflictos están presididos por un juez y emiten decisiones judiciales legalmente aplicables. En 2022, el número de Comités de Resolución de Conflictos pasó de tres a cinco. Decisión del Consejo de Ministros nº 6 de 2018 sobre la creación del Comité de Resolución de Conflictos de las personas trabajadoras, las normas y procedimientos que deben seguirse ante él, el mecanismo de ejecución de sus decisiones y la fijación de sus recompensas. Ver también Estado de Qatar, QATAR'S LABOUR DISPUTE RESOLUTION EXPLAINED - A GUIDE FOR WORKERS: DISPUTE-RESOLUTION_FLOWCHART-R3, [en adelante, Dispute Resolution Flowchart], https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_773305.pdf.



© Noushad Thekkayil / Shutterstock

que presentar una demanda ante el Tribunal de Cumplimiento para que la decisión se ejecute.

Aunque los Comités se crearon en marzo de 2018, la duración de los procedimientos y el cumplimiento se alargaron considerablemente más allá del plazo establecido originalmente en la legislación.²⁹ En noviembre de 2018 el gobierno qatarí anunció la creación del Fondo de Apoyo y Seguro para Personas Trabajadoras (Workers' Support and Insurance Fund),³⁰ el cual pagaría a las personas trabajadoras si obtenían un resultado favorable del Comité de Resolución de Conflictos; sin embargo, el Tribunal de Cumplimiento no había podido garantizar el pago de los salarios de las personas trabajadoras. Esto era especialmente importante para las personas trabajadoras cuyos empleadores eran insolventes, estaban en la quiebra o eran incapaces de pagar por cualquier otro motivo. A pesar de ello los casos seguían avanzando lentamente. En abril de 2022 el Fondo emitió una decisión que establecía las condiciones y procedimientos relativos al desembolso de las cuotas y prestaciones de las personas trabajadoras, a saber, que desembolsaría los fondos en función de las decisiones finales del Comité de Resolución de Conflictos, las decisiones del tribunal especializado o en situaciones de emergencia y excepcionales y por el bien común.³¹

²⁹ Amnesty Int'l, *Qatar: All work, no pay: The struggle of Qatar's migrant workers for justice*, Índice AI MED 22/0793/2019 (19 de septiembre de 2019), <https://www.amnesty.org/en/documents/mde22/0793/2019/en/>.

³⁰ Law No. 17 of 2018 to Establish the Workers' Support and Insurance Fund, Qatar Legal Portal (Qatar), <https://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=7798&language=ar> (visitado el 4 de abril de 2023).

³¹ James Cockayne, *Developing Freedom: The Sustainable Development Case for Ending Modern Slavery, Forced Labour*

La decisión también preveía la creación de una plataforma electrónica dedicada a las solicitudes de desembolso de fondos. Según la decisión, en caso de fallecimiento, sus supervivientes tienen derecho a solicitar el pago de las prestaciones de la persona trabajadora.³²

Tras esta decisión los desembolsos se aceleraron rápidamente y, en noviembre de 2022, el Fondo había desembolsado más de 320 millones de dólares en concepto de salarios y prestaciones impagados.³³ De hecho, más de 160 millones de dólares se pagaron solo en los tres meses comprendidos entre julio y septiembre de 2022.

No obstante, cabe destacar tres limitaciones:

- Las personas trabajadoras no pueden acudir directamente al Fondo de Apoyo y Seguro, sino que deben presentar una reclamación ante el Comité de Resolución de Conflictos, que suele tardarse en tramitarla, lo que puede no ser una opción para las personas trabajadoras que necesitan regresar rápidamente a sus países de origen;
- Los Comités de Resolución de Conflictos son mucho más accesibles para las personas trabajadoras migrantes (al menos en teoría) que la mayoría de los procesos judiciales: los comités atienden los litigios tanto en inglés como en árabe y trabajan en horario extendido. Sin embargo, a las personas trabajadoras aún les puede resultar difícil realizar los procesos, sobre todo en lo que respecta a la documentación requerida (por ejemplo, se les sigue exigiendo que preparen un cálculo de sus pérdidas y todos los demás documentos judiciales en árabe).³⁴
- El desembolso máximo de los derechos financieros tiene un tope máximo de aproximadamente 5.500 dólares estadounidenses o un salario de tres meses para las personas empleadas por una empresa activa; 3.200 dólares o un salario de dos meses para personas empleadas por una empresa en la quiebra y solo 2.100 dólares o un salario de hasta tres meses para

las personas trabajadoras domésticas.³⁵ La cantidad mucho más baja que se ofrece a las personas trabajadoras domésticas no se explica y podría considerarse discriminatoria, sobre todo teniendo en cuenta que el objetivo del fondo es “proporcionar pagos salariales, apoyo humanitario y servicios sociales de forma eficaz, coherente y no discriminatoria”.³⁶

Emiratos Árabes Unidos

En los EAU, y en particular en el emirato de Abu Dabi, también se han introducido una serie de reformas para facilitar las reclamaciones salariales de las personas trabajadoras. En 2018, el Departamento Judicial de Abu Dabi introdujo “tribunales laborales móviles”, que se desplazaban a los campos de trabajo de todo el emirato, con el fin de conocer y decidir los casos “in situ”. También en 2018, el Departamento Judicial de Abu Dabi estableció un “tribunal laboral de un día” para acelerar las sentencias y resolver los litigios entre personas trabajadoras y empleadores cuando el valor de la demanda era inferior a unos 5.000 dólares estadounidenses. Lamentablemente, el gobierno no ha hecho públicos datos fiables ni se ha llevado a cabo una evaluación independiente de los tribunales móviles y los tribunales de un día. Según los comunicados de prensa del gobierno, los tribunales móviles entregaron más de 157 millones de dólares estadounidenses en salarios impagados a 53.000 personas trabajadoras en respuesta a las reclamaciones presentadas por estas personas entre enero de 2019 y junio de 2020.³⁷

También en 2018, el Ministerio de Recursos Humanos y Emiratización (MoHRE, por sus siglas en inglés) puso en marcha una póliza de seguros para las personas trabajadoras, denominada “Taa-meen”, que puede utilizarse para compensar a las personas trabajadoras por los salarios impagados. Según el sistema actual, una empresa puede elegir entre proporcionar una garantía bancaria, de un banco que opere en los EAU por un mínimo de 3.000 AED (unos 816 dólares estadounidenses) por cada persona

and Human Trafficking, UNITED NATIONS UNIVERSITY CENTRE FOR POLICY RESEARCH AS (UNU-CPR) en 223-224 (2021), <https://www.developingfreedom.org/report/>.

³² 'Sanduq da'īm al-ūmmal yu'īlin ijra'at saref al-ūjur al-muta'akhira lil ūamala wa ūuqbat sahib al-ūamal', Al-Sharq, <https://shrq.me/pboaky> (visitado el 5 de abril de 2023).

³³ OIT, PROGRESS REPORT ON THE TECHNICAL COOPERATION PROGRAMME BETWEEN THE GOVERNMENT OF QATAR AND THE ILO (noviembre de 2022), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/---ilo-qatar/documents/publication/wcms_859839.pdf.

³⁴ Dispute Resolution Flowchart, nota *supra* 29.

³⁵ Gobierno de Qatar, , DECISION OF THE CHAIRMAN OF THE BOARD OF DIRECTORS OF THE WORKERS' SUPPORT AND INSURANCE FUND No. (2) OF 2022 ON THE PROVISIONS AND PROCEDURES FOR DISBURSING WORKERS' ENTITLEMENTS (UNOFFICIAL TRANSLATION), https://www.migrant-rights.org/wp-content/uploads/2022/11/wcms_854088.pdf.

³⁶ OIT, RECOMMENDATIONS ON THE ESTABLISHMENT OF THE WORKERS' SUPPORT AND INSURANCE FUND IN QATAR: DRAWING FROM INTERNATIONAL EXPERIENCE, en 1 (noviembre de 2019), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/documents/publication/wcms_726175.pdf.

³⁷ Bassina Farbenblum & Laurie Berg, nota *supra* 19 en 24.

trabajadora, o comprar una póliza de seguro para la persona trabajadora que tiene una cobertura de seguro máxima de 20.000 AED (5.500 dólares estadounidenses) para cada persona trabajadora y protegerla de la quiebra de la empresa o de la falta de obtención de los pagos que se le deban de manera legítima.³⁸ Aunque el plan de seguros lleva funcionando varios años, hasta la fecha tampoco existen datos fiables ni una evaluación independiente de esta iniciativa.

Conclusión

La recuperación de los salarios impagados o de las prestaciones por fin de servicio sigue siendo un enorme reto para muchas personas trabajadoras migrantes del CCG. Sin sindicatos, comités de personas trabajadoras u organizaciones activas de la sociedad civil que puedan mantener la presión sobre los empleadores y apoyar a las personas trabajadoras a través de un proceso judicial, la mayoría de estas personas simplemente se resignan a nunca obtener justicia. A pesar de la promesa de los sistemas electrónicos de protección salarial, estos no son accesibles ni están diseñados para compensar a las personas trabajadoras. Sin embargo, las recientes reformas que crean un proceso institucional que indemniza a las personas trabajadoras (sin exigirles que estén detrás del empleador para obtener la indemnización) son un avance positivo, así como el Fondo de Apoyo y Seguro para Personas Trabajadoras en Qatar y el requisito de seguro/garantía bancaria en los EAU, aunque todavía se necesita un análisis de los datos y una evaluación independiente.

³⁸ Ministerial Resolution No. 318 of 2022 Concerning Bank Guarantees and Employees Protection Insurance Scheme (E.A.U.).

POBLACIÓN REFUGIADA UCRANIANA EN POLONIA: CÓMO HACER FRENTE A PRÁCTICAS DE ABUSO ARRAIGADAS DE CARA A UNA NUEVA REALIDAD

LEONID STOIKOV

Polonia, Ucrania | Escrito originalmente en inglés

Introducción

Según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, desde el comienzo de la agresión militar a gran escala por parte de Rusia,¹ aproximadamente 8 millones de personas han tenido que huir de Ucrania, lo cual ha desbordado a los países vecinos. Esta situación ha creado presión sobre los sistemas de protección social de los países receptores y ha inundado sus mercados laborales con millones de personas desesperadas que necesitan trabajo.

La mayoría de los países de acogida están intentando adaptar sus sistemas a esta realidad. De hecho, algunos informes muestran que la economía de la Unión Europea se ha beneficiado de la llegada de la población refugiada ucraniana, ya que la gran mayoría necesita encontrar trabajo. Esto se ha traducido en un crecimiento del PIB en los países receptores, particularmente en Polonia.² Se calcula que la contribución a la tasa de crecimiento anual del PIB de la República Checa, Polonia y Estonia será de aproximadamente el 1,2% anual y la contribución de la población trabajadora migrante al PIB de Hungría, Letonia, Eslovaquia, Lituania y Rumanía será de casi el 0,8%.³ Según la estimación del Fondo Monetario Internacional, el impacto fiscal a corto plazo derivado del flujo

de personas migrantes/refugiadas a la UE será positivo, con aproximadamente 30.000-37.000 millones de euros o el 0,19-0,23% del crecimiento del PIB⁴ de la UE. Además, el Banco Central Europeo ha estimado que se espera que la afluencia de personas refugiadas ucranianas provoque un aumento gradual de la población laboralmente activa de la zona euro. Con todos estos supuestos, los cálculos aproximados apuntan a un aumento promedio de entre el 0,2% y el 0,8% de la población activa de la zona euro a mediano plazo.⁵

Marco Jurídico De Las Personas Trabajadoras Migrantes en Polonia

Polonia es el principal país receptor y de tránsito para personas refugiadas ucranianas. Una vez iniciada la invasión rusa, la sociedad polaca respondió con apoyo desinteresado a Ucrania y a quienes huían del país buscando refugio. El gobierno polaco también reconoció que la economía polaca se beneficia de la abundancia de personas trabajadoras migrantes, ya que gran parte de la ciudadanía polaca también ha migrado por motivos laborales, lo que ha creado escasez en el mercado laboral polaco. Incluso con los millones de personas refugiadas que llegan a Polonia, el país tiene la segunda tasa de desempleo más baja de la Unión Europea.⁶ Como subrayó un

¹ U.N. High Commissioner for Refugees (UNHCR), OPERATIONAL DATA PORTAL: UKRAINE REFUGEE SITUATION, <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine> (visitado el 10 de abril de 2023).

² Pawel Strzelecki, Jakub Grwec & Robert Wyszynski, *The contribution of immigration from Ukraine to economic growth in Poland*, 158 REVIEW OF WORLD ECONOMICS 365-399 (2022), <https://link.springer.com/article/10.1007/s10290-021-00437-y>.

³ Olga Tucha et al., *Вплив українських мігрантів на економіку країни-реципієнтів [Impacto de la población migrante ucraniana en las economías de los países receptores]*, NATIONAL BANK OF UKRAINE REPORT (Diciembre, 2022), https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Migration_impact_2022-12-15.pdf?v=4.

⁴ Nicolo Bird, David Amaglobeli, *Policies to Address the Refugee Crisis in Europe Related to Russia's Invasion of Ukraine*, IMF NOTES No. 2022/003 (2022) <https://www.imf.org/en/Publications/IMF-Notes/Issues/2022/09/08/Policies-to-Address-the-Refugee-Crisis-in-Europe-Related-to-Russias-Invasion-of-Ukraine-522662>.

⁵ Vasco Botelho, *The impact of the influx of Ukrainian refugees on the euro area labour force*, 4 ECB ECONOMIC BULLETIN (2022) https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2022/html/ecb.ebbox202204_03~c9ddc08308.en.html.

⁶ UNEMPLOYMENT RATE IN THE EUROPEAN UNION AS OF OCTOBER 2022, <https://www.statista.com/statistics/1115276/unemployment->

político polaco, “solo quienes no quieren trabajar, no encuentran trabajo en Polonia”.⁷ Se puede pensar que en una situación así, cuando un país necesita población trabajadora, las personas migrantes serán acogidas en condiciones decentes y no se abusará de ellas.

Si bien Polonia dependía y depende de la mano de obra migrante, el empleo para este grupo nunca ha sido fácil. Antes de la invasión, la población que no pertenecía a la UE, incluida la ucraniana, tenía que obtener un permiso para trabajar legalmente.⁸ Además, se expedía una visa de larga duración para la persona extranjera por el periodo establecido en el permiso de trabajo y, a continuación, se expedía un permiso de residencia temporal que también estaba basado en el permiso de trabajo.⁹ Sin embargo, el permiso de residencia podía ser revocado en caso de pérdida del empleo.¹⁰ Toda persona extranjera tiene la obligación, en virtud de la ley, de informar la pérdida de empleo a los organismos gubernamentales correspondientes en un plazo de 15 días y dispone de 30 días para encontrar otro trabajo, solicitar otro permiso de trabajo y pedir que se realicen los cambios correspondientes en el permiso de residencia.¹¹

La renuncia al trabajo podía dejar a la persona migrante sin otra opción que trabajar ilegalmente mientras se tramita el permiso para el nuevo trabajo. Según la ley, la multa por trabajar ilegalmente es de hasta 5.000 zlotys (unos 1.200 dólares estadounidenses), lo que resulta perjudicial para las personas trabajadoras que ganan un salario mínimo de 3.010 zlotys (unos 690 dólares estadounidenses).¹² Además, podría generar la expulsión de la población trabajadora migrante de Polonia y la prohibición de volver a entrar en el país y en otros países del espacio Schengen durante un periodo de 1 a 3 años.¹³

Esta situación empeoró cuando se introdujeron las restricciones por COVID-19. Aunque los permisos de trabajo, las visas y los permisos de residencia se prorrogaron gracias a la legislación de emergencia adoptada, el periodo de espera para obtener un nuevo permiso de trabajo en algunas regiones del país llegó a ser de 3 a 5 meses. Esto generó serias dificultades para que las personas trabajadoras migrantes pudieran cambiar de trabajo y mantenerse dentro del marco legal.

Cambios Legislativos en Polonia Para La Población Refugiada Ucraniana

Tras la invasión rusa de Ucrania, Polonia adoptó la ley de emergencia del 12 de marzo de 2022 “sobre la asistencia a la ciudadanía ucraniana en relación con el conflicto armado en el territorio de este Estado”.¹⁴ Esta ley eliminó el requisito de la solicitud de permiso de trabajo para la población ucraniana. La confirmación de la legalidad de su presencia en Polonia es suficiente para ser contratada.¹⁵ Además, según el Art. 23. 1 de la ley, la población ucraniana cuya estancia en Polonia se considera

“Como se evidencia, la permanencia legal de una persona trabajadora extranjera en el país depende de quien la emplea. Además, a medida que aumentaba la cantidad de población trabajadora migrante en Polonia, aumentaban las dificultades de las autoridades para tramitar todas las solicitudes a tiempo.”

[in-europe-by-country/](#) (visitado el 20 de abril de 2023).

⁷ Monika Górecka-Czuryłło, *Pracy nie mają ci, Ktorzy pracować nie chcą*, [Solo quienes no quieren trabajar, no encuentran trabajo] RZECZPOSPOLITA (2008) <https://www.rp.pl/wydarzenia/art8337831-pracy-nie-maja-ci-ktorzy-pracowac-nie-chca>.

⁸ Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy [Ley de 20 de abril de 2004 sobre el fomento del empleo y las instituciones del mercado laboral] en el art 87, (2004) (Pol.) <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu20040991001>.

⁹ *Id.* en el art. 114.

¹⁰ *Id.* en el art. 101.

¹¹ *Id.* en el art.123.

¹² El salario mínimo se incrementó a 3.490 zlotys en 2023 (aproximadamente 790 dólares estadounidenses).

¹³ Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach [Ley de Extranjería, diciembre de 2013] en los art. 318, 319 (2013) (Pol.) <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=wdu20130001650>.

¹⁴ Ustawa z dnia 12 marca 2022 r. o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa [Ley del 12 de marzo de 2022 sobre la asistencia a la ciudadanía ucraniana en relación con el conflicto armado en el territorio del país] (2022) (Pol.) <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20220000583>.

¹⁵ *Id.* en el art 22.1.

legal, puede emprender y realizar actividades empresariales en el país con las mismas normas que la ciudadanía polaca.

La mayor parte de la mano de obra migrante que llega a Polonia, que es población refugiada ucraniana, disfruta prácticamente de los mismos derechos laborales que la ciudadanía de la UE y, por supuesto, del mismo conjunto de derechos humanos y laborales establecidos en la legislación polaca. Polonia, como miembro de la Unión Europea, reconoce los principales actos internacionales en materia de derechos humanos y laborales y los ha consagrado en su legislación nacional.¹⁶

“Las mujeres ucranianas que huyeron de la guerra buscan oportunidades para ganar dinero realizando tareas domésticas y cuidando personas ancianas. Es difícil porque no conocen el idioma y han vivido una tragedia, y los empleadores se aprovechan de la situación y bajan los salarios. Las mujeres y las personas trabajadoras domésticas no conocen sus derechos”.¹⁷

Estos son algunos de los derechos laborales básicos según el Código Laboral polaco:¹⁸

- El derecho a elegir libremente un trabajo:

¹⁶ Polonia, como miembro de la Unión Europea, reconoce el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales adoptado en 1950 por el Consejo de Europa. Ver *Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, MINISTERSTWO RODZINY I POLITYKI SPOŁECZNEJ [MINISTERIO DE LA FAMILIA Y DE LA POLÍTICA SOCIAL] <https://www.gov.pl/web/rodzina/europejska-konwencja-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosci> (visitado el 20 de abril de 2023). Además, Polonia ha ratificado 92 convenios y 1 protocolo de la OIT. Entre ellos, el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); el Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) y otros. Ver International Labour Organization (ILO), RATIFICATIONS FOR POLAND https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102809 (visitado el 20 de abril de 2023).

¹⁷ Julia Theus, *Praca za mieszkanie, jedzenie i pól wypłaty. Pracodawcy wykorzystują wojnę do wyzysku Ukrainek [Trabajar a cambio de vivienda, comida y medio sueldo. Los empresarios aprovechan la guerra para explotar a las mujeres ucranianas]*, OKO.PESS (2022) <https://oko.press/pracodawcy-wykorzystuja-wojne-do-wyzysku-ukrainek> (visitado el 20 de abril de 2023).

¹⁸ USTAWA z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy [Ley del 26 de Junio de 1974, Código del Trabajo] (1974) (Pol.) <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19740240141/U/D19740141Lj.pdf>.



© All-Poland Alliance of Trade Unions

toda persona empleada en Polonia puede elegir la profesión en la que desea trabajar. Las excepciones solo se aplican a situaciones en las que la prohibición de realizar un trabajo determinado está definida por la ley (por ejemplo, cuando se requiere un certificado de antecedentes penales para realizar un trabajo y la persona trabajadora no lo tiene).

- El derecho a un salario digno: ningún trabajo puede realizarse gratuitamente y las tarifas salariales mínimas son fijadas por el Estado.
- Igualdad de derechos por realizar las mismas tareas, incluida la misma remuneración por el mismo trabajo.

Explotación Continua De La Población Trabajadora Refugiada en Polonia

El enorme número de personas refugiadas desesperadas en busca de trabajo crea infinitas oportunidades para distintos tipos de explotación laboral, incluido el robo de salarios. El concepto de “robo de salario” engloba una amplia gama de prácticas, dentro de las que se encuentran: la clasificación errónea de personas como “independientes” y fuera del ámbito de aplicación del marco del Salario Mínimo Nacional, la omisión del pago de horas extra o de vacaciones, deducciones ilegales y falta de transparencia en relación con los derechos salariales.¹⁹ Esto está vinculado a preocupaciones públicas más amplias sobre la aplicación efectiva del régimen del salario mínimo legal y el incumplimiento por parte del empresario del pago total o parcial de la

¹⁹ Sarah Green, *Wage Theft as a Legal Concept in CRIMINALITY AT WORK* (Alan Bogg ed. 2020) en 134 <https://academic.oup.com/book/36923/chapter-abstract/322194518?redirectedFrom=fulltext>.

remuneración a la que tiene derecho una persona trabajadora, en virtud de la legislación aplicable o del contrato de trabajo escrito o verbal.²⁰

Según la legislación polaca, el robo de salarios puede entenderse como una violación de algunos de los derechos laborales consagrados en el Código de Trabajo, entre los que se incluyen: el derecho a un salario digno, la igualdad de derechos por realizar las mismas tareas y el derecho a una remuneración en caso de despido. Sin embargo, los casos laborales no se limitan a los salarios, son más complejos e incluyen también abusos de otros derechos. Se han denunciado múltiples situaciones, empezando por las primeras oleadas de población refugiada compuestas en su mayoría por mujeres, niñas y niños. Gran parte de estas personas tuvieron que trabajar a cambio de alojamiento, comida y la mitad del salario. Algunas veces las personas refugiadas debieron trabajar horas extra y alcanzaron jornadas de más de diez horas.²¹

Si las personas trabajadoras planteaban sus inconformidades frente a las garantías de salud y seguridad laborales en su lugar de trabajo, solían ser despedidas sin paga y sin percibir los salarios de sus días anteriores de empleo.²²

Las razones de esta explotación son muchas. Entre ellas está el escaso conocimiento de sus derechos, así como el limitado acceso a la justicia. Cabe señalar que este último no implica necesariamente obstáculos legales dirigidos específicamente a la población migrante o una mala legislación en sí.

²⁰ Bassina Farbenblum y Laurie Berg, MIGRANT WORKERS' ACCESS TO JUSTICE FOR WAGE THEFT: A GLOBAL STUDY OF PROMISING INITIATIVES (2021), <https://www.solidaritycenter.org/wp-content/uploads/2021/12/Migrant-Workers-Access-to-Justice-for-Wage-Theft-Publication.pdf>.

²¹ Maciej Orłowski, *Tak wykorzystuje się Ukrainki. "Pracują ponad siły po kilkanaście godzin. Czasem bez wypłaty [Así explotan a las mujeres ucranianas. "Trabajan más allá de sus fuerzas durante varias horas seguidas. A veces sin cobrar"]*. NEWSWEEK, <https://www.newsweek.pl/polska/spoleczenstwo/hieny-sie-obudzily-jak-wykorzystuje-sie-ukrainki-w-polsce/6lc979c> (visitado el 20 de abril de 2023).

²² Unions Help Refugees, FACEBOOK (Junio 21, 2022) <https://www.facebook.com/UnionsHelpRefugees/photos/a.100706182590968/136390979022488/>.

"Por ejemplo, la legislación laboral polaca ofrece múltiples garantías a las personas trabajadoras migrantes y, a diferencia de otros países, Polonia cuenta con una Inspección de Trabajo fuerte y tribunales laborales especializados. Sin embargo, el escaso conocimiento de sus derechos por parte de la población trabajadora migrante, el desconocimiento de la lengua local y la desconfianza en el sistema jurídico del país de acogida son algunos de los obstáculos en el camino hacia la justicia."

Además, en el caso de personas refugiadas, la situación desesperada en la que se encuentran también juega un papel importante.

La mayoría de la población trabajadora migrante, especialmente la refugiada, no recurre a la justicia porque no confía en el sistema legal. En el caso del trabajo informal, por ejemplo, pueden recibir multas y deportaciones o enfrentarse a consecuencias como perder su empleo y la capacidad de mantener a sus familias. Además, la asistencia jurídica profesional no es barata y el procedimiento en sí puede durar mucho tiempo, por lo que una persona trabajadora migrante simplemente no puede permitírselo.

La población refugiada que no puede regresar a su país no tiene muchas opciones. Es probable que incluso acepte una oferta de trabajo poco fiable o que acepte trabajar extraoficialmente bajo el argumento de un salario más alto, ya que quien emplea se ahorra dinero en impuestos, prestaciones sociales, seguros, etc. O, en algunos casos, aceptar incluso un "periodo de prueba" sin remuneración.²³

Es importante comprender que, hasta hace poco, seguía habiendo una fase de "luna de miel" entre la ciudadanía polaca y la población refugiada que buscaba trabajo en el país, pero dicha fase está llegando a su fin. Como el Gobierno no consigue aplicar con éxito un programa de reparto equitativo de las personas refugiadas en busca de trabajo entre los centros urbanos y las zonas rurales, la escasez de ofertas de empleo en las grandes ciudades se ha convertido en una fuente creciente de tensiones. Esta situación

²³ *Praca "na próbie" bez wynagrodzenia? Wakacje to czas nieuczciwych przedsiębiorców [¿Un trabajo "de prueba" sin remuneración? Las vacaciones son el tiempo de los empresarios deshonestos]*, FORSAL.PL, (Junio 21, de 2022) <https://forsal.pl/praca/aktualnosci/artykuly/8496233.praca-nieuczciwi-przedsiębiorcy-dzien-probny-bez-wynagrodzenia.html> (visitado el 20 de abril de 2023).

tiene dos consecuencias principales: por un lado, quienes emplean encuentran que es más fácil sacar provecho de la necesidad desesperada de la población migrante por encontrar un empleo y, por otro, se crea un ambiente propicio para la creencia de que la población trabajadora migrante están robando puestos de trabajo a la ciudadanía local.

Recomendaciones

¿Qué se puede hacer para resolver este problema? Como el problema en sí no tiene una razón principal, sino que es una cuestión compleja, no puede haber una respuesta sencilla. Para abordar el problema debe aplicarse un enfoque de varios niveles. No bastará con crear una red de clínicas jurídicas para personas trabajadoras migrantes en un país concreto, ya que esto solo servirá para abordar problemas puntuales y, en el mejor de los casos, tendrá un impacto mínimo en la situación general. Para afrontar el problema será prudente que cada una de las razones principales se aborde como parte de un sistema complejo. A continuación figuran nuestras recomendaciones y ejemplos sobre cómo combatir de forma integral la explotación continua de la población trabajadora migrante y refugiada en Polonia:

1. Cursos de adaptación y formación para personas migrantes y refugiadas

Estos no deben centrarse únicamente en el idioma del país de acogida, sino que deben permitir una formación centrada en cómo desenvolverse en el mercado laboral y en los sistemas jurídicos y sociales del país de acogida. Deben explicar las peculiaridades del cálculo salarial en el país, incluido el sistema de jubilación, así como los conocimientos básicos para evitar posibles abusos. Es imposible sustituir la experiencia de crecer en el país y todos los conocimientos y habilidades que proporciona; sin embargo, incluso un indicio de dicha experiencia puede hacer que navegar por la nueva realidad resulte más sencillo y menos aterrador.

Uno de los ejemplos de este tipo de formación es la iniciativa "Mamo pracuj" ("Mamá, trabaja") que funciona en Polonia. Quienes fundaron *Mamo pracuj* pusieron en marcha un programa específico para mujeres ucranianas que buscaban trabajo en Polonia poco después del estallido de la guerra en febrero. Gracias a más de 100 personas voluntarias expertas (como personas reclutadoras, gestoras de recursos humanos y orientadoras profesionales), para

septiembre de 2022 se había ayudado a unas 500 refugiadas ucranianas a encontrar un trabajo digno en Polonia.²⁴ Este programa proporcionó a las personas migrantes y refugiadas las competencias y la formación necesarias para poder encontrar un trabajo digno en Polonia.



© Trade Union of Railways and Transport Construction Workers

2. Una campaña destinada a concientizar a la población trabajadora migrante sobre sus derechos

Se trata de crear una campaña centrada en ayudar a las personas trabajadoras migrantes a comprender qué derechos tienen en el país de acogida/destino. De este modo, podrán reconocer mejor las ofertas de empleo fraudulentas, así como los comportamientos deshonestos por parte de los empleadores.

Un buen ejemplo de esto fue la campaña de información contra el tráfico de personas, una iniciativa conjunta de los Ferrocarriles Ucranianos, el Sindicato de Personas Trabajadoras de la Construcción Ferroviaria y del Transporte y el Consejo Regional de Sindicatos de Kiev, que contó con el apoyo de la OIT en Ucrania. Esta iniciativa se puso en marcha en todos los trenes de personas con destino al oeste del país.²⁵ Cada mes, entre 50.000 y 70.000 pasajeras y pasajeros de trenes interurbanos que circulan por Ucrania se informan sobre los riesgos del trabajo forzoso, la trata de seres humanos y las normas de seguridad. La mayoría son personas

²⁴ *Mamo Pracuj i Talenti dla kobiet z Ukrainy! [¡Mamá, trabajo y talento para mujeres de Ucrania!], MAMO PRACUJ <https://mamopracuj.pl/mamo-pracuj-i-talenti-dla-kobiet-z-ukrainy/> (visitado el 20 de abril de 2023)*

²⁵ ILO PROJECT TOWARDS SAFE, HEALTHY AND DECLARED WORK IN UKRAINE (2022) <https://sway.office.com/tpPPLR7YPT7qWrIV?ref=Link> (visitado el 20 de abril de 2023).

desplazadas internas o que huyen hacia el extranjero o han regresado recientemente. La campaña de información se lanzó a principios de abril de 2022 y está planteada para durar hasta el final de la guerra. Casi 400.000 personas fueron contactadas y atendidas por inspectoras e inspectores de trabajo sobre cómo mitigar los riesgos de ser víctima de trata de personas o de trabajo forzoso.

3. Una red de clínicas jurídicas gratuitas

Esta debe disponer de los recursos necesarios para tratar cuestiones sencillas y ofrecer asesoramiento jurídico, así como para representar a la población trabajadora migrante ante los tribunales. Una de las razones del limitado acceso a la justicia en caso de robo de salario para las personas trabajadoras migrantes es, en realidad, el mismo robo de salario. La asistencia jurídica cualificada y profesional es costosa y es más probable que una persona trabajadora migrante simplemente se quede con lo que tiene a que intente combatir el robo de salario arriesgándose a perder aún más dinero y quedarse sin medios para sobrevivir.

Un ejemplo de esto es la iniciativa Unions Helping Refugees (UHR) –Sindicatos ayudando a personas refugiadas–, lanzada por la Alianza Panpolaca de Sindicatos (OPZZ, por sus siglas en polaco) y apoyada, entre otros, por el Centro de Solidaridad.²⁶ UHR se centra en brindar asistencia jurídica, ayudar a navegar por el sistema de derecho laboral en Polonia y ejecutar la legislación aplicable con el fin de ayudar a las personas refugiadas. El enfoque más habitual consiste en proporcionar a la población migrante las herramientas necesarias para defender sus derechos por medio de la explicación de las disposiciones del contrato y la preparación para la negociación con el empleador. En caso de que las negociaciones no funcionen, se puede animar y ayudar a la persona a presentar una denuncia ante las instituciones correspondientes, como la inspección de trabajo y, en última instancia, los tribunales de justicia. Algunos ejemplos recientes de esto incluyen el caso de una joven ucraniana cuyo empleador estableció la práctica de no pagar a quienes trabajaban para su empresa.²⁷ O el caso de una organización local de la sociedad civil que empleó a una refugiada ucraniana como

“voluntaria” y no le pagó ni siquiera su salario extraoficial.²⁸

4. Esfuerzo de sindicalización entre la población migrante

Organizar a las personas trabajadoras migrantes y refugiadas es de suma importancia para explicarles las ventajas de estar en un sindicato, así como para animar a los sindicatos locales polacos a organizar a la población trabajadora migrante de sus sectores. Las personas migrantes desesperadas e inseguras pueden actuar como rompehuelgas en el momento en que un sindicato local decida tomar acción y, por tanto, son útiles para los empresarios inescrupulosos. Una persona trabajadora migrante acabará siendo utilizada en un conflicto entre un sindicato y un empresario, bien sea por el empresario o por el sindicato.

Sin embargo, la mayoría de sindicatos no entiende que es mejor contar con las personas trabajadoras migrantes para reforzar las filas y la posición de su sindicato en un posible conflicto, en lugar de considerarlas como “otro enemigo”. La falta de comprensión de que una persona trabajadora ciudadana tiene más en común con una persona migrante del otro lado del mundo que con quienes dirigen las empresas, aunque hayan crecido al otro lado de la calle, es un problema tanto para las personas trabajadoras migrantes como para las locales.

Además, los sindicatos numerosos y con éxito pueden apoyar a la población trabajadora migrante en su búsqueda de justicia e incluso proporcionar fondos para cubrir los honorarios de las asesorías legales y, con ello, hacer que la justicia sea accesible para las personas trabajadoras migrantes y que las ofertas de empleo sean más equitativas.

5. Campañas de apoyo para animar al gobierno a adoptar políticas eficaces

Esto podría no ser fácil, ya que el gobierno podría considerar a la población trabajadora migrante como un grupo ideal en tanto alimenta la economía, paga impuestos y no vota. Por tanto, preocupan menos a quienes hacen política, ya que no pueden ayudarles en su reelección.

Sin embargo, las personas trabajadoras migrantes pueden ayudar a la economía del país

²⁶ Tula Connell, *Polish Federation Safeguards Ukrainian Migrant Worker Rights*, SOLIDARITY CENTER (Mayo 23, 2022) <https://www.solidaritycenter.org/polish-federation-safeguards-ukrainian-migrant-worker-rights/> (visitado el 20 de abril de 2023).

²⁷ Unions Help Refugees, *supra* nota 22.

²⁸ *Id.*

a mantenerse a flote, como ocurre con el ejemplo de Polonia, con lo cual ayudan al gobierno a garantizar la estabilidad del país, mantener el flujo fiscal y el bienestar de la ciudadanía. Además, la situación actual en la UE demuestra que los gobiernos realmente intentan animar a la población trabajadora extranjera, en particular a la refugiada ucraniana, a echar raíces en los países receptores y trabajar por el bienestar de su economía. Por lo tanto, si un país necesita mano de obra extranjera, el gobierno debe hacer que las políticas del país sean más acogedoras para quienes migran, incluida la introducción de una mayor responsabilización de los empleadores por comportamientos fraudulentos en relación con las personas trabajadoras migrantes y un sistema en el que la responsabilidad por el robo de salarios, el empleo no oficial y la explotación sea dura e inevitable. "Voces de los polacos", una organización de la sociedad civil, lleva años señalando que la legislación polaca en materia de empleo de personas extranjeras está totalmente desactualizada; nadie podía haber previsto que Polonia resultaría tan atractiva para personas trabajadoras migrantes. Tras años de reivindicaciones, en Polonia se han logrado introducir cambios demorados pero necesarios.²⁹ En concreto, se presentó el proyecto de ley sobre empleo de extranjería, cuya aprobación está prevista para los próximos meses.³⁰

Los cambios más importantes son:

- Las oficinas locales de trabajo registrarán los permisos de trabajo. De este modo, será más fácil comprobar si quien emplea cumple los requisitos salariales.
- Los trámites relacionados con la obtención de un permiso de trabajo para personas extranjeras se digitalizarán por completo (la funcionalidad del sistema digital aún está por ampliar); El trabajo estacional se mantiene durante 9 meses.
- Supresión de la llamada "prueba del mercado laboral" al solicitar un permiso de trabajo, que exigía comprobar si hay personas desempleadas registradas en el mercado

²⁹ Tetiana Sharapova, *Polscy pracodawcy nie będą już mogli płacić Ukraińcom mniej [Los empresarios polacos ya no podrán pagar menos a las personas ucranianas]*, UKRAINIAN IN POLAND, (Septiembre 21, 2022), <https://www.ukrainianinpoland.pl/equal-salaries-for-ukrainians-and-poles-pl/> (visitado el 20 de abril de 2023).

³⁰ Projekt ustawy o zatrudnieniu cudzoziemców - Kancelaria Prezesa Rady Ministrów [Proyecto de Ley sobre Empleo de Personas Extranjeras], Gobierno de Polonia <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zatrudnieniu-cudzoziemcow> (visitado el 20 de abril de 2023).

laboral local que puedan ser contratadas. La ciudadanía polaca desempleada tiene prioridad en el empleo sobre la población extranjera.

- También se suprimirán los procedimientos separados relativos a la prórroga de un permiso de trabajo, que se expiden actualmente, cuando quien emplea siga confiando el trabajo a una persona extranjera en el mismo puesto, es decir, será posible continuar el empleo en el mismo puesto hasta que se expida un nuevo permiso.
- Introducción de un motivo obligatorio para denegar la concesión de un permiso de trabajo cuando el empleador no pague las cotizaciones obligatorias a la seguridad social o el anticipo del impuesto sobre la renta. Esta condición era opcional hasta el momento.

Una de las nuevas soluciones del proyecto de ley es la posibilidad de aumentar el tiempo de trabajo o el número de horas de trabajo en una semana o un mes, siempre que la remuneración aumente proporcionalmente sin necesidad de cambiar u obtener un nuevo permiso de trabajo.³¹

Estos cambios resuelven algunos problemas, como la rigidez del horario laboral en un permiso de trabajo. También eliminan la prueba del mercado laboral, que era una farsa. Sin embargo, se introducen otras soluciones desfavorables, como la limitación del periodo de expedición del permiso de trabajo de 3 años a 1 año. Esto se aplicará en tres casos: cuando la empresa lleve funcionando menos de un año, cuando el tiempo de trabajo de la persona extranjera sea bajo y cuando el empleo se base en contratos de derecho civil. En caso de que se utilice un contrato de derecho civil para el empleo, se cobrará una tasa a quien emplea, lo que aumentará los costos de emplear a una persona extranjera bajo esta figura.³²

Además, las sanciones por empleo ilegal de personas extranjeras aumentaron drásticamente hasta una multa máxima de 30.000 zlotys (unos 6.800 dólares estadounidenses), pero en el caso de los particulares será de 500 zlotys por persona. Hasta ahora, la revelación de un empleo ilegal equivalía a una multa de entre 2 y 3 mil

³¹ *Id.* en el art. 18(1)(4) (A diferencia de las disposiciones anteriores de la Ley de fomento del empleo y de las instituciones del mercado de trabajo, la normativa abarca los casos en que el trabajo se realiza en virtud de un contrato de trabajo, pero también se aplica al trabajo realizado en virtud de un contrato de derecho civil).

³² *Id.*

zlotys. Ahora la inspección de trabajo no tendrá más remedio que determinar el valor de la tasa en función del número de personas extranjeras empleadas ilegalmente. En el proyecto de ley se han introducido disposiciones según las cuales debe imponerse una multa proporcional al número de personas extranjeras que trabajen ilegalmente, por un valor no inferior a 500 zlotys por persona. Se espera que la nueva solución aumente la severidad de la sanción para las entidades que contraten ilegalmente a personas trabajadoras extranjeras.³³

6. Litigio estratégico

La legislación de muchos países de acogida no es deficiente en lo que respecta a los derechos laborales de la población trabajadora migrante. Sin embargo, en muchos casos no funciona. La creación de una serie de casos exitosos de litigios de interés público de personas trabajadoras migrantes puede influir en la agenda más amplia y crear precedentes capaces de influir en los sistemas jurídicos, así como en las políticas gubernamentales.

7. Campaña informativa dirigida a la sociedad civil local

Dichas campañas deben tener como objetivo fomentar la intolerancia frente al abuso de los derechos de la población migrante. De este modo, se conseguirá que estos abusos no solo sean ilegales, sino socialmente condenados.

Es necesario animar a la población local de los países de acogida a comprender que la única manera de garantizar que las personas trabajadoras migrantes no “roben un puesto de trabajo” es crear una situación en la que el robo de salarios a esta población sea intolerable para el gobierno y la sociedad. Si una persona trabajadora migrante gozara del mismo nivel de protección, o al menos de un nivel similar, a los empleadores no les resultará más barato contratarle, con lo que tanto la población trabajadora migrante como la población trabajadora local se sentirán más seguras en un mercado laboral con acceso y salarios equitativos.

Como conclusión, es importante subrayar que nada de lo anterior puede reducir con éxito las prácticas de abuso y mejorar el acceso a la justicia de la población trabajadora migrante si no forma parte de un esfuerzo coordinado. Solo a través

un esfuerzo coordinado y bien estructurado, en el que colaboren organizaciones internacionales, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil, será posible proteger a las personas trabajadoras migrantes y reducir sustancialmente los abusos y la explotación a los que se enfrentan actualmente.

³³ *Id.* en el art. 76(9).

¿LA JUSTICIA PORTÁTIL ES VIABLE PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS MIGRANTES KENIANAS EN LOS EMIRATOS ÁRABES UNIDOS (EAU)? UNA EVALUACIÓN DE LAS NECESIDADES Y LAS PRINCIPALES CONCLUSIONES DEL MODELO DE HONG KONG¹

FURHA-JOY SEKAI SAUNGWEME AND PUJA KAPAI

Emiratos Árabes Unidos, Kenia | Escrito originalmente en inglés

Introducción

Desde hace un buen tiempo Hong Kong y los Emiratos Árabes Unidos (EAU) han sido destinos atractivos para las personas trabajadoras domésticas migrantes (MDW, por sus siglas en inglés) debido a las oportunidades económicas que potencialmente ofrecen. Sin embargo, si bien las barreras comunes de acceso a la justicia socavan significativamente los derechos de las personas trabajadoras migrantes tanto en Hong Kong como en los EAU, proponemos que el establecimiento de un sistema de justicia portátil en Hong Kong proporcione ventajas y protecciones legales específicas para las MDW que no se encuentran en los EAU. En este artículo examinamos las posibilidades de mejorar el acceso de las MDW a la justicia portátil en los EAU.²

¹ Si bien este artículo extrae lecciones de uno de los mecanismos disponibles para hacer valer más eficazmente los derechos de las MDW en Hong Kong (HK), reconocemos que la introducción de la Ley de Seguridad Nacional ha provocado un cambio drástico en el entorno democrático de HK. Muchas organizaciones de la sociedad civil (OSC) (incluidos los sindicatos) han tenido que adaptar sus enfoques de defensa de los derechos. La disolución de la Confederación de Sindicatos de Hong Kong y la detención de la Secretaria General de la Federación Internacional de Personas Trabajadoras Domésticas han tenido un efecto negativo en los espacios de incidencia de las OSC y los sindicatos. Estos hechos repercuten negativamente en los derechos de las personas trabajadoras domésticas, incluido el derecho a la libertad de asociación.

² Sin embargo, incluso con el establecimiento y la aplicación de la justicia portátil en Hong Kong, sigue habiendo importantes motivos de preocupación en relación con la explotación de las personas trabajadoras migrantes que aún no se han abordado.

“La ‘justicia portátil’ se refiere a la posibilidad de que las personas trabajadoras migrantes puedan presentar formalmente una reclamación legal contra los antiguos empleadores o agencias responsables de su explotación en los países en los que trabajaban sin estar físicamente presentes en esa jurisdicción.”³

Una vez que las personas migrantes se han marchado, las organizaciones de derechos humanos de los países de origen se ponen en contacto con sus homólogas de los países de empleo para iniciar los procedimientos pertinentes en los tribunales locales y facilitar la representación de las MDW en el lugar a través de una red de juristas.⁴ Estas organizaciones mantienen informada a su “clientela” (que incluye MDW, organizaciones de derechos humanos o sindicatos en los países de origen) sobre la evolución del caso.⁵

Hong Kong recibió MDW por primera vez en la década de 1960. Además de contribuir a su crecimiento económico,⁶ estas personas constituyen

³ Cathleen Caron, *Justice Beyond Borders: Portable Justice for Global Workers*, ENTRY FREEDOM COMPETITION, (2006).

⁴ Ver, por ejemplo, Justice in Motion (Global Workers Justice Alliance), DEFENDER NETWORK, <https://www.justiceinmotion.org/defender-network> (visitado el 24 de abril de 2023).

⁵ *Id.*

⁶ Ver Experian and Enrich Hong Kong, *THE VALUE OF CARE – KEY CONTRIBUTIONS OF MIGRANT DOMESTIC WORKERS TO ECONOMIC GROWTH AND FAMILY WELL-BEING IN ASIA* (2019). https://enrichhk.org/sites/default/files/2019-09/Final_The-Value-of-Care_Full-Report.pdf.



Furaha-Joy Sekai Saungweme

Abogada de derechos humanos, fundadora y coordinadora regional de Africa End Sexual Harassment Initiative (AESHI) y becaria LAW 2023-24 de la Universidad de Derecho de Georgetown.



Puja Kapai

Profesora asociada, Facultad de Derecho Coordinadora del Centro de Investigación de Estudios sobre la Mujer, Universidad de Hong Kong

casi el 4,5% de la población total de Hong Kong y el 57% de sus minorías étnicas.⁷ Hong Kong participa en varios tratados internacionales, entre ellos los convenios de la OIT, que imponen la obligación de promover y proteger los derechos humanos.⁸ En consecuencia, Hong Kong promulgó la Ordenanza de la Carta de Derechos de Hong Kong,⁹ la cual garantiza diversos derechos civiles y políticos, así como una serie de disposiciones en la Ordenanza de Empleo¹⁰ y leyes antidiscriminatorias para salvaguardar contra la discriminación por diversos motivos protegidos.¹¹ Aunque muchas de estas disposiciones han sido invocadas por las MDW para presentar reclamaciones contra los empleadores y el gobierno, el sólido sistema legal de Hong Kong tiene lagunas que pueden permitir la explotación; un ejemplo es la “regla de las dos semanas” que se aplica en caso de despido. Esta norma suspende de hecho el derecho de las personas trabajadoras migrantes a permanecer legalmente en Hong Kong, a menos que consigan otro contrato de trabajo en las dos semanas siguientes a la conclusión o rescisión del contrato anterior o que el departamento de inmigración conceda una prórroga de la estancia a su discreción. No obstante, existe una tendencia a conceder la prórroga cuando la persona MDW puede demostrar que tiene una reclamación legal en curso contra un antiguo empleador o agencia de empleo, o sus circunstancias justifican una consideración especial debido al fallecimiento o traslado de un empleador. Dicho esto, la prórroga de la estancia no permite a las MDW aceptar un empleo a la espera del resultado de su reclamación legal,

⁷ Chenyu Liang, *Maid in Hong Kong: Protecting Foreign Domestic Workers*, MIGRATION POLICY INSTITUTE (Octubre 20, 2016), <https://www.migrationpolicy.org/article/maid-hong-kong-protecting-foreign-domestic-workers>.

⁸ Hong Kong participa en 15 convenios internacionales. Ver CONSTITUTIONAL AND MAINLAND AFFAIRS BUREAU, HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION, <https://www.cmab.gov.hk/en/issues/human.htm> (visitado el 25 de mayo de 2023).

⁹ Cap. 383, Laws of Hong Kong (“LHK”). El artículo 39 de la Ley Fundamental de Hong Kong (“BL”, por sus siglas en inglés) ha consagrado las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los Convenios de la OIT.

¹⁰ Cap. 57, LHK.

¹¹ Sex Discrimination Ordinance (Cap. 480, LHK), Family Status Discrimination Ordinance (Cap. 527, LHK), Disability Discrimination Ordinance (Cap. 487, LHK) and Race Discrimination Ordinance (Cap. 602, LHK).

lo que crea un elemento de disuasión financiera para presentar dicha reclamación.

El modelo de contrato de trabajo de Hong Kong para MDW establece un salario mínimo, días de descanso, disposiciones para una privacidad razonable en la vivienda y una cuota para alimentos,¹² pero las personas trabajadoras siguen estando expuestas a la explotación.¹³ Por ejemplo, aunque la ley de Hong Kong prohíbe que las agencias de empleo cobren más del 10% de comisión por los honorarios de colocación, muchas MDW aceptan un recorte salarial mensual del 90% y viven con tan solo 50 dólares al mes durante 6 a 8 meses para pagar estos honorarios, e incluso pueden sufrir la confiscación de sus pasaportes y tarjetas bancarias. Esta explotación financiera por parte de las agencias de empleo aumenta la vulnerabilidad de las personas trabajadoras y de sus condiciones de vida y, adicionalmente, refleja la situación casi universal de las personas trabajadoras migrantes y las limitaciones estructurales de riqueza, clase, educación e idioma, que les impiden hacer valer sus derechos.¹⁴ Así, la justicia portátil se convierte en una intervención crítica para mitigar los duros efectos de la norma de las dos semanas, un impedimento fundamental para la aplicación efec-

¹² Immigration Department, ‘Forms’ (Standard Employment Contract and Terms of Employment for Helpers, [https://www.immd.gov.hk/eng/forms/forms/fdhcontractterms.html#:~:text=The%20standard%20Employment%20Contract%20\(ID,a%20domestic%20helper%20from%20abroad](https://www.immd.gov.hk/eng/forms/forms/fdhcontractterms.html#:~:text=The%20standard%20Employment%20Contract%20(ID,a%20domestic%20helper%20from%20abroad)).

¹³ Alrededor del 2,4% de quienes respondieron a una encuesta dirigida a personas trabajadoras domésticas migrantes cumplían las condiciones del trabajo forzoso y se consideraba que habían sido víctimas de trata de personas debido a su contratación en Hong Kong. Justice Centre Hong Kong, COMING CLEAN: THE PREVALENCE OF FORCED LABOUR AND HUMAN TRAFFICKING FOR THE PURPOSE OF FORCED LABOUR AMONGST MIGRANT DOMESTIC WORKERS IN HONG KONG (2016) (encontró que casi el 95% de las MDW eran explotadas o forzadas a trabajar en Hong Kong), <https://www.justicecentre.org.hk/framework/uploads/2016/03/Coming-Clean-The-prevalence-of-forced-labour-and-human-trafficking-for-the-purpose-of-forced-labour-amongst-migrant-domestic-workers-in-Hong-Kong.pdf> [en adelante Coming Clean]. Si esta cifra se pondera en función de la población de MDW de HK, el número total de víctimas de trata debería rondar las 8100. Según la Oficina de Seguridad, 17 personas trabajadoras migrantes fueron identificadas como víctimas de la trata entre 2016 y 2021, de las cuales solo 3 fueron identificadas en 2016.

¹⁴ Justice Without Borders, A PRACTITIONER’S MANUAL FOR MIGRANT WORKERS: PURSUING CIVIL CLAIMS IN HONG KONG AND FROM ABROAD, (2015), <https://forjusticewithoutborders.org/wp-content/uploads/2018/09/JWB-HK-Practitioners-Manual-Bahasa.pdf>.

tiva de las protecciones contractuales y otras protecciones legales.

“El derecho a recurrir a la justicia efectiva más allá de las fronteras debe considerarse un derecho fundamental y una herramienta esencial para MDW que busquen recursos legales a pesar de haber abandonado el país de empleo.”¹⁵

Evaluación del problema: personas trabajadoras domésticas migrantes en Hong Kong

Los países con altos ingresos tienden a atraer una gran afluencia de personas trabajadoras migrantes.¹⁶ En 2016, el Departamento de Inmigración de Hong Kong estimó que el 53% de las MDW de la ciudad procedían de Filipinas, el 44% de Indonesia y el resto, de Tailandia, Sri Lanka y Nepal, principalmente.¹⁷ Se calcula que las MDW de Hong Kong aportan unos 12.600 millones de dólares a la economía de la ciudad, lo que representa el 3,6% de su producto interior bruto (PIB).¹⁸ Los países de origen se benefician de hasta 1.000 millones de dólares cada uno (en Filipinas e Indonesia,¹⁹ por ejemplo) de las remesas enviadas por las MDW.

Hong Kong ha sido criticado por leyes que no protegen a las MDW, aunque se suele creer que presenta mejores condiciones que países de origen como Kenia, Indonesia y Filipinas, a los que también se les acusa de dar prioridad a las ganancias antes que a los derechos laborales y de no enfrentarse a los países de acogida por miedo a represalias y a perder lucrativas remesas.²⁰ A

¹⁵ Caron, *supra* nota 3.

¹⁶ *Id.*; John Kang, *Study Reveals 95% of Filipino, Indonesian Helpers in Hong Kong Exploited or Forced Labor*, FORBES (Marzo 2016), <https://www.forbes.com/sites/johnkang/2016/03/18/study-reveals-95-of-filipino-indonesian-helpers-in-hong-kong-exploited-or-forced-labor/?sh=1e88b0ea7f0d>.

¹⁷ Rachel Blundy, *Hong Kong domestic helpers: Doubts expressed about viability of government code of practice for maid agencies*, SOUTH CHINA MORNING POST, (May 28, 2016), <https://www.scmp.com/news/hong-kong/education-community/article/1956749/hong-kong-domestic-helpers-doubts-expressed-about>.

¹⁸ Raquel Carvalho, *Migrant domestic workers prop up Hong Kong's economy, so why are they excluded?*, SOUTH CHINA MORNING POST, (Marzo 2019), <https://www.scmp.com/week-asia/economics/article/2188754/migrant-domestic-workers-prop-hong-kongs-economy-so-why-are-they>.

¹⁹ *Id.*

²⁰ En 2015, el Centro de Derecho Comparado y Público de la Universidad de Hong Kong, en colaboración con la Hong Kong Public Interest Law and Advocacy Society,

menudo, la ignorancia de las MDW en cuanto a sus derechos y las lagunas en la protección jurídica contra actos específicos de explotación, como la trata,²¹ así como la exclusión de determinados derechos²² y las barreras circunstanciales afianzan aún más la difícil situación a la que se enfrentan estas personas.²³

Hong Kong carece de legislación o políticas integrales para abordar el trabajo forzoso o la trata de personas.²⁴ Si bien el gobierno sostiene que existen más de 50 disposiciones que tipifican como delito la trata de personas, las estadísticas presentadas por el gobierno se refieren a casos de trata con fines sexuales, pero no laborales.²⁵

organizó una mesa redonda sobre personas trabajadoras domésticas para reunir a diversas partes interesadas, como sindicatos, responsables legislativos, grupos de defensa de los derechos de los empleadores, personas académicas, bufetes de juristas, personal consular de los países de origen de las MDW en Hong Kong y representantes del gobierno competente de la RAEHK. Ver HKU Legal Scholarship Blog, *DOMESTIC WORKERS' ROUNDTABLE HOSTED BY CCPL* (24 APRIL 2015) <http://researchblog.law.hku.hk/2015/04/domestic-workers-roundtable-hosted-by.html> (visitado el 24 de abril de 2023). Su propuesta de crear un grupo de trabajo intergubernamental para coordinarse rápidamente en los casos en que fuera necesario actuar con urgencia para hacer frente a las prácticas transfronterizas de explotación y permitir una justicia rápida cuando hubiera que sacar a las MDW de situaciones de abuso grave se ha aplicado parcialmente. Ver Hong Kong Police Force, TIP: CRIME MATTERS. https://www.police.gov.hk/ppp_en/04_crime_matters/trafficking.html (visitado el 19 de mayo de 2023).

²¹ Por ejemplo, Hong Kong carece de legislación que tipifique como delito la trata de personas con fines de trabajo forzoso, aunque esta cuestión fue examinada por el Tribunal de Última Instancia de Hong Kong en el caso *ZN v SECRETARY FOR JUSTICE* [2019] HKCFA 35; [2020] HKCU 120. Se determinó que el artículo 4 de la Ordenanza sobre la Declaración de Derechos de Hong Kong no se extendía al concepto de "trata de personas" en su prohibición de la esclavitud, la servidumbre o el trabajo obligatorio o forzado.

²² Dos ejemplos notables son la exclusión de la legislación sobre salario mínimo de Hong Kong (art. 7(3) de la Ordenanza de Salario Mínimo (Cap. 602, LHK)) y la posibilidad de solicitar la residencia permanente tras haber residido en Hong Kong durante 7 años, como es asequible al resto de residentes en Hong Kong (art. 2(4) de la Ordenanza de Inmigración (Cap. 115, LHK)).

²³ Justice Centre Hong Kong, *COMING CLEAN*, *supra*, nota 13. Ver también, John Kang, *supra* nota 16.

²⁴ U.S. State Department, *TIPS REPORT 2022: HONG KONG*, (2022) <https://www.state.gov/reports/2022-trafficking-in-persons-report/hong-kong/>.

²⁵ Know Your Country, *HUMAN TRAFFICKING*, <https://www.knowyourcountry.com/human-trafficking> (visitado el 24 de abril de 2023). Hong Kong figura en el Informe sobre Trata de Personas de Estados Unidos como zona de origen, destino o tránsito de la trata de personas y los trabajos forzados y está incluida en la lista de vigilancia de nivel 2 desde 2015, lo que la sitúa junto a muchos países de Oriente Medio. Sin embargo, el gobierno de la RAEHK ha rechazado esta clasificación. Ver The Government of Hong

La laguna legislativa de Hong Kong con respecto a la trata con fines laborales y el escaso número de víctimas investigadas por trata con fines de explotación sexual expone a las MDW a continuos malos tratos y explotación económica. Esto ocurre mediante tácticas muy similares a las observadas en Oriente Medio, a saber, falsas promesas sobre la naturaleza y las condiciones del empleo, servidumbre por deudas antes de salir del país de origen, elevadas tasas de colocación para el empleo, falta de recurso contra la explotación por temor a represalias contra la familia en el país de origen y confiscación de los documentos de viaje por parte de las agencias de contratación hasta el pago de las tasas de colocación.²⁶ Con una débil aplicación de la ley, tanto en los países de origen como en los de acogida, los derechos de las MDW no son más que una quimera. En muchas situaciones, estas condiciones equivalen en la práctica a la esclavitud moderna y la trata de personas, dadas las pautas de contratación, engaño y atrapamiento en condiciones laborales y de vida desfavorables que son típicas de muchas MDW.

Por lo tanto, las MDW de Hong Kong se encuentran habitualmente en una situación vulnerable: una denuncia puede desencadenar la rescisión del contrato por parte del empleador, lo que deja a la MDW expuesta a la norma de las dos semanas. Estos retos subrayan la importancia de garantizar que se refuerce el acceso a la justicia de las MDW. Innovaciones como la justicia portátil a escala mundial han revitalizado las protecciones en

papel, haciéndolas más realizables en la práctica.

Aplicación de la justicia portátil en Hong Kong

La puerta a la justicia portátil, que se utiliza en Hong Kong desde hace varios años, se abrió en el caso *Re Chow Kam Fai*,²⁷ en el cual el tribunal utilizó los siguientes criterios para guiar su determinación de si permitía el uso de instalaciones de videoconferencia (VCF, por sus siglas en inglés) por parte de un demandante para prestar declaración:

- La persona solicitante debe demostrar una buena razón para apartarse de la regla general del testimonio en persona;
- Una buena razón debe ser el “interés de la justicia” y la “resolución eficaz del procedimiento”;
- El uso de dicho procedimiento como maniobra táctica de la persona solicitante o de la parte contraria para obtener una ventaja colateral o con segundas intenciones será una consideración relevante;
- El acceso por videoconferencia no se permitirá cuando el asunto dependa de la credibilidad de quien hace de testigo y cuando su presencia física en el tribunal ayude a evaluar su credibilidad.

Hong Kong ha establecido mecanismos de acceso a la justicia que permiten el VCF en determinados tipos de casos laborales, a saber, los del Tribunal de Reclamaciones de Menor Cuantía (SCT, por sus siglas en inglés), el Tribunal Laboral²⁸ y el uso de personas representantes designadas (como miembros de sindicatos locales o juristas locales) para asistir a las reuniones de conciliación de la Comisión de Igualdad de Oportunidades de Hong Kong.²⁹ Sin embargo, la Administración de

Kong Special Administrative Region (HKSAR), PRESS RELEASE: HKSAR GOVERNMENT VEHEMENTLY OBJECTS TO UNITED STATES TRAFFICKING IN PERSONS REPORT 2022, (julio 20, 2022) <https://www.info.gov.hk/gia/general/202207/20/P2022072000199.htm> (visitado el 24 de abril de 2023). En marzo de 2018, el gobierno de la RAEHK estableció un Comité Directivo de alto nivel para Luchar Contra la Trata de Personas y Mejorar la Protección de las Personas Auxiliares Domésticas Extranjeras (FDH, por sus siglas en inglés) y promulgó el Plan de Acción para Luchar Contra la Trata de Personas (TIP, por sus siglas en inglés) y Mejorar la Protección de las FDH en Hong Kong (Plan de Acción). En diciembre de 2019, el Departamento de Inmigración creó una Sección de Investigación Especial de Personas Auxiliares Domésticas Extranjeras para mejorar el escrutinio de las solicitudes de visado y detectar posibles víctimas de TIP y explotación. Estas medidas abarcan diversos aspectos, como la identificación de las víctimas, la investigación, la aplicación de la ley, el procesamiento, la protección y el apoyo a las víctimas, la prevención y la asociación con diversas partes interesadas. A pesar de ello, solo una víctima en 2021 y tres en 2020 fueron detectadas como víctimas de trata.

²⁶ Raquel Carvalho, *Illegal fees, little rest and no documents: domestic helpers in Hong Kong continue to fight for their rights*, SOUTH CHINA MORNING POST (octubre 30, 2016) <http://www.scmp.com/news/hong-kong/education-community/article/2041263/illegalfees-little-rest-and-no-documents>.

²⁷ *Re Chow Kam Fai* [2004] 1 H.K.L.R.D. 161.

²⁸ Estas medidas han sido implementadas como parte de la Fase III, a partir del 2 de enero 2021. Ver Hong Kong Judiciary, REMOTE HEARINGS FOR CIVIL BUSINESS IN CIVIL COURTS, https://www.judiciary.hk/en/court_services_facilities/gap_remote_hearing.html (last visited April 24, 2023).

²⁹ La Comisión de Igualdad de Oportunidades de Hong Kong (EOC, por sus siglas en inglés), acepta denuncias de trato discriminatorio por razón de género, raza o situación familiar, aunque la persona agraviada ya no trabaje o resida en Hong Kong. Se puede presentar una denuncia ante la EOC por correo, fax o correo electrónico, con la asistencia de alguien que represente una ONG. Cuando el EOC invita a las partes a asistir a una reunión de conciliación, la persona asignada como representante o aquella que funja como abogada puede asistir a la reunión y discutir el asunto con el demandado en nombre de la parte demandante. Ver EOC DISCRIMINATION LAWS, <https://www.eoc.org.hk/en/discrimination-laws/family-status-discrimination/faq#:~:text=Yes%2C%20>

Agencias de Empleo, que supervisa las denuncias contra las agencias de contratación, exige que la parte denunciante esté dispuesta a regresar a Hong Kong y comparecer como testigo de cargo ante el tribunal, debido a la naturaleza penal y no civil de la justicia que se persigue.³⁰

En 2018, el caso emblemático de *Mallorca Joenalynd Domingo v Ng Mei Shuen*³¹ sentó un precedente para las MDW que presenten demandas desde fuera de Hong Kong. Una ciudadana filipina que trabajaba como trabajadora doméstica en Hong Kong presentó alegaciones de agresión física y despido sumario sin causa contra su empleador. La persona presidenta del Tribunal de Trabajo desestimó la solicitud de la demandante de transferir el procedimiento al Tribunal de Tecnología para que su declaración se realizara a través de VCF y para que una persona representante de un sindicato registrado la representara en el procedimiento.³² La decisión fue apelada.

El Tribunal de Primera Instancia (CFI, por sus siglas en inglés) observó que la persona presidenta del Tribunal no había tenido en cuenta que el artículo 23 de la Ordenanza del Tribunal Laboral (Cap. 25) permite específicamente (con sujeción a la discrecionalidad del Tribunal) la representación por funcionarios sindicales. Así pues, la legislación contemplaba la representación por personas con formación impartida por el sindicato y experiencia en el trámite de asuntos laborales.³³ El tribunal concluyó que las razones expuestas por el presidente del tribunal para desestimar la solicitud no eran legalmente sólidas y ordenó que tanto la solicitud de VCF como la solicitud de representación fueran remitidas al Tribunal para ser atendidas por otra persona presidenta del Tribunal en el procedimiento restablecido.³⁴ Es importante destacar que el CFI afirmó el uso generalizado de la tecnología en la administración de justicia y la disponibilidad de VCF en varios niveles de la corte, señalando en particular la eficiencia y eficacia de este medio para ofrecer pruebas orales en una serie de circunstancias, no solo la necesidad, sino también para promover la agilidad, la eficiencia y la comodidad en la

[you%20can%20represent%20an.person%20to%20lodge%20the%20complaint](#) (visitado el 24 de abril de 2023).

³⁰ Ver HKSAR, Labour Department, <https://www.labour.gov.hk/eng/faq/content.htm> (visitado el 24 de abril de 2023).

³¹ En la High Court of the Hong Kong Special Administrative Region Court of First Instance Labour Tribunal Appeal No 8 OF 2017 (On Appeal from Labour Tribunal Claim No 3464 of 2016). [2018] 3 H.K.L.R.D. 694.

³² *Id.*

³³ *Id.* para 77.

³⁴ *Id.* para 97.



© Sebastian Casteller / Shutterstock

administración de justicia.

En febrero de 2019, el Tribunal Laboral reconsideró los asuntos que se le habían remitido y emitió órdenes pioneras que permitieron, por primera vez, el uso de VCF por parte de MDW para prestar declaración oral desde Filipinas y autorizó a una persona de un sindicato para que la representara durante el procedimiento sustantivo. El caso *Mallorca* fue un caso de ensayo que abrió el camino para hacer de la prueba oral prestada por VCF una alternativa viable y efectiva para quienes no pueden estar presentes en los procedimientos, lo cual garantiza al mismo tiempo la disponibilidad de una representación efectiva para superar barreras como el idioma, el desconocimiento de los derechos o los costos u obstáculos de permanecer en Hong Kong.

“El Departamento de Trabajo, el Tribunal Laboral y el SCT de Hong Kong aceptan ahora las demandas de las MDW que se encuentran en sus países de origen. Participan telefónicamente o a través de VCF mientras que una persona representante de una organización no gubernamental o sindicato comparece presencialmente con autorización por escrito y se ocupa de todas las cuestiones procesales, asiste a las diligencias previas y responde a las preguntas del Tribunal durante la vista.³⁵ Además, estas personas informan a la parte demandante de las instrucciones del Tribunal durante las pausas o después de la audiencia.”

³⁵ No se requiere formación jurídica para poder representar a una persona trabajadora doméstica migrante que presente una demanda en el extranjero.

A raíz del COVID-19, la aceleración del acceso transfronterizo a la justicia civil para las personas trabajadoras migrantes en Hong Kong adquirió una importancia significativa.³⁶ Este avance en la justicia portátil fue posible gracias a la colaboración sin precedentes de varias ONG de Hong Kong y Filipinas, juristas pro bono, la Confederación de Sindicatos de Hong Kong y la Federación de Personas Trabajadoras Domésticas Asiáticas de Hong Kong.

Aunque estos avances son muy recientes, varias MDW se han basado en este precedente para iniciar su camino en busca de una justicia que hasta ahora les había sido esquiva. La pandemia de COVID-19 también reforzó la importancia de estas vías para garantizar que la justicia siga siendo accesible. La justicia portátil tiene un gran potencial para derribar las barreras sistémicas que impiden el acceso efectivo de las MDW a la justicia a la hora de demandar a los empleadores y a las agencias de empleo por la violación de sus derechos contractuales y de otro tipo; por ello, es urgente que las MDW conozcan mejor este mecanismo y que reciban apoyo a lo largo de este proceso. Esto podría resultar clave para su empoderamiento y para erradicar las prácticas de explotación y opresión sin escrúpulos. Sin embargo, la disolución de algunos grupos sindicales y ONG en respuesta a la aplicación de la ley de seguridad nacional de Hong Kong plantea serias dudas sobre la sostenibilidad de este modelo. Dicho esto, los grupos de la sociedad civil y los sindicatos de Hong Kong que defienden los derechos de las MDW siguen activos incluso en este nuevo escenario.

Los mecanismos de justicia portátil llevan funcionando en Hong Kong casi una década y están afianzados mediante disposiciones legales. Por el momento, los casos en los que estos mecanismos podrían implicar problemas de seguridad nacional a la hora de hacer valer los derechos de las MDW parecen escasos y poco frecuentes, por lo que es poco probable que la justicia portátil se convierta en víctima del alcance de estas nuevas leyes.

³⁶ Justice Without Borders, BUILDING CROSS-BORDER ACCESS TO JUSTICE FOR HONG KONG'S MIGRANT WORKERS (May 2020), <https://forjusticewithoutborders.org/publication/building-cross-border-access-to-justice-for-hong-kongs-migrant-workers/>. Ver JUSTICE WITHOUT BORDERS, www.forjusticewithoutborders.org (visitado el 24 de abril de 2023). El JWB ha elaborado un manual de operaciones para ONG y juristas en el que se comparan las mejores prácticas en materia de justicia portátil en Hong Kong para facilitar el acceso a la justicia de las MDW que han regresado a Filipinas e Indonesia. Ver Justice Without Borders, JUST COMPENSATION: A TOOLKIT FOR CROSS-BORDER ACCESS TO JUSTICE FOR MDWs IN HONG KONG (Mayo 2022), <https://forjusticewithoutborders.org/wp-content/uploads/2022/06/FINAL-PRINT-VERSION-Just-Compensation-Toolkit-2022.05.25.pdf>.

En el siguiente apartado analizamos la viabilidad de la justicia portátil para las MDW kenianas en los EAU a partir de las experiencias de aplicación de la justicia portátil en Hong Kong. Criticamos la reciente legislación de los EAU y su potencial para servir de trampolín a la realización de la justicia portátil para las MDW kenianas que trabajan en los EAU. También examinamos el contexto sociocultural y político de los EAU y analizamos la voluntad política del Gobierno de Kenia como posibles obstáculos para lograr la justicia portátil.

Evaluación del problema: personas trabajadoras domésticas migrantes kenianas en los EAU

Un gran número de personas trabajadoras domésticas kenianas comenzaron a llegar a los países del Golfo después de que Etiopía prohibiera temporalmente el traslado de personas trabajadoras domésticas en 2013.³⁷ Informes del Departamento de Estado para el Trabajo indicaron que 29.448 personas migrantes de Kenia trabajaban en Arabia Saudí como encargadas del cuidado del hogar (también una forma de trabajo doméstico) entre marzo de 2019 y enero de 2020.³⁸ Los altos niveles de desempleo y las duras condiciones socioeconómicas son factores que empujan a la población keniana a migrar.³⁹ El Gobierno de Kenia se beneficia significativamente de las remesas⁴⁰ producidas por la diáspora, incluidas las de personas MDW en los EAU.⁴¹

Aunque tanto los trabajadores como las trabajadoras migrantes son objeto de explotación, las trabajadoras domésticas (mayoritariamente mujeres) son las que se enfrentan a formas

³⁷ Froilan Malit, Jr. & Ali Al Youha, *Kenyan Migration to the Gulf Countries: Balancing Economic Interests and Worker Protection*, MIGRATION POLICY INSTITUTE (Mayo 18, 2016), <https://www.migrationpolicy.org/article/kenyan-migration-gulf-countries-balancing-economic-interests-and-worker-protection>.

³⁸ Ver United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division, INTERNATIONAL MIGRATION STOCK 2020 (2020) [en adelante International Migration Stock], https://www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org/development/desa/pd/files/undesa_pd_2020_ims_stock_by_sex_destination_and_origin.xlsx.

³⁹ Eng. Peter K. Tum, O.G.W., *Kenya Labour Migration: Trends, Challenges, Management and Potential Areas for Cooperation*, The Regional Ministerial Forum on Harmonizing Labour Migration Policies in the East and Horn of Africa Scheduled at Intercontinental Hotel, (Enero 20, 2019), <https://laboursp.go.ke/wp-content/uploads/2020/01/PS-Presentation-for-Regional-LM-Forum-FINAL..pdf>.

⁴⁰ Central Bank of Kenya, 2016 DIASPORA REMITTANCES, <https://www.centralbank.go.ke/diaspora-remittances/> (visitado el 24 de abril de 2023).

⁴¹ International Migration Stock, *supra* nota 38.

específicas de violencia de género.⁴² Las historias de servidumbre doméstica, abusos sexuales, tortura y grave violación de las condiciones de empleo son comunes, pero los factores de atracción y expulsión permanecen intactos, incluso cuando los riesgos aumentan.⁴³ También ha aumentado la criminalización de la trata de personas y la regulación de la migración laboral,⁴⁴ lo que añade urgencia a la migración segura, ordenada y regular⁴⁵ y al acceso a la justicia⁴⁶ a través de mecanismos de justicia portátiles.

La promesa de justicia portátil para las personas trabajadoras domésticas migrantes kenianas

A continuación se examinan las perspectivas de la justicia portátil para las MDW kenianas en los EAU⁴⁷ a la luz de una ley promulgada en 2022 para mejorar las condiciones de trabajo de estas personas.

Los EAU son un Estado autoritario con un sistema judicial federal con tres ramas principales dentro de sus estructuras judiciales: civil, penal y de la Sharia. Tanto los tribunales penales como los civiles aplican elementos de la Sharia codificados en su código penal y en el derecho de familia. La aplicación del sistema de "Kafala", que vincula jurídicamente a las personas trabajadoras migrantes con su empleador, crea condiciones similares a la esclavitud⁴⁸ con graves impedimentos

para el disfrute de derechos básicos como la libertad de expresión y la libertad de asociación.⁴⁹

La falta de reconocimiento de los sindicatos y la prohibición de actividades relacionadas, como la negociación colectiva y el derecho de huelga, agravan aún más los riesgos a los que se enfrentan las MDW,⁵⁰ ya que la participación en protestas puede provocar la cancelación de los permisos de trabajo y, por tanto, la deportación.⁵¹

Los EAU aprobaron el Decreto Ley Federal nº 9⁵² para abordar la explotación de las MDW. Este decreto tiene dos objetivos principales: (1) establecer dentro del Estado un marco para las relaciones laborales con las personas trabajadoras domésticas al definir las responsabilidades de las partes de manera que se garantice un equilibrio equitativo entre los derechos de ambas partes y (2) mantener un entorno de trabajo seguro y saludable para las MDW en cumplimiento de la legislación local y los acuerdos internacionales.⁵³

"Esta ley reconoce la relación triangular entre la MDW, la agencia de contratación y el empleador, así como las obligaciones contractuales que surgen entre la MDW y el empleador (atrasos salariales, pagos insuficientes, horarios, preocupaciones ocupacionales, de seguridad y salud (OSH, por sus siglas en inglés) y violencia de género) y entre el empleador y la agencia de contratación (prácticas de contratación ilegales y poco éticas, explotación financiera durante la contratación, confiscación de documentos de viaje)."

⁴² Zahra Meghani, *WOMEN MIGRANT WORKERS: ETHICAL, POLITICAL AND LEGAL PROBLEMS* (2016) (Indica cómo las mujeres migrantes sufren una doble discriminación por razón de su género y su estatus migratorio), <https://www.routledge.com/Women-Migrant-Workers-Ethical-Political-and-Legal-Problems/Meghani/p/book/9781138546332>. Ver también International Labour Organisation (ILO), *LABOUR MIGRATION: FACTS AND FIGURES*, <https://www.ilo.org/beirut/areasofwork/labour-migration/lang-en/index.htm> (visitado el 24 de abril de 2023).

⁴³ The Economist, *IN THE GULF 99% OF KENYAN MIGRANT WORKERS ARE ABUSED, A POLL FINDS*, (Septiembre, 2022), <https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2022/09/15/in-the-gulf-99-of-kenyan-migrant-workers-are-abused-a-poll-finds>

⁴⁴ Mohamed Daghar, *Human trafficking: Kenya's reforms are not protecting its people from trafficking*, ENACT, (Enero, 2020), <https://enactafrica.org/enact-observer/kenyas-reforms-are-not-protecting-its-people-from-trafficking>.

⁴⁵ Judy Kaberia, *How migrant workers fall victims to flaws in Kenyan law and fragmented policies*, THE STANDARD, (2021) <https://www.standardmedia.co.ke/commentary/article/2001380757/how-migrant-workers-fall-victims-to-flaws-in-kenyan-law>.

⁴⁶ Mohamed Daghar, *supra* nota 44.

⁴⁷ Hesam Mohammed Jalil Sultan Al-Ulama, *THE FEDERAL BOUNDARIES OF THE UNITED ARAB EMIRATES*, (1994), <https://people.exeter.ac.uk/nsaa201/UAE%20Federal%20Boundaries.pdf>.

⁴⁸ Khan, Azfar & Hélène Harroff-Tavel, *Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving*

Forward, 20(3-4) *ASIAN AND PACIFIC MIGRATION J.*, 293, 293-313 (2011), <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/011719681102000303?journalCode=amja>.

⁴⁹ Los medios de comunicación de los EAU se clasifican anualmente como "no libres" en el Informe sobre la Libertad de Prensa de Freedom House. Los EAU ocupan un mal lugar en la clasificación anual de libertad de prensa de Reporters without Borders. Ver Reporters Without Borders, UNITED ARAB EMIRATES, <https://rsf.org/en/index> (visitado el 24 de abril de 2023).

⁵⁰ U.A.E. Labour Law, Federal Law No. (8) of 1980, <http://www.mohre.gov.ae/MOLWebsite/en/labour-law/labour-law.aspx>. Ver también, Rebecca Kelly & Christopher Brinley, *United Arab Emirates in LABOUR & EMPLOYMENT 2022* at 3 (Matthew Howse, eds. 2022), <https://www.morganlewis.com/-/media/files/special-topics/gtdt/2022/getting-the-deal-through-labour-employment-2022-uae.pdf>.

⁵¹ *Id.*

⁵² Federal Decree-Law No.9 of 2022 Concerning Domestic Workers (U.A.E.), <https://u.ae/-/media/Mohre-resolutions/Federal-DecreeLaw-No-9-of-2022-Concerning-Domestic-Workers-1.ashx>.

⁵³ *Id.* art. 24

Se prohíbe la contratación de MDW por parte de agencias de contratación sin licencia.⁵⁴ Sus actos ilegales incluyen exigir o aceptar, directa o indirectamente, cualquier comisión por asegurar un trabajo para cualquier MDW.⁵⁵ En cuanto a los litigios entre empleadores y MDW, ahora se exige la prueba del pago de los salarios y se demuestra mediante el uso de un libro de salarios que deben firmar el empleador y la MDW por cada pago salarial realizado.⁵⁶ El contrato de trabajo debe describir claramente el trabajo que debe realizar la MDW, las horas de trabajo, los días de permiso/descanso, la compensación por horas extra y cualquier lesión en el lugar de trabajo.⁵⁷ Además, para evitar el riesgo de que estas personas se queden sin hogar o de que queden abandonadas en los EAU, el empleador debe correr con los gastos de repatriación de la MDW a su país de origen.⁵⁸

Gran parte de las disposiciones de la legislación laboral de los EAU son similares a las disposiciones estándar del contrato de Hong Kong que rige la relación entre los empleadores y las MDW (excepto que no existe el requisito de un libro de salarios, aunque las agencias de contratación proporcionan uno para mantener un registro de los salarios pagados mediante la obtención de la firma de las MDW en los pagos mensuales).

Cabe destacar que los EAU no comparten jurisdicción con ningún tribunal de fuera de los EAU y su legislación no dice nada sobre cuál es el proceso cuando una de las partes del litigio ya no reside físicamente en los EAU y está fuera del alcance jurisdiccional de los EAU.⁵⁹ La mecánica de esta ley no contempla la justicia portátil, ya que las MDW deben estar físicamente presentes en los EAU cuando se presentan acciones y solicitudes. Sin embargo, sí contempla posibles circunstancias en las que una MDW entre en conflicto con la ley.⁶⁰ También se prescriben los procedimientos de resolución de conflictos y trámite de quejas entre el empleador y la MDW.⁶¹ El Ministerio de Trabajo está autorizado para resolver los conflictos de forma amistosa o remitirlos a los tribunales

competentes de los EAU.⁶²

A la hora de llevar los litigios ante los tribunales, esta ley también estipula que solo se tendrán en cuenta los contratos que hayan cumplido los procedimientos previstos en el Decreto Ley y su Reglamento de Aplicación.⁶³ Esto excluye los casos en los que una MDW firma un contrato de trabajo debido a una tergiversación, bajo coacción o es objeto de tráfico en los EAU y no tiene contrato. Estas leyes tan estrictas solo pueden acarrear dificultades indebidas para las MDW, ya que no tienen en cuenta la capacidad de lectura y escritura, la pobreza y la dinámica de poder que se produce en torno a la firma de un contrato.

La posibilidad de aplicar la justicia portátil dentro de los EAU se ve aún más reducida al exigir que “una demanda relativa a cualquiera de los derechos contemplados en las disposiciones del presente Decreto-Ley no podrá tramitarse una vez transcurridos tres meses desde la fecha de finalización de la relación laboral”.⁶⁴ Esta disposición, unida a las dificultades legales para permanecer legalmente en los EAU una vez rescindido el contrato de trabajo, aumenta la probabilidad de que una MDW regrese a su país de origen.

Sin embargo, a pesar de los aspectos negativos, la ley de los EAU proporciona un poco de esperanza de que existe un sentido de conciencia y sensibilidad hacia la difícil situación de las MDW dentro de los EAU.

Por otra parte, la transformación en los EAU hacia la promoción de los derechos de las MDW es inútil sin que el Gobierno de Kenia desempeñe un papel fundamental a nivel nacional y a través de los canales diplomáticos. Las violaciones de los derechos humanos que sufren las personas trabajadoras domésticas en Kenia se amplifican en el extranjero. El Gobierno de Kenia debe abordar los factores que empujan la migración —los cuales están envueltos en desafíos relacionados con la pobreza—, las lagunas legislativas y los mecanismos de aplicación relacionados con la trata de personas; además, debe reforzar las leyes nacionales que ratifiquen el C190⁶⁵ y el C189⁶⁶ de

⁵⁴ *Id.* art. 4 y 5.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.* art. 5(8) & 15(2).

⁵⁷ *Id.* art. 9, 10 y 11.

⁵⁸ *Id.* art. 11 (15).

⁵⁹ *Id.* art. 26 (1).

⁶⁰ *Id.* art. 17.

⁶¹ *Id.* art. 23.

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* art. 26

⁶⁵ OIT, Violence and Harassment Convention 2019 (No. 190), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190.

⁶⁶ OIT, Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189). https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:0::NO::P12100_ILO_CODE:C189.

la OIT. Esto enviaría una señal clara a la población keniana y a los EAU de que los derechos de las MDW se toman en serio.

En la intersección de los deberes y obligaciones que unen a Kenia y a los EAU en relación con las MDW se encuentra la justicia portátil, una solución viable a las injusticias que sufren las personas trabajadoras domésticas migrantes kenianas y muchas otras de estas personas trabajadoras en todo el mundo.

Conclusiones

Hemos comprobado que, a falta de un apoyo transfronterizo eficaz y de un reconocimiento de la viabilidad de las demandas transfronterizas, las personas trabajadoras migrantes suelen abandonar las demandas contra sus empleadores y quedan excluidas de los sistemas judiciales.

Aunque existen algunos retos procesales y logísticos relacionados con la justicia portátil, esta representa una opción prometedora y viable para garantizar la justicia a las MDW que han regresado a sus hogares.

Nuestra propuesta de trabajar para conseguir una justicia portátil para las MDW en los EAU se enmarca en la Mesa Redonda sobre Trabajo Doméstico⁶⁷ que impulsó la creación del grupo de trabajo interinstitucional para responder a la contratación ilícita y poco ética de MDW. Este grupo de trabajo puede colaborar para rastrear y desenmascarar a los cárteles de la trata de personas que explotan laboral y sexualmente a las MDW. La oportunidad para esta colaboración se ha presentado a través del Decreto Ley de los EAU de 2022, cuyas disposiciones indican buena voluntad para abordar algunas de las causas fundamentales de la explotación de las personas trabajadoras domésticas migrantes.

El modelo de la Mesa Redonda de Trabajo Doméstico podría utilizarse como trampolín para colaborar con juristas locales de los EAU, así como con bufetes internacionales con presencia tanto en los países de origen como en los de destino de las personas migrantes. Se asociarían con sindicatos y juristas de los países de origen, establecerían canales regulares de comunicación y desarrollarían redes para apoyar a las personas trabajadoras domésticas que buscan justicia portátil.

No debe seguir tolerándose que se prioricen las ganancias sobre los derechos humanos y el

bienestar de las personas trabajadoras migrantes. A falta de justicia portátil, muchas personas trabajadoras en los Emiratos Árabes Unidos regresan a sus hogares sin recibir compensación alguna por su duro trabajo y sin que se haga justicia por las violaciones de derechos humanos, a menudo graves, que sufren. Esto subraya la necesidad de adoptar medidas de eficacia probada para mejorar el acceso a la justicia de las MDW en los EAU y en otros países.

A pesar de sus deficiencias, Hong Kong ha proporcionado alivio a las MDW en una serie de casos y, por ello, sigue siendo un modelo útil en el que basarse para desarrollar la defensa estratégica y la acción colectiva con el fin de aplicar una justicia portátil para las MDW en todo el mundo. Su difusión a través de la sensibilización y la creación de recursos es indispensable para hacer realidad esta visión.

⁶⁷ Ver Mesa Redonda de Trabajo Doméstico, *supra* nota 20.

SOLUCIÓN EN VIRTUD DE LA SECCIÓN 307 DE LA LEY ARANCELARIA DE 1930 DE LOS ESTADOS UNIDOS: OPORTUNIDADES DE REPARACIÓN PARA LAS PERSONAS TRABAJADORAS MIGRANTES SOMETIDAS A TRABAJO FORZOSO

AVERY KELLY Y ALLIE BRUDNEY

República Dominicana | Escrito originalmente en inglés

Introducción

El 31 de julio de 2017, David Michel, un migrante haitiano trabajador de caña de unos sesenta años, recibió el impacto de un proyectil de gas lacrimógeno en la cara, el cual le abrió la mejilla derecha y le fracturó la mandíbula. La policía antidisturbios disparó el proyectil que lesionó a Michel mientras marchaba en la capital de la República Dominicana junto a otras personas trabajadoras de la caña (conocidas como cañeras) de su generación. Michel y otras personas cañeras exigían el acceso a las pensiones que habían cotizado durante décadas de duro trabajo en los campos de caña dominicanos y reclamaban la regularización de sus estatus migratorios.¹ Aunque muchas personas cañeras que han envejecido, como Michel, llegaron a la República Dominicana legalmente en virtud de un acuerdo de trabajo migratorio entre los gobiernos dominicano y haitiano hace más de cincuenta años, la mayoría ya no cuentan con documentación, motivo por el cual se les han negado sus pensiones. La comunidad de Michel afirma que, en el momento de la protesta, había trabajado como cañero entre dos empresas durante más de cuarenta años e incluso había perdido el pulgar izquierdo en un accidente

laboral. Al parecer, Michel tuvo que someterse a una costosa operación de mandíbula por su lesión en la protesta y no tenía seguro que la cubriera debido a su estatus migratorio.

Durante más de un siglo la industria azucarera dominicana ha dependido casi exclusivamente de la mano de obra de las personas migrantes haitianas y de ascendencia haitiana —incluyendo las y los hijos y nietos de migrantes nacidos en la República Dominicana— para cultivar, cuidar y cosechar el resistente cultivo de rápido crecimiento del que depende la industria.² Las personas cañeras trabajan largas horas en las plantaciones de azúcar bajo el sol abrasador por un sueldo muy bajo y realizando un trabajo duro y peligroso. A menudo viven hacinadas en viviendas que son propiedad de la empresa, carecen de electricidad y agua y están en un situación especialmente vulnerables al carecer de estatus legal, ya que muchas son personas indocumentadas o apátridas.³ Gran parte del

¹ Associated Press, *Dominicana: haitianos piden sanción por violencia en marcha*, EL CARIBE (1 de agosto, 2017), <https://www.elcaribe.com.do/panorama/dominicana-haitianos-piden-sancion-violencia-marcha/>; Bombas y tiros: cañeros envejecientes denuncian ataques de la Policía Nacional durante marcha, ACENTO, (1 de agosto, 2017), <https://acento.com.do/actualidad/bombas-tiros-caneros-envejecientes-denuncian-ataques-la-policia-nacional-marcha-8479310.html>.

² Sandy Tolan y Michael Montgomery, *US Bans Sugar Imports From Top Dominican Producer Over Forced Labor Allegations*, PULITZER CENTER (23 de noviembre, 2022), <https://pulitzercenter.org/blog/us-bans-sugar-imports-top-dominican-producer-over-forced-labor-allegations>.

³ Ver, por ejemplo, United States Department of State, *2021 Country Reports on Human Rights Practices: Dominican Republic* (2022), <https://www.state.gov/reports/2021-country-reports-on-human-rights-practices/dominican-republic/>; United States Department of Labor, *Seventh Periodic Review of Implementation of Recommendations in the U.S. Department of Labor's Public Report of Review of Submission 2011-03 (Dominican Republic)* (septiembre 13, 2022), <https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/DOL-Seven-Periodic-Report-on-Submission-2011-03-Dominican-Republic-Sugar-v2.pdf>; Sandy Nolan y Euclides Cordero Nuel, *The Bitter Work Behind Sugar*, REVEAL (septiembre 18, 2021), <https://revealnews.com>.

azúcar producido a costa de estas personas va a parar a Estados Unidos, que importa más azúcar de la República Dominicana que de cualquier otro país.⁴

En este artículo analizamos una ley comercial estadounidense, la Sección 307 de la Ley Arancelaria de 1930 (Sección 307), en virtud de la cual se prohíbe la entrada en los Estados Unidos de mercancías producidas con trabajo forzoso o en instituciones penitenciarias. Sugerimos que la sociedad civil y los sindicatos pueden aprovechar esta ley de forma más eficaz para beneficiar a las personas trabajadoras migrantes que se ven afectadas de forma desproporcionada por el trabajo forzoso, preparándose con antelación para la reparación de la Sección 307 y trabajando con las empresas cuando se enfrentan a una acción de cumplimiento de esta para desarrollar y aplicar planes de reparación basados en métodos probados para erradicar el trabajo forzoso a largo plazo. Este artículo aboga por que los grupos de la sociedad civil que aprovechan la Sección 307 para maximizar los beneficios para las personas trabajadoras en general, se centren en la fase de reparación *posterior* a la WRO tanto como se han centrado en la parte *previa* a la WRO del proceso de la Sección 307; esto, al menos para los casos en los que las empresas estén interesadas en que se modifique la WRO en lugar de renunciar a acceder al mercado de los

Estados Unidos.

Utilizaremos la industria azucarera dominicana como ejemplo para abordar tal oportunidad. El Servicio de Aduanas y Protección de Fronteras de Estados Unidos (CBP, por sus siglas en inglés) es la agencia estadounidense encargada del cumplimiento de la Sección 307 mediante la emisión de órdenes de retención (WRO, por sus siglas en inglés) que impiden la entrada en Estados Unidos de mercancías sospechosas de haber sido producidas con trabajo forzoso. En noviembre de 2022, la CBP emitió una WRO contra todo el azúcar y los productos derivados del azúcar producidos por Central Romana Corporation, Ltd. (en adelante, Central Romana), el productor de azúcar más grande de la República Dominicana.⁵ Esta es una oportunidad única para que todas las partes interesadas en el caso de la Central Romana se unan en torno a un modelo probado (responsabilidad social impulsada por las personas trabajadoras) para erradicar el trabajo forzoso. Esperamos que esto desencadene un cambio duradero en la Central Romana, así como en toda la industria azucarera dominicana, y ejemplifique el abanico de posibilidades para hacer avanzar los derechos humanos y laborales por medio de la Sección 307.



Allie Brudney
Abogada de
planta, Corporate
Accountability Lab



Avery Kelly
Abogada, Laboratorio
de Responsabilidad
Corporativa

[org/podcast/the-bitter-work-behind-sugar/](https://www.motherjones.com/podcasts/the-bitter-work-behind-sugar/) [en adelante *The Bitter Work Behind Sugar*]; Sandy Tolan, *The High Human Cost of America's Sugar*, MOTHER JONES, (septiembre 17, 2021) <https://www.motherjones.com/politics/2021/09/sugar-central-romana-fanjul-dominican-republic/> [en adelante *The High Human Cost of America's Sugar*]; Sandy Tolan y Euclides Cordero Nuel, *Paramilitary-Style Guards Instill Fear in Workers in Dominican Cane Fields*, THE INTERCEPT, (octubre 14, 2022) <https://theintercept.com/2022/10/14/dominican-sugar-central-romana-fanjul-domino/> [en adelante *Paramilitary-Style Guards Instill Fear in Workers in Dominican Cane Fields*].

⁴Trade Representative, Office of the United States, Fiscal Year 2022 Tariff-Rate Quota Allocations for Raw Cane Sugar, Refined and Specialty Sugar, and Sugar-Containing Products, (septiembre 16, 2021), <https://www.federalregister.gov/documents/2021/09/16/2021-19951/fiscal-year-2022-tariff-rate-quota-allocations-for-raw-cane-sugar-refined-and-specialty-sugar-and>; Estados Unidos es también el mayor importador de azúcar dominicano. United States Department of Agriculture Foreign Agricultural Service, Sugar Annual (abril 18, 2022) https://apps.fas.usda.gov/newgainapi/api/Report/DownloadReportByFileName?fileName=Sugar%20Annual_Santo%20Domingo_Dominican%20Republic_DR2022-0004.pdf.

⁵U.S. Customs and Border Protection, *CBP Issues Withhold Release Order on Central Romana Corporation Limited* (noviembre 23, 2022), <https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-issues-withhold-release-order-central-romana-corporation>. Al emitir esta WRO, el CBP identificó la presencia de cinco indicadores de la OIT de trabajo forzoso en la cadena de suministro de azúcar de Central Romana: abuso de la vulnerabilidad, aislamiento, retención de salarios, condiciones de trabajo y de vida abusivas y horas extra excesivas.. U.S. Customs and Border Protection, *CBP Issues Withhold Release Order on Central Romana Corporation Limited*, (noviembre 23, 2022), <https://www.cbp.gov/newsroom/national-media-release/cbp-issues-withhold-release-order-central-romana-corporation>. El CBP no identificó los indicadores de trabajo forzoso de la OIT de intimidación y amenazas, restricción de movimientos, violencia física y servidumbre por deudas. Sin embargo, cada vez hay más pruebas de que estos indicadores también están presentes en los campos de caña de azúcar y los bateyes de Central Romana y deben remediarse si se quiere abordar de forma integral las condiciones que impulsan el trabajo forzoso en Central Romana.

Trabajo forzoso en la industria azucarera dominicana

Las condiciones de abuso de las personas trabajadoras migrantes haitianas y de ascendencia haitiana y sus familias que trabajan y viven en las tierras de los productores de caña de azúcar en la República Dominicana son polifacéticas y sistémicas. El gobierno dominicano ha aprobado repetidamente leyes que discriminan a las personas migrantes haitianas y a las personas dominicanas de ascendencia haitiana, con lo cual ha creado las condiciones para que la industria azucarera dominicana ejerza un enorme control sobre una mano de obra desesperada y con pocas vías públicas para hacer cumplir sus derechos. Además, durante generaciones, los gobiernos dominicanos y haitianos han suscrito periódicamente acuerdos laborales para las personas migrantes, a menudo complementados por oleadas de políticas de migración racistas en la República Dominicana, incluida la revocación de la ciudadanía por derecho de nacimiento en 2015.⁶ Estas políticas han facilitado la explotación de las personas migrantes haitianas y de ascendencia haitiana.⁷

A continuación se describen algunas de las condiciones de abuso a las que se enfrentan las personas cañeras y que, según el CBP, constituyen un indicio razonable de trabajo forzoso en la Central Romana, para contextualizar tanto la necesidad como la oportunidad de una reparación holística que sea diseñada y aplicada teniendo en cuenta a las personas trabajadoras afectadas.

No era inusual hace 100, o incluso 50 años, que la niñez y juventud haitiana proveniente de comunidades rurales fuera secuestrada y llevada a la fuerza a trabajar en los campos de azúcar dominicanos. En una reciente visita a la República Dominicana, el equipo del Laboratorio de Responsabilidad Corporativa (CAL, por sus siglas en inglés) conoció a un organizador laboral y cañero de 75 años que afirmó que fue secuestrado a los catorce años y llevado a trabajar en los campos de caña de azúcar dominicanos, donde ha trabajado cortando caña durante las

últimas seis décadas. Este hombre mayor nos mostró una herida de machete en la tibia, la cual se produjo una semana antes de nuestro encuentro mientras cortaba caña. Tanto él, como las generaciones más jóvenes de su familia que han nacido en República Dominicana, no tienen documentación válida y, por lo tanto, no pueden acceder a muchos servicios sociales, incluida la atención médica.

Hoy en día el número de personas trabajadoras secuestradas en Haití ha disminuido, pero muchas siguen pagando elevadas tasas de contratación —hasta 15.000 pesos (unos 273 dólares estadounidenses), que es más de lo que gana una persona cortadora de caña en un mes— a reclutadores privados llamados *buscones*. Estos reclutadores no siempre les dicen a las personas migrantes haitianas dónde van a trabajar (ni geográficamente ni en qué industria) ni que su sueldo será tan bajo que la única forma de devolver las depredadoras comisiones de reclutamiento será empezar a trabajar inmediatamente. En el lugar de trabajo las personas cañeras realizan un trabajo agotador cortando y cargando caña de azúcar en carros tirados por bueyes durante la temporada de cosecha, abriendo caminos en la densa caña para los bueyes, sembrando nueva caña y realizando otros trabajos manuales pesados esenciales para la producción de caña de azúcar.⁸ Las personas cañeras cobran por el peso de la caña cortada cada semana, aunque a menudo se les excluye del proceso de pesaje para garantizar un sueldo exacto. Los sueldos son tan bajos que las personas cañeras y sus familias a menudo no tienen lo suficiente para comer. Sin embargo, diversos factores, como el miedo a la deportación, la intimidación y las amenazas, y la servidumbre por deudas, hacen que sigan trabajando para empresas que producen azúcar para Estados Unidos y otros mercados.⁹

Adicionalmente, las personas cañeras rara vez tienen acceso a agua potable, comida, baños o equipos de protección personal adecuados en su lugar de trabajo. Muchas trabajan desde la adolescencia hasta bien entrados los setenta y los ochenta años, sin poder jubilarse pues no cuentan con las prestaciones de jubilación pagadas por la empresa ni acceden a la pensión estatal que han cotizado durante décadas porque el Ministerio de Trabajo las rechaza por

⁶ Jonathan Katz, *What Happened When a Nation Erased Birthright Citizenship*, THE ATLANTIC, (noviembre 12, 2018) <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/11/dominican-republic-erased-birthright-citizenship/575527/>.

⁷ Las pruebas sugieren que muchas de las condiciones analizadas en este artículo no son exclusivas de Central Romana, sino que son endémicas de la industria en la República Dominicana.

⁸ *The Bitter Work Behind Sugar*, *supra* nota 3.

⁹ *Ver, por ejemplo, Paramilitary-Style Guards Instill Fear in Workers in Dominican Cane Fields*, *supra* nota 3.

carecer de la documentación requerida.¹⁰ Las personas cañeras de la industria, que son casi exclusivamente hombres, viven con sus familias en propiedades de la empresa o controladas por ella en bateyes proporcionados por la empresa. Las condiciones en los bateyes suelen ser deficientes y ninguno dispone de baños propios, pero varían en aspectos fundamentales como el acceso a la electricidad, el estado de las estructuras de las viviendas y el acceso a la educación básica.¹¹ En general, cuanto más aislado está el batey, peores son las condiciones. La mayoría de las familias cañeras comparten viviendas de una habitación. En una visita de campo realizada en enero de 2023, el personal de CAL conoció a una mujer cuya familia de nueve personas comparte una cama. Estas condiciones son el resultado de políticas públicas y privadas que se han puesto en marcha a sabiendas de que una mano de obra principalmente migrante y descendiente de personas migrantes indocumentadas o apátridas no tendrá condiciones para resistir.

Compromiso de la sociedad civil con la Sección 307 de la Ley Arancelaria

Durante los últimos años, la Sección 307 de la Ley Arancelaria de 1930 de los Estados Unidos —que prohíbe la importación de bienes producidos con trabajo forzoso o penitenciario— ha sido una importante herramienta para la defensa de los derechos humanos.¹² Aunque se promulgó inicialmente con fines proteccionistas, la Sección 307 se ha convertido en un mecanismo eficaz, aunque poco sistemático, para abordar el trabajo forzoso y el trabajo producido en instituciones penitenciarias en las cadenas de suministro de las empresas que importan mercancías a Estados Unidos.¹³ En virtud de la Sección 307, una WRO

¹⁰ Ver, por ejemplo, *The High Human Cost of America's Sugar Habit*, supra nota 3.

¹¹ Ver *id.*

¹² 19 U.S.C. § 1307 establece que: “Todos los bienes, productos, artículos y mercancías extraídos, producidos o fabricados total o parcialmente en cualquier país extranjero por mano de obra de convictos, mano de obra forzada o mano de obra en régimen de servidumbre bajo sanciones penales no tendrán derecho a entrar en ninguno de los puertos de los Estados Unidos, y por la presente se prohíbe su importación y se autoriza y ordena al Secretario de la Tesorería que prescriba los reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de esta disposición.”

¹³ Resulta irónico —y proteccionista e inmoral— que sea ilegal importar bienes producidos con mano de obra de instituciones penitenciarias pero no lo sea producir bienes utilizando esta misma mano de obra dentro de Estados Unidos. Ver Corporate Accountability Lab, *Convicted: How Corporation's Exploit the Thirteenth Amendment's Loophole for Profit* (noviembre 2022) <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/6362ce034ff96629396013>

puede ser muy restringida y centrarse en los bienes producidos en fábricas, explotaciones agrícolas o buques pesqueros específicos; otra posibilidad es que sea amplia y se centre en los bienes producidos por una empresa en una región o país concretos, o incluso en todos los bienes de un tipo (por ejemplo, algodón o tabaco) producidos en toda una región o país.

“La posibilidad de que se bloquee la entrada de mercancías en los Estados Unidos supone un poderoso incentivo para que las empresas aborden las condiciones de trabajo forzoso o de instituciones penitenciarias detectadas en su cadena de suministro para recuperar el acceso al mercado estadounidense. De hecho, la ley ha sido tan eficaz que otros países están desarrollando regímenes similares de prohibición de las importaciones basados en la Sección 307.”¹⁴

No obstante, la ley no es ni de lejos tan efectiva como lo podría ser. Esto se debe en parte a que

[dd/1667419656303/CAL+Convicted+--Report+02.11.22.pdf](https://www.cbc.ca/news/canada/canada-stop-forced-labour-imports-1.6252283).

¹⁴ En virtud del USMCA, tanto México como Canadá están obligados a aplicar prohibiciones de importación similares. Canadá ha aprobado una ley que prohíbe la importación de bienes producidos con trabajo forzado (y ya contaba con una ley que prohibía la importación de bienes fabricados en prisiones). Sin embargo, el gobierno canadiense rara vez la ha utilizado. A finales de 2021 las autoridades aduaneras canadienses detuvieron un envío de ropa para mujeres e infancias que provenía de China. El gobierno canadiense también pidió a Supermax Healthcare Canada, que es una filial de la empresa malasia Supermax Corporation, que detuviera todos los envíos hasta que pudiera demostrar que no utilizaba trabajo forzado en la producción de guantes de goma. Ver Caitlin Taylor, Katie Pedersen, Eric Szeto, *Canada halts import of goods linked to forced labour from China, Malaysia*, CBC, (noviembre 17, 2021), <https://www.cbc.ca/news/canada/canada-stop-forced-labour-imports-1.6252283>. En febrero de 2023, la Secretaría de Economía de México publicó un reglamento administrativo, el Reglamento de Trabajo Forzoso, en el Diario Oficial de la Federación. Este reglamento entrará en vigor el 18 de mayo de 2023. Ver José Hoyos-Robles, Adriana Inarra-Fernandez & Eunkyung Kim Shin, *Mexico: Mexico Implements the United States-Mexico-Canada-Agreement Forced Labor Import Ban*, GLOBAL COMPLIANCE NEWS, (marzo 15, 2023), https://www.globalcompliancencenews.com/2023/03/15/https-insightplus-bakermckenzie-com-bm-international-commercial-trade-mexico-the-implementation-of-united-states-mexico-canada-agreement-forced-labor-import-ban_02272023/; Office of the United States Trade Representative, STATEMENT FROM AMBASSADOR KATHERINE TAI ON MEXICO'S ACTION ON IMPORTS PRODUCED WITH FORCED LABOR, (febrero 17, 2023), <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/february/statement-ambassador-katherine-tai-mexicos-action-imports-produced-forced-labor>. La Unión Europea está en proceso de aprobar un reglamento. Comisión Europea, *Commission moves to ban products made by forced labour*, (septiembre 14, 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5415.



© Balifilm / Shutterstock

el CBP, la entidad encargada del cumplimiento de la Sección 307, podría —y debería— estar emitiendo muchas más WRO cada año. El CBP emitió solo tres WRO en 2022, ocho en 2021 y catorce en 2020.¹⁵ La emisión de más WRO no solo afectaría a un mayor número de mercancías contaminadas por prácticas de trabajo forzoso, sino que también haría que la amenaza de las WRO fuera más visible para todas las empresas que importan mercancías a Estados Unidos, lo cual fomentaría un recuento más amplio de las condiciones de la cadena de suministro. El régimen de la Sección 307 también podría ser más eficaz si la sociedad civil y los sindicatos prestaran más atención a las oportunidades que se presentan tras la emisión de una WRO, al abogar por un remedio efectivo y un cambio estructural en las cadenas de suministro de las empresas contra cuyas mercancías la CBP ha emitido WRO.

Antes de la orden de retención: abogar por la aplicación de la Sección 307

El plazo que transcurre desde que se envía información a la CBP sobre un posible trabajo forzoso en una cadena de suministro, hasta que la CBP emite una WRO bloqueando las mercancías pertinentes puede ser largo. Para emitir una WRO, el CBP debe constatar que existe una “sospecha razonable” de que las condiciones de la cadena de suministro alcanzan el nivel de trabajo forzoso (o penitenciario). El trabajo forzoso se define como “todo trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de una pena por su incumplimiento y para el cual la persona trabajadora no se ofrece

voluntariamente”.¹⁶ La CBP suele basarse en información remitida por organizaciones de la sociedad civil para abrir investigaciones sobre industrias específicas,¹⁷ aunque también puede iniciar investigaciones por su cuenta.

El CBP aplica los once indicadores de trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para determinar si existen sospechas razonables de trabajo forzoso o de instituciones penitenciarias que justifiquen la emisión de una WRO.¹⁸ Los once indicadores son: abuso de la vulnerabilidad; engaño; restricción de movimientos; aislamiento; violencia física y sexual; intimidación y amenazas; retención de documentos de identidad; retención del salario; servidumbre por deudas; condiciones de trabajo y de vida abusivas y, finalmente, horas extra excesivas. Las normas internacionales no exigen la presencia de todos los indicadores para determinar que se está produciendo trabajo forzoso. De hecho, en algunos casos la presencia de un indicador es suficiente para determinar la existencia de trabajo forzoso.¹⁹ Una vez que el CBP ha emitido una WRO contra la mercancía, no se permite su entrada a los Estados Unidos.

Las organizaciones de la sociedad civil y las personas defensoras de los derechos humanos (incluido el CAL) se han centrado a menudo en proporcionar información al CBP para que la agencia pudiera emitir una WRO (alegando sospechas razonables de trabajo forzoso), en lugar de centrarse en las oportunidades que se presentan cuando el CBP emite una WRO. Por ejemplo, antes de que el CBP emitiera la WRO contra el azúcar producido por Central Romana, la sociedad civil se centró en proporcionar suficiente información para que el CBP emitiera la WRO. Además de presentar una petición a la CBP que aportaba pruebas del trabajo forzoso en los campos de caña de azúcar y los bateyes

¹⁶ 19 U.S.C. §1307. El lenguaje sigue el modelo del Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, de la Organización Internacional del Trabajo.

¹⁷ El Human Trafficking Legal Center tiene una guía útil para la sociedad civil sobre la redacción de peticiones 307. Ver Anasuya Syam and Meg Roggensack, *Importing Freedom: Using the U.S. Tariff Act to Combat Forced Labor in Supply Chains*, HUMAN TRAFFICKING LEGAL CENTER, (2020), https://htlegalcenter.org/wp-content/uploads/Importing-Freedom-Using-the-U.S.-Tariff-Act-to-Combat-Forced-Labor-in-Supply-Chains_FINAL.pdf.

¹⁸ OIT, INDICADORES DE TRABAJO FORZOSO, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_203832.pdf.

¹⁹ *Id.* en 3.

¹⁵ U.S. Customs and Border Protection, *Withhold Release Orders and Findings List*, <https://www.cbp.gov/trade/forced-labor/withhold-release-orders-and-findings> (visitado el 10 de abril, 2023).

de Central Romana,²⁰ las personas defensoras de los derechos humanos y los sindicatos escribieron una carta a la administración de Biden en la que instaban al gobierno a que emitiera la WRO.²¹

Incluso en esta primera fase de defensa de una WRO, es esencial que la sociedad civil y los sindicatos piensen también en las posibilidades para remediar las condiciones de trabajo forzoso si el CBP emite una WRO. Nuestros esfuerzos colectivos pueden ser más efectivos si la información proporcionada al CBP y la defensa relacionada con ella se centran en las posibles medidas correctoras. CAL y otros han intentado hacer esto proporcionando sugerencias en las peticiones a la CBP sobre los pasos que las empresas tendrían que dar para demostrar con éxito que han reparado el trabajo forzoso.²² Dado que cada situación es única, esta lista de pasos necesarios que fue elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y los sindicatos, en su caso, con la experiencia pertinente, puede ser una herramienta útil para que el CBP comprenda mejor cómo funciona el trabajo forzoso en esa industria específica.

Luego de una orden de retención: hacia una reparación efectiva

Una vez que la CBP ha emitido una WRO, la empresa o empresas cuyas mercancías están cubiertas

por la WRO pueden intentar que se levante solucionando la situación de trabajo forzoso. Aunque gran parte del funcionamiento del CBP sigue siendo una caja negra, según se informa, el proceso del CBP comienza con una auditoría de terceros que establece las condiciones de base para la reparación. A continuación, la empresa debe trabajar para dar solución a cada uno de los indicadores de la OIT que el CBP encontró al emitir la WRO.²³ La empresa debe demostrar al CBP que ha reparado las condiciones de trabajo forzoso y verificarlo con una auditoría de seguimiento o “de salida”. Este puede ser un proceso largo y durar dieciocho meses o más.

Cuando el CBP compruebe que se han solucionado todas las condiciones identificadas de trabajo forzoso, el CBP “modificará” la WRO y la “inactivará” mientras la empresa no reincida en las condiciones.²⁴ El CBP tiene la facultad de volver a imponer —es decir, activar— la WRO en cualquier momento. Aunque esto aún no se ha hecho, esta amenaza podría actuar como un fuerte incentivo para que las empresas eliminen permanentemente las políticas y prácticas que llevaron a que la CBP determinara la existencia de un indicio razonable de trabajo forzoso en un primer momento.

“El proceso de remedio ofrece una importante oportunidad para que la sociedad civil y los sindicatos independientes, cuando estén presentes, desempeñen un papel decisivo en la defensa de iniciativas sostenibles y sistemáticas de reparación y prevención. El CBP no es prescriptivo en cuanto a este proceso para las empresas. Esto da a la sociedad civil y a las personas trabajadoras una apertura para promover —ante el CBP, las empresas y los auditores— las mejores prácticas.”

Condicionar el acceso al mercado de los Estados Unidos al hecho de que se solucionen las condiciones de trabajo forzoso, ofrece a las

²⁰ Allie Brudney, *Advocates Urge CBP to Block Imports of Sugar From the Dominican Republic, Citing Forced Labor*, CORPORATE ACCOUNTABILITY LAB, (Agosto 18, 2022), <https://corpaccountabilitylab.org/calblog/2022/8/18/advocates-urge-cbp-to-block-imports-of-sugar-from-the-dominican-republic-citing-forced-labor>.

²¹ OPEN LETTER ON DR SUGAR, (noviembre 8, 2022), <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/636a9b9f459fe04fe6a21810/1667931039708/CSO+Sign+on+Letter+re+DR+Sugar.pdf>.

²² *Ver Re: Petition to exclude cocoa produced in Cote D'Ivoire and imported to the U.S. by Nestle, Mars, Hershey, Barry Callebaut, World's Finest Chocolate, Inc., Blommer Chocolate Co., Cargill, Mondelez, and Olam unless and until within 180 days any specific “importer establishes by satisfactory evidence that [its] merchandise was not ... manufactured in any part with” forced or trafficked child labor.* 19 C.F.R. § 12.42 (g), 14 de febrero, 2020; *Re: Petition under 19 U.S.C. §1307 concerning the Xinjiang Uyghur Autonomous Region of China*, (Agosto 28, 2020), <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/618aa95ceadc0c5ec40d0832/1636477277345/Section+1307+Petition+Xinjiang+August+28+2020-2+table+%281%29.pdf>; Corporate Accountability Lab & International Rights Advocates, CAL AND IRADVOCATES PROVIDE NEW EVIDENCE OF FORCED CHILD LABOR IN MAJOR CHOCOLATE PRODUCERS' SUPPLY CHAIN, (junio 25, 2021), <https://static1.squarespace.com/static/5810dda3e3df28ce37b58357/t/60d602b5815e265a8d3e5abb/1624638133368/Press+Release+Supplemental+Petition+June+2021.pdf>; Brudney, *supra* nota 20.

²³ U.S. Customs and Border Protection, Forced Labor Division Forced Labor Enforcement, WRO MODIFICATION/REVOCATION PROCESSES OVERVIEW*, https://www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2021Mar/Final_Modification%20Revocation%20Process%5B5%5D.pdf (“El CBP aconseja a quienes realizan peticiones que faciliten cierta información para las solicitudes de modificación/revocación y hace hincapié en la necesidad de pruebas que demuestren que se ha dado solución a todos los indicadores de trabajo forzoso identificados por la OIT. La información que el CBP generalmente considera beneficiosa incluye, pero no se limita a: Pruebas que refuten cada indicador identificado de trabajo forzoso [...].”).

²⁴ *Id.*

personas trabajadoras y a abogados y abogadas de derechos humanos, que por lo general pueden oponerse a los intereses de las empresas, una oportunidad única de trabajar en colaboración con estas para abordar los problemas estructurales que, en últimas, son la raíz de las restricciones a la importación en los Estados Unidos.

Una vez que se emite una WRO los intereses de las personas trabajadoras y de la sociedad civil se alinean de repente con los intereses de la empresa de manera significativa. Ambas partes buscan dar solución al trabajo forzoso y, en general, que se modifique la WRO. Aunque las razones pueden ser diferentes: las empresas quieren recuperar el acceso al mercado para seguir obteniendo beneficios, mientras que la sociedad civil se centra en reparar el daño causado a las personas trabajadoras, en garantizar que existan sistemas para que el trabajo forzoso no vuelva a producirse y en asegurarse de que las personas trabajadoras conserven sus puestos de trabajo. De esta manera, los objetivos generales con respecto a la WRO se alinean y el resultado es una oportunidad para una colaboración significativa y puntual con un público corporativo. Se trata de una tarea ambiciosa que requiere tiempo, energía, recursos y colaboración, pero creemos que la inversión merece la pena.

Una oportunidad: Central Romana y la reparación impulsada por las personas trabajadoras

Una oportunidad que está surgiendo al momento de escribir estas líneas se refiere a la reparación de las condiciones existentes en los campos de caña de azúcar y los bateyes de Central Romana en la República Dominicana. El amplio alcance y la naturaleza estructural de los abusos razonablemente indicados contra las personas cañeras en Central Romana y la población en general que vive en los bateyes de Central Romana—como los de toda la industria— requieren algo más que marcar casillas. Una solución significativa requiere cambios creativos, integrales y estructurales en la empresa. La mejor forma de hacerlo es en colaboración con organizaciones de la sociedad civil y un sindicato democrático independiente o una organización laboral que represente a las personas cañeras. Para ello es pertinente identificar elementos clave de un amplio esfuerzo por acabar con las estructuras y prácticas del *statu quo* que han dado lugar a las condiciones de trabajo forzoso.

Un enfoque para solucionar por completo las condiciones en este momento posterior a la WRO

es considerar el desarrollo y la implementación de un programa de responsabilidad social impulsado por las personas trabajadoras en Central Romana. Este podría abordar los abusos en curso, mitigar los riesgos futuros y servir como modelo para el resto de la industria azucarera dominicana.

“Los programas de responsabilidad social impulsados por las personas trabajadoras, en contraposición a los programas de responsabilidad social ideados por las empresas para beneficiar a estas personas pero que carecen de su liderazgo, se han convertido en el modelo de referencia para la regulación privada de los derechos humanos y los abusos laborales en las cadenas de suministro.²⁵ Estos modelos de responsabilidad social se diferencian fundamentalmente de los programas de responsabilidad social corporativos en que están impulsados por las personas trabajadoras y las organizaciones laborales independientes, exigen a las empresas que firmen acuerdos vinculantes de cumplimiento y se supervisan y mejoran continuamente con la vigilancia de un organismo independiente mediante auditorías periódicas,²⁶ intercambio de información y un mecanismo para la presentación de quejas.”²⁷

Se ha demostrado que este tipo de programas, como el Programa de Alimentos Justos de la Coalición de Trabajadores de Immokalee y el Acuerdo de Bangladesh, generan cambios

²⁵ Worker-Driven Social Responsibility Network, *What is WSR?*, <https://wsr-network.org/what-is-wsr/>.

²⁶ Existe un consenso cada vez mayor en la comunidad de derechos humanos y laborales sobre el hecho de que las auditorías sociales tradicionales, que se realizan una sola vez y no están impulsadas por las personas trabajadoras, suelen ofrecer imágenes incompletas y engañosas que tienden a pasar por alto los indicadores de trabajo forzoso. Ver Business and Human Rights Resource Center, BEYOND SOCIAL AUDITING, <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/labour-rights/beyond-social-auditing/> (visitado el 10 de abril de 2023). Los estudios han demostrado que las auditorías sociales no identifican con regularidad pruebas de abusos laborales y de los derechos humanos. ELEVATE, una empresa de auditoría social que ha realizado miles de auditorías en más de 10 países “reconoce que las auditorías sociales no están diseñadas para detectar violaciones de los derechos humanos y laborales, como el trabajo forzoso y el acoso”. Aruna Kashyap, *Social Audit Reforms and the Labor Rights Ruse*, HUMAN RIGHTS WATCH, (Oct. 7, 2020), <https://www.hrw.org/news/2020/10/07/social-audit-reforms-and-labor-rights-ruse>. Conviene tener en cuenta obstáculos importantes como: el miedo y la intimidación de las personas trabajadoras, la amenaza de represalias contra estas, la subcontratación indocumentada y la falsificación generalizada de los registros.

²⁷ *Id.*

duraderos y mejoras continuas, incluso en los campos de tomate que han sido nombrados por los fiscales federales estadounidenses como “el punto cero de la esclavitud moderna” en los Estados Unidos.²⁸

Un programa de responsabilidad social dirigido por personas trabajadoras en la Central Romana podría institucionalizar los cambios que la empresa tendría que hacer para recuperar el acceso al mercado de los Estados Unidos. Un programa de este tipo para la Central Romana incluiría, entre otras cosas, un acuerdo legalmente vinculante entre las personas trabajadoras, un sindicato democrático independiente o una organización de personas trabajadoras, grupos de apoyo de la sociedad civil y la empresa sobre las normas y los mecanismos de cumplimiento. Implicaría además campañas de educación y empoderamiento dirigidas por las personas trabajadoras, así como un seguimiento y un cumplimiento estrictos y continuos, incluso después de que la empresa recupere el acceso al mercado de los Estados Unidos, lo cual sería uno de los objetivos del programa dada la oportunidad de reparación posterior al WRO. Adicionalmente, un programa de este tipo institucionalizaría un seguimiento y una supervisión independientes para mitigar el riesgo de reincidencia y, con ello, lograr que el efecto del WRO sea más sostenible y duradero.

En este sentido, un programa de responsabilidad social dirigido por las personas trabajadoras en la Central Romana tendría que diseñarse, supervisarse y cumplirse con la participación de las personas cañeras haitianas y con ascendencia haitiana. La naturaleza de un programa de este tipo requiere la orientación de organizaciones de la sociedad civil y sindicatos con experiencia en programas y principios de responsabilidad social dirigidos por personas trabajadoras. Esto es especialmente pertinente en este contexto, en el que la larga y estratificada historia de explotación ha sembrado una profunda desconfianza entre las partes interesadas y en la cual gran parte de la mano de obra ha interiorizado la narrativa dominante de que las personas migrantes haitianas y las personas indocumentadas y apátridas de ascendencia haitiana no tienen derechos.

Finalmente, los programas de responsabilidad social dirigidos por las personas trabajadoras pretenden eliminar las causas profundas del trabajo forzoso, como el miedo de las personas trabajadoras, su vulnerabilidad y su falta de voz. En

este caso, la reparación posterior a la WRO abriría la puerta para abordar los indicadores de trabajo forzoso de la OIT relevantes para el CBP y, más allá de eso, para crear un sistema transformador que garantice unas condiciones de trabajo justas para las personas trabajadoras a largo plazo y que podría convertir a la Central Romana en un modelo a seguir por otras empresas de la industria azucarera dominicana. Sin embargo, aún queda por ver si este ambicioso proyecto es posible.

Conclusión

La Sección 307 de la Ley Arancelaria de 1930 de Estados Unidos ofrece enormes e importantes oportunidades para que la sociedad civil empuje a las empresas hacia un cambio sostenible y continuo en sus cadenas de suministro. La sociedad civil debe ponerse a la altura de las circunstancias en cuanto el CBP emita una WRO. A menudo se trata de una tarea titánica para quienes tenemos nuestra sede en el Norte Global —en países que tienen o pronto tendrán prohibiciones a la importación como la Sección 307—, pues debemos asegurarnos de contar con socios locales cercanos, incluyendo a los sindicatos; también debemos saber qué condiciones deben cambiar como punto de partida y debemos estar en disposición de invertir grandes cantidades de tiempo y recursos en el trabajo en torno a las soluciones sostenibles. Ningún programa, proceso o sistema tendrá éxito por sí solo en toda la variedad de industrias para las que el CBP emite una WRO. Pero centrarse en la oportunidad de reparación que crean las prohibiciones de importación como la Sección 307 y disponer de planes sólidos y ambiciosos para esta parte larga pero vital del proceso puede permitir a la sociedad civil hacer de estas leyes una herramienta aún más eficaz para abordar el trabajo forzoso en las cadenas de suministro internacionales.

En el caso del Central Romana, que ahora se enfrenta a la encrucijada de si va a dar solución a las condiciones de trabajo forzoso identificadas por la CBP y cómo lo va a hacer, existe una oportunidad para que socios poco habituales trabajen en conjunto hacia una solución que transforme las condiciones de las personas cañeras migrantes y descendientes de migrantes y se convierta en un ejemplo en el sector. Esperamos que esto dé sus frutos en este caso, con la participación de los grupos que abogaron por una WRO en primera instancia y que las organizaciones de la sociedad civil y laborales que abogan por las WRO en otros casos también impulsen los derechos humanos y laborales previendo y preparándose para una solución integral del trabajo forzoso desde el principio.

²⁸ Fair Food Program, WORKER DRIVEN SOCIAL RESPONSIBILITY, <https://fairfoodprogram.org/worker-driven-social-responsibility/> (última visita 10 de abril, 2023).

La Red Internacional de Abogados Laborales de Trabajadores (ILAW por su acrónimo en inglés) es una organización gremial compuesta por abogados laborales y sindicales, a nivel mundial. Su misión fundamental es unir y apoyar a profesionales del Derecho, asesores y académicos, en un intercambio de información, ideas y estrategias, con el fin de promover y defender los derechos e intereses de las y los trabajadores y sus organizaciones, donde quiera que se encuentren.