

CAMBIOS EN LA LEY DE INMIGRACIÓN BRASILEÑA
Change in the Brazilian Immigration Law

Luciane Cardoso Barzotto¹

Renata Duval Martins

Carolina Simões Correia

“Cuando te vimos forastero, te acogimos”.
(*Mateo*, 25:38-39)

Recibido: 22 de enero de 2018
Aprobado: 4 de marzo de 2018

Resumen: Migrar es un derecho forjado por necesidades. El migrante se encuentra en una situación de vulnerabilidad delante del Estado “destino” y de los habitantes del mismo. El paradigma fraternal está previsto en la Constitución federal y orienta normas internacionales relacionadas a la situación del migrante, como la Convención N° 143 de la Organización Internacional del Trabajo. La implementación de estas normas hace posible una comunidad fraternal en el deber de la justicia social.

Palabras claves: Migrante - Fraternidad - Constitución federal - Justicia social - Convención 143 OIT.

Abstract: Migrating is a right forged by needs. The migrant finds himself in a situation of vulnerability in the presence of the “destination” State and

1 Luciane Cardoso Barzotto, Jueza del Trabajo del TRT de la 4ª Región. Profesora Adjunta de la Universidad Federal de Rio Grande del Sur.

Renata Duval Martins, Asistente en Administración en la Universidad Federal de Rio Grande – FURG. Maestranda en Derecho en la Universidad Federal de Rio Grande del Sur.

Carolina Simões Correia, Asistente judicial del Tribunal de Justicia de Rio Grande del Sur. Miembro del Grupo de Estudios de Derecho y Fraternidad de la UFRGS.

its inhabitants. The fraternal paradigm is foreseen in the Federal Constitution and it guides international norms related to the situation of the migrant as Convention No. 143 of the International Labor Organization. The implementation of these norms makes possible a fraternal community in the duty of social justice.

Keywords: Migrant - Fraternity - Federal Constitution - Social Justice - Convention 143 ILO.

Para citar este texto:

Cardoso Barzotto, L.; Duval Martins, R.; Simões Correia, C. (2018).
“Cambios en la Ley de Inmigración Brasileña”,
Prudentia Iuris, N° 85, pp. 67-86.

1. Introducción

Uno de los elementos más evidentes de la globalización es el creciente movimiento de personas y grupos humanos, entre países y continentes. Si bien todos los países democráticos reconocen un derecho a emigrar, no todos son diligentes cuando se trata de abrir sus fronteras a la inmigración, o de un modo más preciso, al trabajador inmigrante, pues la motivación económica es hoy la principal causa de inmigración.

Brasil cuenta con una base constitucional que le da claridad a la línea general de las políticas públicas y de legislación en relación a los inmigrantes. La Constitución de 1988 propone, de hecho, la construcción de una sociedad fraterna (Preámbulo) y de un orden socioeconómico fundado en la justicia social (arts. 170 y 193). Tanto el concepto de fraternidad, que apunta a la relación de reciprocidad que vincula a los seres humanos entre sí, como el concepto de justicia social, que apunta para aquello que es debido al ser humano como tal, son conceptos que impiden todo tipo de nacionalismo, cierre de fronteras y xenofobia, factores que han llevado a una creciente desglobalización que, en 2016, tuvo dos marcos históricos: el Brexit y la elección de Donald Trump en los EE.UU.

Al contrario de los fenómenos indicados, nuestra decisión política fundamental, fundadora de nuestra identidad jurídico política, va en dirección contraria, en la dirección de la recepción del otro, en una actitud orientada por la fraternidad y la justicia social. Se siguen, en el plano internacional, en grandes líneas, los lineamientos de la Convención N° 143 de la OIT, la cual exige una atención más efectiva a los derechos de los inmigrantes.

2. Fraternidad, Derecho e inmigración

El principio de fraternidad, más que un principio de derecho, es un principio ético, motor de deberes recíprocos, una predisposición de ánimo que permite que el ser humano sea capaz de mirar a otra persona con simpatía, porque visualiza en cada hombre o mujer un origen y destino común. Se visualiza en el otro “al otro yo”², por medio de evidencias racionales o, incluso, de forma intuitiva o emocional, independientemente de cualquier creencia o cultura.

Esta visión del “otro” o de “yo” da soporte ético a una superación de la visión hegemónica e individualista de los Derechos Humanos³ y conecta a los grupos y personas humanas a la experiencia de las relaciones fraternales. En este punto, los vínculos de fraternidad implementan los derechos y la carga histórica de consolidación de los Derechos Humanos ya no recae solo en los hombros del Estado. Deberes y derechos, de este modo, son asumidos más allá de las prescripciones legales una vez que movimientos sociales e individuos se vuelven promotores y actores de los Derechos Humanos.

La orientación ética que deriva de la fraternidad retira a toda y a cualquier persona humana de la posición exclusiva de tener que luchar por sus derechos, simplemente porque no hay ponderación de los bienes en la vida a ser resguardados; se colocará, en primer lugar, la preservación del ligamen que vincula a la persona con quien se relaciona a costa de sacrificar un derecho por el cual le parece legítima la lucha. En esta base, se siente la búsqueda del bien del otro como un deber, la recepción del migrante como el diálogo que permite manifestar su cultura, un imperativo interno más fuerte que el reclamo constitucional (y aquel contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre) al deber de tratar a todos con espíritu fraternal.

Sin embargo, en un lugar o momento de choque cultural, podría ser posible un diálogo con bases en valores comunes a ser debatidos y pesados, teniendo como “eje de la balanza” el principio de fraternidad que no funcionaría tanto como norma de garantía de derechos, sino como la confluencia donde se preservan y recomponen los vínculos sociales. En esta dinámica, ciertamente habrá derechos sacrificados de lado a lado, inmigrantes y nacionales tendrán que soportar fuertes pérdidas pero también obtendrán ganancias recíprocas. Todo esto corresponde a una razonabilidad práctica, el *ethos* fraternal. Esta racionalidad fraternal es una decisión que no está

2 Lubich, Ch. (2009). *Ideal e Luz*. Brasília. Brasiliense, 122.

3 Bragato, F. F. (2016). “Discursos desumanizantes e violação seletiva de Direitos Humanos sob a lógica da colonialidade”. *Revista Quaestio Juris*. Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, 1806-1823.

exenta de conflictos, pero es esencial para la construcción de un espacio común.

O sea, en la elaboración de una metodología de justicia, quisimos adoptar un término capaz de orientar las conductas humanas, no solamente la paz, sino incluso retirar el mayor fruto de desenvolvimiento humano; debería hablarse de fraternidad como la base de una razonabilidad práctica y lugar donde los demás valores encuentran plena manifestación. En el encuentro de valores en la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 es donde se dio ese espacio.

2.1. La Constitución de 1988 y el paradigma fraternal con los migrante

La Constitución de 1988 instaura un nuevo paradigma que podemos denominar “fraternal”. La referencia está, de hecho, presente en el Preámbulo constitucional, como se transcribe: “Nosotros, representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente para instituir un Estado Democrático, destinado a asegurar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos *de una sociedad fraterna*, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, en el orden interno e internacional, en la solución pacífica de las controversias, promulgamos bajo la protección de Dios, la siguiente Constitución [...]”.

Desde el punto de vista teórico constitucional, se adopta la tesis de la relevancia jurídica específica del Preámbulo de la Constitución federal de 1988. Sin embargo, la categoría jurídica de fraternidad es un principio fundamental del orden constitucional brasileño y está reconocido en la doctrina y la jurisprudencia del Brasil.

A partir del principio de fraternidad reconocido en el Preámbulo de la Constitución federal de 1988, la política de trato a los migrantes debería ser vista desde una óptica fraternal, que le da soporte ético a los demás fundamentos del orden republicano.

Durante mucho tiempo, en el Brasil, el trabajo del extranjero estuvo regido por el Estatuto del Extranjero, la Ley N° 6.815/1980, regulada por el Decreto N° 86.715/1981, la cual imponía diversas restricciones a los inmigrantes en el Brasil. Sin embargo, esta ley fue abrogada, considerando que el Presidente Michel Temer sancionó, con vetos, la Ley de Migración N° 13.445/2017. Esta norma contiene avances en la protección de los Derechos Humanos de los migrantes, dando énfasis en la condición de igualdad con los nacionales y asegurando la inviolabilidad del derecho a la vida, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad y al acceso a servicios públicos de

salud y educación, al igual que el registro de documentación, que permite el ingreso en el mercado de trabajo y derecho a la seguridad social.

Con estas alteraciones legislativas, el Brasil avanza en el paradigma fraternal, compromiso del Preámbulo constitucional para los que ingresan en el país en condición de inmigrantes, pasando ahora a integrar una sociedad que tiene como objetivo constituir una comunidad fraterna.

“Mientras, el Decreto presidencial N° 9.199, del 20 de noviembre de 2017, ha sido visto como un retroceso. En ese decreto, hay conceptos relevantes, como: ‘migrante’, ‘inmigrante’, ‘emigrante’, ‘residente fronterizo’, ‘visitante’, ‘apátrida’, ‘refugiado’, ‘año migratorio’, pero limita la migración en consideración de que: a) Para el visado humanitario, se pasó a exigir actos conjuntos del Ministerio del Trabajo y del Ministerio de las Relaciones Exteriores, lo que, en la práctica, queda más burocrático el proceso. b) El asilo político con derecho a la reunión familiar exige que los familiares estén en el país, pero, a veces, el migrante viene solo. c) Cobro de tasas, aunque sea posible exención por cuestiones de vulnerabilidad”⁴.

2.2. La fuerza normativa del Preámbulo constitucional y la aplicación jurisprudencial del concepto de fraternidad

La tesis de fuerza interpretativa del Preámbulo de la Constitución federal tiene apoyo en la moderna vertiente doctrinaria constitucional.

Al proclamar en su texto cuáles son las directrices políticas, filosóficas e ideológicas de la República Federativa del Brasil, el legislador constituyente, con vistas a la aplicación de normas constitucionales, inscribe un programa de integración e interpretación constitucional.

4 “Art. 131. As seguintes taxas serão cobradas, em conformidade com a tabela que consta do Anexo:

I - pelo processamento e pela avaliação de pedidos de autorização de residência;

II - pela emissão de cédula de identidade de imigrante de que constarão o prazo de autorização de residência e o número do Registro Nacional Migratório; e

III - pela transformação de vistos de visita, diplomático, oficial e de cortesia em autorização de residência.

§ 1º A cobrança das taxas previstas neste artigo observará o disposto nos acordos internacionais de que o País seja parte.

§ 2º A taxa prevista no inciso I do caput não será cobrada do imigrante portador de visto temporário, desde que a sua residência tenha a mesma finalidade do visto já concedido.

§ 3º A renovação dos prazos de autorização de residência não ensejará a cobrança da taxa prevista no inciso I do caput.

§ 4º Os valores das taxas de que trata o caput poderão ser ajustados pelo órgão competente da administração pública federal, de forma a preservar o interesse nacional ou a assegurar a reciprocidade de tratamento”.

Como la idea de sociedad fraterna está expresada en el Preámbulo, es importante explicar el significado de este término en sede constitucional.

Se adopta la tesis de la sustentabilidad hermenéutica del Preámbulo constitucional, apoyada en la doctrina nacional de José Afonso da Silva y Alexandre de Moraes⁵. Desde el punto de vista de la doctrina extranjera, Gomes Canotilho y Jorge Miranda apuntan a las posibilidades interpretativas del Preámbulo constitucional, tesis que se aplica a la realidad brasileña.

En tesis de doctorado, Carlos Augusto Alcantara Machado⁶ explica el compromiso del preámbulo de la Carta Magna de Brasil con relación al principio de fraternidad, colocado históricamente en posición secundaria en relación a los demás principios de libertad e igualdad. Para el autor, la fraternidad es el punto de equilibrio entre los principios tradicionalmente afianzados, la libertad y la igualdad.

En esa línea del abordaje, considerándose el peso interpretativo del Preámbulo de la Constitución federal, el desarrollo del constitucionalismo posibilitará el reconocimiento de la existencia de la categoría jurídica de fraternidad.

Para Canotilho⁷, el valor jurídico del Preámbulo está inserto en su utilidad como elemento de interpretación e integración, además de funcionar como “título de legitimidad” y unidad constitucional. El valor del Preámbulo es destacado en las palabras de Jorge Miranda⁸:

“El Preámbulo deriva del órgano constituyente al igual que las disposiciones y los preceptos, está aprobado en las mismas condiciones y el acto de aprobación posee la misma estructura y el mismo sentido jurídico. No dejaría de ser extraño que, estando depositado en un mismo documento e inserto en una misma unidad fuese sustraído de su influjo y fuese considerado un residuo para la comprensión. Todo lo que resulte del ejercicio del poder constituyente, sea preámbulo, sean preceptos constitucionales y figura en la Constitución en sentido instrumental, todo es Constitución en sentido formal”.

Como jurisprudencia, el tema del valor del Preámbulo ya fue abordado en decisiones del STF teniendo como referencia, la frase de abajo, la relatoría de la Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

5 Moraes, A. de. (2003). *Direito constitucional*. 14 ed. São Paulo. Atlas.

6 Machado, C. A. A. (2014). *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo. PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

7 Canotilho, J. J. G. (1991). *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina, 237.

8 Miranda, J. (2010). *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra, 408.

“[...] Vale, así, una palabra, aunque fuese brevísima, en el Preámbulo de la Constitución, en la cual se encuentra una explicación de los valores que dominan la obra constitucional de 1988 [...]. Ni bien el Estado sea convocado para formular las políticas públicas que pueden conducir al bienestar, a la igualdad y a la justicia, la sociedad tendrá que organizarse según dichos valores, con el fin de constituirse como una comunidad fraterna, pluralista y sin preconceptos [...]. Y refiriéndose expresamente al Preámbulo de la Constitución brasileña de 1988, escogía José Afonso de Silva que el Estado democrático de Derecho se destina a asegurar el ejercicio de determinados valores supremos. ‘Asegurar’ tiene, en el contexto, función de garantía dogmática constitucional, no, entretanto, la garantía de los valores abstractamente considerados, más de su ‘ejercicio’. Este signo desempeña, ahí, función pragmática, porque con el objetivo de asegurar, tiene el efecto inmediato de prescribir al Estado una acción a favor de la efectiva realización de los mencionados valores en dirección (función directiva) de destinatarios de las normas constitucionales que dan a esos valores contenido específico [...]. En el vestigio de esos valores supremos explicados en el Preámbulo de la Constitución brasileña de 1988, es donde se afirma, en las normas vigentes, el principio jurídico de solidaridad (el resalte es nuestro) [...]”⁹.

En cuanto al contenido específico de la idea de fraternidad contenida en el Preámbulo, también surge de diversas decisiones de los tribunales brasileños. Una expresión del STF sobre el tema fraternal se encuentra en el MS N° 26.071 del Ministro Relator Carlos Britto, el cual fundamentó su voto afirmando:

“[...] Nunca está de más recordar que el Preámbulo de la Constitución de 1988 erigió la igualdad y la justicia, entre otros, como ‘valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin preconceptos’, adoptando la tesis de la relevancia jurídica indirecta del Preámbulo constitucional y su importancia para la interpretación e integración de la Carta Mayor”¹⁰.

En la decisión del RHC N° 74.121 el Superior Tribunal de Justicia invoca el principio de fraternidad contenido en el Preámbulo de la Cons-

9 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8-5-2008, DJE de 17-10-2008.

10 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinario en Mandado de Segurança n° 26.071. Recurrente: José Francisco de Araújo. Recurrido: Tribunal Superior del Trabajo. Litisconsorte Pasivo: Unión. Relator: Carlos Britto. Juzgado el: 13-11-2007, DJE 018 Divulgado: 31-1-2008, Publicado: 1-2-2008.

titución federal de 1988, en la relatoría del Ministro Reynaldo Soares de Fonseca:

“[...] 2. El principio de fraternidad es una categoría jurídica y no pertenece únicamente a las religiones o a la moral. Su redescubrimiento se presenta como un factor de fundamental importancia, teniendo a la vista la complejidad de los problemas sociales, jurídicos y estructurales que aún hoy enfrentan las democracias. La fraternidad no excluye el derecho y viceversa, ya que la fraternidad como valor viene siendo proclamada por diversas constituciones modernas, al lado de otros históricamente consagrados como la igualdad y la libertad.

3. El principio constitucional de fraternidad es un macroprincipio de los derechos humanos y pasa a tener una nueva lectura práctica ante el constitucionalismo fraternal prometido en la CF/88 (Preámbulo y art. 3º) [...]”¹¹

En una exégesis coherente con el texto constitucional, conforme propone la jurisprudencia más arriba citada, “sociedad fraterna” significa tanto para el constituyente como para los jueces que aplicaron el concepto, una “comunidad de libres e iguales”¹².

En el ámbito del Derecho Laboral, propiamente la cuestión del inmigrante, el TSJ encuentra respaldo en el Preámbulo de Constitución para invocar la igualdad entre el trabajador extranjero y el brasileño:

“[...] 3. *Vínculo de empleo* – Extranjero con visa temporal. 4) Aplicación de la ley brasileña. 5) Salario *in natura*. El derecho del trabajo, clásicamente y en su matriz constitucional de 1988, es rama jurídica de inclusión social y económica, concretizadora de derechos sociales e individuales fundamentales del ser humano (art. 7º, CF). Se destina a construir una sociedad libre, justa y solidaria (art. 3º, I, CF) erradicando la pobreza y marginalización y reduciendo las desigualdades sociales y regionales (art. 3º, IV, CF). Instrumento mayor de valorización del trabajo y especialmente del empleo (art. 1º, IV, art. 170 caput e VIII, CF) y vehículo más pronunciado de garantía de seguridad, bienestar,

11 Brasil. Superior Tribunal de Justicia. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Juzgado em: 17-11-2016, DJE 25-11-2016.

12 En una interpretación de conformidad con el paradigma fraternal de la Constitución de 1988 conforme orden constitucional, la igualitaria fraternal se apunta para la inconstitucionalidad de normas que discriminan a las personas que ingresan en el territorio patrio para trabajar. Además de ello, se exige una necesaria interpretación de la legislación del extranjero. Conforme defendimos en un trabajo anterior, el art. 345 de la CLT, que trata de la nacionalización del trabajo, al punto que prioriza el trabajo del nacional, con relación al extranjero, garantizando 2/3 de las plazas a los brasileños, estaría derogado. Véase el comentario al CLT por los jueces del trabajo del TRT de la 4ª Región en el capítulo de nacionalización del trabajo organizado por Rodrigo Trindade de Souza, en este sentido.

desenvolvimiento, igualdad y justicia de las personas en la sociedad económica (Preámbulo de la Constitución), el derecho del trabajo no absorbe fórmulas diversas de precarización de la labor. De la misma manera, no prevé formas de discriminación contra el trabajador extranjero, que sea con visa permanente o visa transitoria de permanencia en el Brasil [...]”¹³.

De hecho, como menciona la decisión anterior, valores adoptados en el Preámbulo son bienes comunes de una comunidad política, como la seguridad, el bienestar, el desenvolvimiento, la justicia. La referencia a la “armonía social” entre personas que aceptan sus diferencias (pluralismo y ausencia de preconceptos) también refuerza el carácter comunitario del ideal de sociedad propuesto, concretizando la idea de justicia social.

3. Justicia social e inmigración

La posición del inmigrante es justamente aquella de quien pierde todo porque a él le falta todo. Inicialmente, parecerá que abdica de sus raíces culturales para luego, cuando ya ha alcanzado un cierto grado de estabilidad en tierra extranjera, tome una fuerte posición de construcción de una micro realidad que refleja su patria de origen.

Por otro lado, la llegada de un gran número de migrantes a una determinada región tiende a causar impacto significativo en el contexto cultural que le recibe, inevitablemente habrá reacciones violentamente contrarias al movimiento migratorio y, contemporáneamente, reacciones de solidaridad de quien buscará atender las múltiples necesidades de quien llega carente de todo.

En ese conflictivo contexto, pero también cargado de potencialidades de desarrollo humano y comunitario, emergen movimientos de rechazo y curiosidad recíprocos. Se identifica también un impulso que puede llevar a la adición de conocimiento y cambio de valores culturales.

Para el pasaje de una fase final de exacerbación de ánimos a una etapa de crecimiento y colaboración multicultural, debe recordarse el principio olvidado, el principio de fraternidad, justamente entre aquellos que se orientan a la formación del Estado de Derecho (libertad e igualdad). Se proyecta que, la mera invocación de derechos de igualdad, en estos casos, forzosamente va a desequilibrar la balanza de los derechos en dirección al asistencialismo que no es capaz de fomentar diálogo ni crecimiento. También, la simple manutención y reconocimiento de las libertades individuales no será capaz

13 Brasil. Tribunal Superior del Trabajo. RR – 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Mauricio Godinho Delgado. Juzgado el: 26-3-2014, DEJT 15-4-2014.

de fomentar los debidos respeto y valorización a una cultura diversa que aporta en tierra extranjera.

Si a los ojos del ciudadano que percibe la llegada de flujos migratorios en su territorio parece imposible ceder algo suyo al inmigrante, es extremadamente necesario para salvar aquella parte de la historia y cultura inscrita en su ADN; funcionará el principio de fraternidad como punto de partida y horizonte al que se pretende llegar, en la realización plena de las riquezas que, recíprocamente donadas, se potencializan para dar origen a nuevos horizontes de vida, ciudadanía y cultura para inmigrantes y nativos. Frecuentemente el migrante se ve forzado a renunciar al trabajo al que se dedicó y para el cual se preparó tantas veces y se ve constreñido a aceptar condiciones subhumanas de trabajo, en el límite de la informalidad no alcanzada por cualquier reglamento jurídico, o incluso, en el límite del desempleo.

El laberinto de la fraternidad podrá acusar con mayor acuidad los momentos en que el ordenamiento jurídico no es respetado o es ignorado, no solamente en su aspecto positivo, sino también en el propio espíritu de regulación, tal como la Convención N° 143 de la OIT, cuya aplicación se vincula de forma peculiar al principio de fraternidad.

El trabajo es el lugar donde la dignidad humana se expresa en obras, en la contraprestación por un trabajo bien hecho, que debe ser fruto de un acto libre y consciente de buen desempeño de una actividad para el bien de la colectividad y no una respuesta mecánica a las necesidades materiales de la vida, que representan una única dimensión de trabajo, pero no su motivación fundante. Se trata de rescatar no solamente el respeto por la dignidad de cada persona, incluyendo allí al migrante, sino sobre todo la dignidad intrínseca de cualquier profesión.

Según lo señalado por Luigino Bruni¹⁴, una antropología instrumentalista y recompensatoria de la relación laboral, individualista en su esencia, está haciendo que la visión contemporánea del trabajo se aproxime a la servidumbre antigua, que hace de la labor humana una mercadería que tiene un precio, surgiendo de allí todo tipo de transacciones mediante sanciones, control y recompensas que menosprecian a la persona que nada hace para un “trabajo bien hecho”, haciendo vano su propio sentido de obra.

Paralelamente, si no atendemos la urgencia de mudanza de paradigma en las relaciones sociales, continuaremos barriendo los arts. 5° y 7° de la Constitución federal, sin encontrar respuesta para la inserción digna de los migrantes en el mercado de trabajo, pues no damos cuenta de la respuesta correcta y concreta ni con los nativos cuando no hay vínculo y compromiso consciente y recíproco entre patrones y empleados.

14 Bruni, L. (2012). “Commenti - Il lavoro e le lenti sbragiate” [on line].

En otros términos, la fraternidad en el mundo del trabajo desde el punto de vista del inmigrante y del trabajador nacional da la base de la justicia social del trabajador para con la sociedad, y de la sociedad con el trabajador.

3.1. Justicia social y Constitución

Conforme a la Constitución federal de 1988 son objetivos fundamentales de la República Federativa del Brasil, en los términos del art. 3° de la Constitución federal: construir una sociedad libre, justa y solidaria.

En una interpretación ampliada del texto constitucional del art. 3° en exégesis unitaria con el Preámbulo, la nación que prometemos construir es libre, igual y fraterna.

Aquí la fraternidad, con raíces en la libertad e igualdad, se expresa como “responsabilidad recíproca”, “reciprocidad”. De hecho, la reciprocidad apunta a una actitud de apertura de los miembros de la sociedad, con aquellos que, en teoría, serían extraños a la comunidad brasileña pero al ingresar al Brasil adoptan una nueva patria, una nueva pertenencia ciudadana:

“La fraternidad es considerada como un principio que está en el origen de un comportamiento, de una relación que debe ser instaurada con los otros seres humanos, actuando ‘unos en relación a otros’, lo que implica también una dimensión de reciprocidad. En ese sentido, la fraternidad más que como un principio al lado de la libertad y de la igualdad, aparece como aquel que es capaz de hacer efectivos esos principios [...]”¹⁵.

La libertad, a su vez, es condición de responsabilidad. Solo responde por sí y por otro quien es libre. La igualdad también está contenida aquí: la fraternidad exige que todos sean igualmente responsables por sí (libertad) y por otro (comunidad). Además, “[...] la fraternidad es el principio regulador de otros dos principios: si se vive fraternalmente, la libertad no se convierte en arbitrio del más fuerte y la igualdad no se degrada al convertirse en igualitarismo opresor”¹⁶.

Para construir esa comunidad nacional, incluyendo al inmigrante, es importante recordar el concepto de justicia social, que está expresado en dos momentos tópicos: en el orden económico y en el orden social, precisamente

15 Barzotto, L. F. (2003). “Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito”. *Revista Jurídica Virtual* [Revista Jurídica da Presidência]. Brasília, v. 5, n. 48, mai. 2003 [online].

16 Baggio, A. M. (2008). *O princípio esquecido*. Vol. 1, São Paulo. Cidade Nova, 54.

en los arts. 170 y 193 de la Constitución federal de 1988, alineándose con las promesas y compromisos del Preámbulo.

“Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social”.

“Art. 193. El orden social tiene como base primera el trabajo, y como objetivo, el bienestar y la justicia social”.

Justicia social como concepto que abarca la humanidad, y, por ende, no diferencia nacionales y extranjeros, concepto utilizado por primera vez por Luigi Taparelli d’Azeglio:

“[...] Luigi Taparelli d’ Azeglio, dentro de la tradición tomista, es el primero en utilizar la expresión ‘justicia social’ en su obra, *Saggio teoretico di diritto naturale*. Él inicia su exposición sobre el concepto de justicia social con la siguiente definición: ‘La justicia social es para nosotros la justicia entre hombre y hombre’. El hombre, aquí es el ‘hombre considerado como dotado solamente del requisito de humanidad, considerado como puro animal racional’. Obviamente, entre los hombres considerados bajo ese aspecto existen ‘relaciones de perfecta igualdad, porque, de hombre a hombre, aquí no significa sino la humanidad reproducida dos veces’. La justicia social, sin embargo, en una sociedad de iguales, en la cual las posiciones ocupadas por cada uno son consideradas secundarias en materia de justicia, tiene por objeto aquello que es debido al ser humano simplemente por su condición humana”¹⁷.

La comunidad, constituida con base en la condición humana, exige este relacionamiento persona para persona, en el sentido de que persona es solamente aquella con quien está establecida cualquier suerte de relación de reconocimiento y reciprocidad, a quien es posible llamar por su nombre y no por su número. Esta comunidad no puede cerrarse en sí para construir la paz, sino que exige un empeño en la inclusión del otro, un empeño fraternal en el sentido de que armoniza los ideales de igualdad y fraternidad.

O sea, la Constitución de 1998, al invocar la idea de justicia social, no permite que el orden económico sea excluido o discriminado al otro, el trabajador forastero o extranjero, el inmigrante.

Puede ilustrarse que el inmigrante contribuyó al orden económico y al orden social. Si, desde el punto de vista jurídico, hubiese duda sobre la

17 Organização Internacional do Trabalho. OIT. Promover uma migração equitativa. Conferencia Internacional Del Trabajo, 105. Reunión 2016.

existencia de un fundamento constitucional que ampara los derechos del trabajador inmigrante en Brasil, desde el punto de vista económico y social, las investigaciones revelan el aspecto positivo de la inmigración: los extranjeros mejoran el salario, la productividad y el emprendedurismo en el país en el que se establecen. No necesariamente se establecen en sectores que concurren o desemplean los trabajadores nacionales, como es el caso del sector doméstico o servicios. Los inmigrantes impulsan el aumento de salario en los países donde emigran, vuelven a sus colegas migrantes más productivos, fundan empresas en los países a los que llegan, causan innovaciones sorprendentes y contribuyen para la diversidad social y cultural, con impacto profundo sobre la extensión o desenvolvimiento de la economía¹⁸.

Esta inserción del inmigrante en la economía del país, entre tanto, muchas veces se da de modo poco fraterno o justo. Teniendo a la vista la situación de vulnerabilidad –por falta de acceso a educación formal, desconocimiento del idioma hablado en el nuevo país o de sus derechos en el mismo, etc.–, este trabajador es más susceptible de ser empleado en condiciones en las cuales sus derechos laborales están siendo incumplidos y no es raro, en casos más graves, que las violaciones puedan caracterizarse en una práctica de trabajo forzado.

En Brasil, durante el año 2012, el Ministerio Público investigó condominios en Foz de Iguazú/Paraná, en los cuales habría sido utilizado el trabajo forzado. Fueron notificados cincuenta condóminos en los cuales mujeres paraguayas habían sido sometidas a servidumbre doméstica, impedidas de salir de las residencias en las cuales trabajaban y recibían un salario inferior al de las empleadas domésticas brasileñas. Además de eso, en 2015, la empresa Home Staff anunció la “importación” de niñeras y de empleadas domésticas de Filipinas para atender la élite brasileña, pues según las patronas, esas trabajadoras realizan innumerables actividades a un costo más bajo que una empleada doméstica nacional, no son prejuiciosas, aceptan acumular las actividades de niñera y empleada doméstica y hasta lavan los vehículos¹⁹.

Se verifican, en el primer caso, características típicas del trabajo forzado, ya en el segundo, aunque no haya trabajo forzado, podría darse cier-

18 Además de las fronteras, las ventajas económicas de inmigración: <http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das-fronteiras.htm>. Ver la investigación de Michael Clemens, Stephen Dubner, del Centro para o Desenvolvimento Global e Alex Tabarrok, profesor de economía en la Universidad George Mason de Virginia, para quien la inmigración es “el mejor programa antipobreza del mundo”.

19 Bom dia Brasil. PR: Ministério Público investiga trabalho escravo de domésticas [on line], 2016. Folha de São Paulo. Empresa “importa” babás e domésticas das Filipinas para o Brasil [on line], 2016.

tamente una relación laboral exploratoria. Esta exploración es suficiente para extirpar la fraternidad de las relaciones, pues “la fraternidad [...] es atención incondicional al otro y presupone que mi libertad no pueda realizarse sin libertad del otro, y que en ese sentido yo soy responsable por el otro”²⁰.

Sí hay, en el Brasil, una obligación constitucional de protección al inmigrante, sea por la exégesis del Preámbulo, sea por los dictámenes de orden económico y social, que apuntan a la idea de justicia social, en el plano internacional y también está obligado a seguir este paradigma en la línea de la Convención N° 143 de la OIT.

4. La Convención N° 143 de la OIT y el paradigma de la fraternidad

La fraternidad es el medio por el cual la convivencia entre los diferentes se ve posibilitada; luego, su aplicación en las relaciones entre nacionales y extranjeros se muestra imprescindible en el combate contra la xenofobia y prácticas exploratorias.

“Lo primero, es más obvio, el propósito de legislación laboral internacional ha sido, desde el inicio, la regulación de cuestiones de carácter internacional. Esto se refiere principalmente a los trabajadores migrantes, que levantan un número complejo de problemas relacionados con las condiciones de trabajo y de vida del trabajador migrante en los países de inmigración [...]”²¹.

Se analiza desde el punto de la Convención N° 143 de la OIT. La norma está dividida en dos partes, una sobre migración en condiciones abusivas y otra sobre igualdad de oportunidades y tratamiento. Conforme consta en el art. 16 de la norma, los Estados tienen flexibilidad al ratificar la convención, pudiendo excluir una de las partes relacionadas.

“Atendiendo a la Constitución de la OIT durante la elaboración de las normas internacionales del trabajo, están presentes la consideración de la diversidad de los niveles de desenvolvimiento, condiciones y prácticas de los Estados miembros de la OIT. En consecuencia, se tiene concebida la adopción de convenciones que autorizan la aceptación de partes alternativas que definan distintos grados de obligaciones, con lenguaje general y amplio. Se ilustra esta característica cuando, al ser ratificadas ciertas convenciones, se excluyen ciertos tipos de trabajadores o ciertos sectores, de la incidencia

20 Baggio, A. M. *O princípio esquecido*. Ob. cit., 137.

21 Potobsky, G. W. von; Valticos, N. (1995). *International Labour Law*. Kluwer Law and Taxation, 28.

de la norma. La flexibilidad puede ser extendida para las cláusulas de incidencia de la norma, para los objetivos de la norma, para el contenido de la obligación y en cuanto a los métodos de aplicación [...]”²².

Para la elaboración de la Convención N° 143 de la OIT se comprendió que los trabajadores migrantes tanto regulares como refugiados sufren debido a la consecuencia de los movimientos y eventos migratorios mixtos y masivos. Sin embargo, los trabajadores migrantes necesitan de protección específica para asegurar el respeto a sus derechos. Con esto se observa la necesidad de implementación de los instrumentos normativos de defensa de esos derechos: surge la necesidad de cooperación internacional de los países de origen, de tránsito y de destino. Los gobiernos e interlocutores sociales deben aumentar esfuerzos para garantizar el crecimiento económico sustentable e inclusivo al igual que los empleos productivos y decentes (este es en condiciones de libertad, igualdad, justamente remunerados).

La Convención N° 143 de la OIT exige que la garantía de acceso a la justicia para los migrantes y las movilidades estén aseguradas, ordenadas y, de ser posible, planificadas. El migrante debe tener informaciones suficientes sobre el mercado de trabajo en el que va a ingresar y las políticas públicas pueden asegurar ese conocimiento. Esta norma de la OIT aún no fue ratificada por Brasil; entre tanto, se encuentra en fase de aprobación por el Congreso Nacional, aguardando la Constitución de la comisión temporaria por la mesa, a través del Mensaje de Acuerdos, Convenios, Tratados y Actos Internacionales N° 696/2010, del 13 de diciembre de 2010.

En el Preámbulo de la Convención consta que “en virtud de la existencia de tráficos ilícitos o clandestinos de mano de obra, sería conveniente tomar nuevas medidas dirigidas, en especial, contra tales abusos:

Artículo 1°

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes.

Artículo 3°

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

²² Barzotto Cardoso, L. (2007). *Direitos Humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 96.

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

En su art. 5° se encuentra el objetivo de la norma y en el art. 6°, las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

“Artículo 5°

Las medidas previstas en los artículos 3° y 4° deben tener especialmente por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción en justicia, sea cual fuere el país que sirve de base a sus operaciones”.

“Artículo 6°

1. Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas en el artículo 2° del presente Convenio y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones.
2. Cuando un empleador sea objeto de una acción en justicia en aplicación de las disposiciones que se tomen en virtud del presente artículo, deberá tener el derecho de establecer la prueba de su buena fe”.

Se resalta que la norma fue adoptada el 18 de diciembre de 1990 por la Organización Internacional del Trabajo y desde entonces puede ser utilizada como orientación por los magistrados en el juzgamiento en el ámbito nacional desde el momento de su ratificación por un Estado. Entre tanto, también puede ser usada por los Estados que aún no lo ratificaron, al menos como referencia interpretativa de las legislaciones internas del país.

Además, se resalta que el derecho de los migrantes está previsto entre las normas de fondo de la Organización Internacional del Trabajo, así como está englobado dentro de la prohibición de discriminación, norma de derecho fundamental (Convención N° 111 de la OIT, en la cual consta la prohibición por ascendencia nacional); luego, para algunos, estos hechos permiten la aplicación de la Convención N° 143, inclusive en los Estados que aún no lo internalizaron.

“El carácter vinculante del contenido normativo de la Constitución de la OIT descrito está especificado cuando un Estado decide ser miembro de la OIT y acepta la obligatoriedad del instrumento internacional –tanto del Preámbulo como de los principios generales–, por lo que se encuentra obligado a respetarlos”²³.

Por tanto, se verifica la existencia de un fundamento fraterno en la creación de la Convención N° 143 de la OIT, una norma laboral en cuya base están los Derechos Humanos. Su creación deriva de la necesidad de proteger al migrante, vulnerable exactamente por su condición de extranjero en un nuevo país. Así, la norma obliga y sanciona a aquellos que, violando su deber de cuidado sobre el otro, optan por explorarlo teniendo en vista su situación de desamparo.

5. Consideraciones finales

Las recientes ondas migratorias en Brasil de haitianos, sirios y, especialmente, los recientes treinta mil refugiados venezolanos, por la crisis de abastecimiento, falta de comida y otros artículos básicos en su país de origen, exigen una reflexión. Falta estructura de las fronteras brasileñas con impactos sobre la seguridad pública, en especial sobre el tránsito libre por las regiones de fronteras en el país, impactos sociales en los servicios públicos de salud y educación.

La principal causa de las migraciones en el mundo sigue siendo la búsqueda de empleo, según los datos recientes de la OIT. Esto no es diferente en Brasil.

En Brasil, hay un compromiso constitucional que nos obliga al trato digno del inmigrante: en el Preámbulo de la Constitución, en el orden económico y social. En este sentido, la nueva Ley de Migraciones de Brasil, la Ley N° 13.445/2017, mejora la situación del extranjero, garantizándole más derechos en sentido cuantitativo y cualitativo.

Se verifica una aproximación entre la nueva ley brasileña de migraciones y las normativas internacionales de Derechos Humanos. Por ejemplo, apenas en relación al ámbito laboral, la OIT editó la Convención N° 143, por la cual prevé la protección laboral de los inmigrantes mediante garantías de Derechos Humanos en el acceso de ocupación productiva justa y la restricción de la exploración abusiva en la prestación de servicios. La Convención N° 143 de la OIT sugiere a los Estados una actualización de la materia de la

23 Montejo Canessa, M. F. (2008). La protección internacional de los Derechos Humanos laborales. Valência. Tirant lo Blanch, 177-178.

reglamentación del trabajo al migrante, en la línea que tiende a equipararlo al nacional y que el Brasil concretiza con la sanción de la ley de migraciones sancionada por el Presidente Michel Temer, que abroga el Estatuto del Extranjero.

Desde el punto de vista internacional, nuestra Constitución federal en la óptica fraternal es totalmente compatible con la Convención N° 143 de la OIT, en la cual, en síntesis, pretende la igualdad de oportunidades y tratamiento de los trabajadores migrantes con relación a los nacionales.

Desde el punto de vista nacional, la ley sancionada para sustituir el Estatuto del Extranjero, en síntesis, favorece las interacciones laborales, económicas y sociales en el sentido de valorar los derechos, realzando la contribución del migrante en la construcción de la comunidad nacional. En materia de ingreso de migrantes al país, se procura el repudio de la xenofobia, acogimiento humanitario, reunión familiar, acceso a la justicia y medidas destinadas a promover la integración social.

La ampliación y simplificación en materia de nuevas garantías sociales, lingüísticas, laborales, culturales y asistenciales implementan el mandato constitucional de una comunidad fraternal inclusiva de los inmigrantes trabajadores como deber de justicia.

Bibliografía

- Baggio, Antonio Maria (2008). *O princípio esquecido*. Vol 1. São Paulo. Cidade Nova.
- Barzotto Cardoso, Luciane (2007). *Direitos Humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre. Livraria do Advogado.
- Barzotto, Luis Fernando (2003). “Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito”. *Revista Jurídica Virtual* [Revista Jurídica da Presidência], Brasília, v. 5, n. 48, mai. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747/738>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- Bom Dia Brasil. PR: Ministério Público investiga trabalho escravo de domésticas. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/02/pr-ministerio-publico-investiga-trabalho-escravo-de-domesticas.html>. Acesso em: 8 out. 2016.
- Bragato Frizzo, Fernanda (2016). “Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade”. *Revista Quaestio Juris*. Rio de Janeiro, v. 09, n. 04, 1806-1823.
- Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI - Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8-5-2008, DJE de 17-10-2008. Disponível em:

- <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13/11/2007, DJE 018 Divulgado: 31-1-2008, Publicado: 1-2-2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17-11-2016, DJE 25-11-2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1555503&num_registro=201602021631&data=20161125&formato=PDF. Acesso em: 11 abr. 2017.
- Brasil. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 26-3-2014, DEJT 15-4-2014. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.3:acordao;rr:2014-03-26;167800-2005-482-1-0>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- Bruni, Luigino. “Commenti - Il lavoro e le lenti sbagliate”. *Avvenire* il, 1-4-2012. Disponível em: <http://www.edc-online.org/it/pubblicazioni/articoli-di/luigino-bruni/editoriali-avvenire/3295-la-cultura-dei-muri-dritti.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- Canotilho Gomes, J. J. (1991). *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina.
- Finnis, John Mitchell. “A teoria do direito natural de John Mitchell Finnis”. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17122/17122_3.PDF. Acesso em: 6 mar. 2017.
- Folha de São Paulo. “Empresa ‘importa’ babás e domésticas das Filipinas para o Brasil”. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/05/1627108-empresa-importa-babas-e-domesticas-das-filipinas-para-o-brasil.shtml>. Acesso em: 8 out. 2016.
- Lubich, Chiara (2009). *Ideal e Luz*. Brasília. Brasiliense.
- Machado, Carlos Augusto Alcântara (2014). *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo. PUC, 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- Miranda, Jorge (2010). *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra editora.
- Montejo Canessa, Miguel Francisco (2008). *La protección internacional de los Derechos Humanos laborales*. Valência. Tirant lo Blanch.
- Moraes, Alexandre de (2003). *Direito constitucional*. 14 ed. São Paulo. Atlas.
- Oficina Internacional del Trabajo. OIT. Migración equitativa: un programa para la OIT. Memoria del Director General, Informe I (B), CIT, 103. Reunión, 2014, parr. 5, 32-36.
- Organização Internacional do Trabalho. OIT. Convenção nº 143. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>. Acesso em: 4 out. 2016.

- Organização Internacional do Trabalho. OIT. Promover uma migração equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo, 105. Reunión, 2016.
- Potobsky, Geraldo W. von; Valticos, Nicolas (1995). *International Labour Law*. Kluwer Law and Taxation.
- Rivas, Pablo Ramires (2011). “Amistad, pólis y reconocimiento: la decisión de la fraternidade”. In *Fraternidad y conflicto*. Buenos Aires. Editorial Ciudad Nueva.
- Souza, Rodrigo Trindade de (Coord.) et al. (2015). *CLT comentada pelos Juizes do Trabalho da 4ª Região*. São Paulo. LTr, 470.
- UOL. Além das fronteiras. Disponível em: <http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das->