



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Centro de Políticas Públicas UC

Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile

RODRIGO AZÓCAR
Escuela de Derecho



TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Año 11 / N° 90 / octubre 2016
ISSN 0718-9745

Desafíos y propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile

RODRIGO AZÓCAR¹
Escuela de Derecho

Introducción²

La existencia de un nuevo patrón migratorio y el incremento de la población migrante en nuestro país han puesto en evidencia la falta de una ley de extranjería adecuada y de políticas públicas coordinadas a nivel nacional e interministerial. A ello se suma que la mayor parte de los extranjeros ejercen una labor remunerada en nuestro país, hecho que los enfrenta a una serie de problemas y desafíos no abordados por la autoridad, que, en su conjunto, impiden o dificultan el pleno ejercicio de sus derechos laborales.

Es importante recordar que el Estado de Chile asumió compromisos concretos frente a la comunidad internacional y frente a sus propios habitantes, al suscribir y ratificar instrumentos que consagran una serie de derechos laborales en favor de los trabajadores migrantes. Estas garantías no solo deben ser reconocidas y respetadas; también deben poder ejercerse eficazmente en los lugares de trabajo.

La deuda de las autoridades chilenas no se refiere solo a la adecuación de la institucionalidad y a la creación

de una nueva legislación en materia migratoria, sino también al emprendimiento de políticas y acciones que busquen concretar el tan anhelado *trabajo decente*³, que ayuden a generar relaciones laborales más justas y constructivas entre empleadores y trabajadores, y que posibiliten el real ejercicio de sus derechos laborales.

En el presente artículo se entregan propuestas que buscan mejorar la situación jurídica de los trabajadores migrantes y contribuir al ejercicio efectivo de sus derechos y garantías en materia laboral.

Para ello, en primer lugar, se analiza someramente la situación laboral actual de la población migrante y el régimen jurídico aplicable a esta. A continuación, se dilucida si el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores extranjeros está determinado solo por la legislación laboral, o también por la regulación migratoria y de extranjería, y por las políticas que el Estado implemente en la materia. Y finalmente, se enuncian propuestas para contribuir al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en Chile.

1 En la preparación de esta publicación participaron: Tomás Greene Pinochet (abogado, Clínica Jurídica UC), Pablo Vera Pérez (abogado, Fundación SJM), Florencia Saffirio Palma (trabajadora social, Fundación SJM) y Eleonora López Contreras (socióloga, UNAM).

2 El borrador final de este documento fue presentado en un seminario realizado el 12 de septiembre de 2016, en el que participaron como panelistas Rodrigo Sandoval, jefe del Departamento de Extranjería y Migración, Paulina Núñez, diputada, y Jorge Martínez, investigador de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). La actividad fue moderada por Claudia Silva, jefa de Estudios del Departamento de Extranjería y Migración y académica UC.

3 Para una definición de trabajo decente, ver: <http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>

Caracterización de la migración laboral en Chile

La migración es un fenómeno de gran magnitud e importancia para millones de personas, y en el que prácticamente están involucrados todos los países del mundo⁴. Los trabajadores extranjeros frecuentemente se encuentran en situación de discriminación y vulnerabilidad; esto se acrecienta en el caso de la migración irregular, en que las personas suelen trabajar en condiciones aún menos favorables⁵.

La migración ha existido durante toda la historia de Chile. Sin embargo, por diversos factores, ha cobrado relevancia y visibilidad solo en los últimos decenios⁶, especialmente a partir de mediados de la década de 1990⁷. En la actualidad, por sus características, es posible hablar de un nuevo patrón migratorio (OIM, 2011, 33).

En el año 2013 el total de migrantes ascendía a 354.581 personas, lo que equivalía al 2,1% de la población nacional (Casen, 2013)⁸. Este porcentaje es bajo en comparación con los países de la OCDE –9% de migrantes (Banco Mundial, 2010)– y con el porcentaje mundial –de un 3,4%– (Banco Mundial, 2016). Asimismo, el porcentaje de migrantes fue inferior al de chilenos que emigraron del país (5,06%)⁹.

La migración que llega a Chile proviene en su mayoría de América del Sur (74,9%), especialmente de los países

límitrofes¹⁰: Perú (31,7%), Argentina (16,3%) y Bolivia (8,8%) (DEM, 2016b). En cuanto a su distribución en el territorio nacional, el 61,5% se asienta en la Región Metropolitana¹¹, el 6,9% en la Segunda Región de Antofagasta, el 6,0% en la Primera Región de Tarapacá y el 5,8% en la Quinta Región de Valparaíso¹².

El 73,5% de la población migrante tiene entre 20 y 65 años (DEM, 2016), lo que corresponde justamente al rango etario de las personas en edad laboral activa, y, en su mayoría, emigran en búsqueda de mejores oportunidades económicas y de trabajo¹³.

En promedio, la población migrante en Chile posee más años de escolaridad que sus pares nativos: 12,6 versus los 10,7 años que tienen los chilenos (Casen, 2013).

Una proporción importante de estos trabajadores asume labores que requieren una menor calificación de la que realmente poseen, de acuerdo a sus años de estudio (Stefoni, 2011). Este desfase puede explicarse por la estigmatización laboral que los relega a realizar solo trabajos domésticos u oficios (Contreras, Ruiz-Tagle y Sepúlveda, 2013); así como por las dificultades que implica convalidar títulos extranjeros en Chile –con excepción de países como Ecuador, Cuba y Brasil, que poseen convenios de convalidación con nuestro país– (Stefoni, 2011).

La tasa de ocupación de las personas migrantes corres-

4 La tendencia mundial respecto a la migración apunta a un fuerte dinamismo, con un probable crecimiento futuro y con flujos migratorios mundiales cada vez más complejos y condicionados por cambios rápidos y sustanciales. En la mayoría de los casos, el trabajo es el horizonte de la migración y se convierte inevitablemente en un aspecto importante en alguna etapa del proceso (OIT, 2016).

5 Preámbulo de la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (1990).

6 El análisis de los factores que inciden en la migración incorpora no solo elementos locales, sino también globales. Para el caso chileno, se ha señalado que “Entre los factores que contribuyen a configurar las dinámicas migratorias se encuentra la estabilidad política y el crecimiento económico que se produce en Chile a partir de la recuperación de la democracia; las crisis económicas, niveles de pobreza e informalidad en el mercado laboral en los países de origen; el endurecimiento de políticas inmigratorias en las economías de mayor desarrollo; la cercanía y el menor costo de viaje que supone Chile en el contexto de una inmigración regional y las redes sociales que se han desarrollado a través de los años y que permiten y/o facilitan la llegada de familiares, amigos y conocidos de migrantes ya radicados en el país.” (OIM, 2011, 63).

7 Si bien en Chile la época con mayor porcentaje de migración fue a principios del siglo XX, momento en el cual los migrantes alcanzaron a ser más del 4% del total de la población (Martínez, 2005), solo a partir de la década de 1990 empieza a crecer sostenidamente el flujo de migrantes (Jensen, 2009). Este incremento se relaciona con la recuperación de la democracia, la estabilidad política y el desarrollo económico del país (Erazo, 2009). El aumento progresivo de los residentes extranjeros en el tiempo queda en evidencia con los datos del censo del año 1982 (83.805 personas, que representaban el 0,7% de la población nacional), del censo del año 1992 (105.070, que representaban al 0,8%) y del censo del año 2002 (195.320 personas, que representaban al 1,2%). Durante el último decenio, el porcentaje de residentes extranjeros ha aumentado considerablemente: 1% (2006), 1,3% (2009), 1,4% (2004) y 2,1 (2013) (Casen, 2013).

8 Según una estimación realizada por el Departamento de Extranjería y Migración (DEM), para el año 2014 los residentes migrantes en Chile alcanzaron las 410.988 personas, lo que representaba el 2,3% del total de la población del país (DEM, 2016b).

9 Porcentaje obtenido con datos proporcionados por la Dicoex (2013).

10 Estas cifras concuerdan con los datos de la Encuesta Casen, donde se refleja que las naciones con mayor cantidad de personas migrantes en Chile son: Perú, con 117.925 (33,3%); Argentina, con 53.192 (15,0%); y Bolivia, con 48.894 (13,8%) (Casen, 2013).

11 Dentro de la Región Metropolitana las comunas con mayor población migrante son: Santiago (54,4%), Recoleta (14,2%), Estación Central (13,1%), Independencia (9,6%) y Quinta Normal (8,7%) (Margarit y Bijit Abde, 2014).

12 En términos relativos respecto a la población total de cada región, destacan las regiones de Tarapacá (7,4%), Arica (5,8%), Antofagasta (4,6%) y Metropolitana (3,5%) (DEM, 2016b, 26). Estas cifras concuerdan con los resultados de la encuesta Casen (2013).

13 Las principales razones esgrimidas para migrar a Chile “... son de tipo económicas (Mujica, 2003; Araujo y otros 2002). El desempleo, las malas condiciones laborales y los bajos salarios percibidos en los países de origen son condiciones que inciden en la decisión de emigrar con el fin de encontrar mejores oportunidades laborales.” (OIM, 2011, 36).

ponde al 71,9%, lo que contrasta con el 52,8% de los nacidos en Chile (Casen, 2013).

Lo anterior coincide con la buena evaluación del desempeño que realizan los empleadores de los trabajadores migrantes. Según un estudio realizado en la Región Metropolitana, los empleadores valoran las siguientes características positivas del trabajador extranjero en Chile: “... *motivación para trabajar; cumplimiento de horarios, disciplina y pocas ausencias laborales; buen dominio del español (salvo en el caso de trabajadores haitianos); buen trato y cortesía y una mayor diversidad cultural...*” (OIM, 2012, 43).

El porcentaje de personas migrantes asalariadas que no tienen contrato de trabajo ha disminuido a más de la mitad entre los años 2009 y 2013, sin embargo, continúa siendo del orden del 10% (Casen, 2013).

Las principales áreas de inserción laboral corresponden al sector privado (62,2%), al servicio doméstico (8,4%) y al trabajo por cuenta propia (20%) (Casen, 2013)¹⁴.

La inserción laboral en Chile es diferente entre la población local y los extranjeros; el proceso que experimenta la población migrante está marcado por la precarización¹⁵ en el tipo de trabajo que desarrolla (OIM, 2011).

Entre los mismos extranjeros también encontramos diferencias. Por ejemplo, determinados grupos de personas de nacionalidad peruana, boliviana y ecuatoriana se integran principalmente a sectores vulnerables, de baja calificación y en empleos de mayor precariedad; mientras que otros, como los argentinos, se distribuyen a lo largo de distintos grupos laborales, en puestos de alta, media y baja calificación (OIM, 2011).

Las áreas donde participan –a excepción del ámbito de la salud–, tienden a ser más inestables, de menores in-

gresos y donde se exige un nivel inferior de calificación. Lo anterior, en algunos casos, contribuye a un proceso de estratificación social a partir de la nacionalidad y situación migratoria (OIM, 2011).

Según un estudio realizado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en la Región Metropolitana las condiciones laborales precarias (horarios extensos, turnos, ausencia de contratos, contratos transitorios, etc.) y las características intrínsecas de las personas migrantes (nacionalidad, color de piel, entre otras) generan prácticas discriminatorias que afectan la incorporación del extranjero al mercado del trabajo nacional (OIM, 2012).

De acuerdo al mismo estudio, entre los factores que facilitan o dificultan la incorporación del migrante al mercado laboral, encontramos: las condiciones económicas estructurales de dicho mercado (como el contexto económico y el cambio demográfico); la calidad de la normativa y política migratoria (legislación migratoria, irregularidad administrativa, contratación informal, acceso a información de empleadores y extranjeros, entre otros); las condiciones propias del mercado laboral chileno (como el límite legal a la contratación de extranjeros, las actitudes discriminatorias, el impacto en los salarios); y, por último, los factores asociados a las características de los mismos trabajadores migrantes (OIM, 2012).

De esta manera, la irregularidad administrativa de las personas migrantes es un factor que imposibilita su incorporación al mercado laboral formal, además de exponerlos a condiciones de vulnerabilidad (OIM, 2012)¹⁶.

La informalidad laboral profundiza la exclusión social del trabajador migrante. Esta no se traduce únicamente en la ausencia de un contrato de trabajo, sino también en la clase de labores que realiza y en la forma en que

¹⁴ En esta materia se genera entre la población nativa el mito de vincular la disminución de puestos de trabajo en el mercado laboral nacional con la presencia de personas migrantes (Sutcliffe, 1998, 46). Sin embargo, el promedio de personas migrantes empleadas por sector económico es del 1% (con un máximo de 3%), lo que tiene un nulo efecto sobre el mercado del trabajo local (Contreras, Ruiz-Tagle y Sepúlveda, 2013). En efecto, solo un porcentaje por arriba del 10% de trabajadores extranjeros contratados en un mismo sector económico podría tener efectos representativos sobre el mercado laboral en detrimento a la población nacional (Contreras, Ruiz-Tagle y Sepúlveda, 2013).

¹⁵ Lo anterior se observa en indicadores como: “... i) ausencia de contrato, donde los inmigrantes tienen un 22,3% versus un 17,9% para la población local; ii) tipo de contrato, donde los nacionales tienen un mayor porcentaje de contrato indefinido (68,4% versus 59,7%) y los migrantes un mayor porcentaje en servicios transitorios (8,8% versus 4,2 para los locales); y iii) finalmente respecto del tipo de jornada, donde los nacionales tienen un mayor porcentaje de jornada completa (83,3% versus 77,9% para los migrantes) y un menor porcentaje en jornada parcial (11,4% versus 16,9% para los migrantes)” (OIM, 2011, 50).

¹⁶ Las dificultades para acceder al mercado de trabajo formal debido a condiciones de irregularidad suponen “... un perjuicio para el migrante, por la indefensión ante posibles abusos (tanto por las condiciones del trabajo, como por las posibilidades de caer en redes de tráfico ilícito y trata de personas), y para el empresario que contrata legalmente, de acuerdo con las normas de derecho laboral, al suponer una competencia desleal de aquellos que emplean trabajadores migrantes sin contrato ni beneficios sociales.” (OIM, 2012, 64-65).

En este sentido, la migración irregular o indocumentada es una de las condiciones que pone en mayor riesgo los derechos de las personas, ya que suele privarlas de toda protección jurídica y los deja vulnerables a la explotación y a los abusos extremos relacionados con la trata de personas (OIT, 2014a).

desempeña sus funciones. Lo anterior se ve acrecentado por intentar evitar conflictos con su empleador (Valenzuela et al, 2014).

Estas situaciones, que favorecen los abusos, pueden derivarse no solo de la inexistencia o insuficiencia de los mecanismos de protección, sino también de las fallas de los propios sistemas de migración (OIT, 2014a).

La información referente a los derechos y deberes laborales y migratorios con que cuentan los trabajadores extranjeros y sus empleadores proviene principalmente de instituciones gubernamentales (Dirección del Trabajo, DEM, entre otras), de las municipalidades, de la sociedad civil y de organismos internacionales.

Sin perjuicio de ello, se evidencia cierta ignorancia de los empleadores sobre las exigencias para establecer un vínculo laboral con personas extranjeras, lo cual desincentiva su contratación (OIM, 2012). Específicamente, esta ignorancia se refiere a trámites necesarios, instituciones competentes, normas jurídicas aplicables, requisitos para la contratación, modalidades de contrato, tipos de visa y permisos de trabajo, entre otros.

Asimismo, la información referente a condiciones y derechos laborales que recibe el extranjero al llegar a nuestro país es también insuficiente (OIM, 2012). Las personas migrantes que se encuentran en Chile tienen poco conocimiento de sus derechos. De acuerdo al mismo estudio, el porcentaje de trabajadores migrantes que declaran conocer sus derechos es: peruanos 53,3%, argentinos 51,2%, dominicanos 33,3%, colombianos 32,1%, ecuatorianos 28,8%, bolivianos 26% y haitianos 24,5%.

De esta manera, *“la falta de información y la ausencia de protocolos dirigidos a los empleadores que contengan los requisitos y procedimientos para contratar trabajadores migrantes, además de la insuficiente información que recibe el trabajador migrante, se ha identificado como una dificultad para la incorporación laboral en condiciones de regularidad administrativa”* (OIM, 2012, 39).

17 La Organización Internacional del Trabajo ha señalado que *“La vulneración de una sola categoría de principios y derechos fundamentales en el trabajo incide negativamente en el respeto y el cumplimiento efectivo de los demás. Así sucede en particular cuando los trabajadores no pueden ejercer la libertad sindical ni negociar colectivamente. Sin cauce de expresión colectiva no están en condiciones de recabar la protección necesaria para que se traten las causas profundas de su vulnerabilidad. Las situaciones de trabajo forzoso, discriminación y trabajo infantil son difíciles de resolver cuando las personas que las padecen actúan en solitario y, recíprocamente, cuanta mayor desprotección generan esas situaciones, mayores son los obstáculos al ejercicio de la libertad sindical.”* (OIT, 2012, 8).

18 Se ha señalado que *“La información censal, si bien es una fuente fundamental, no es suficiente para la toma de decisiones. La encuesta de hogares es una herramienta con la que es necesario seguir contando dada la amplitud de información que entrega, pero la dificultad en la representación de los datos genera problemas en la toma de decisiones sobre políticas.”*

El registro de residencia, por otra parte, no permite descontar a aquellas personas que regresan a su país de origen ni tampoco las defunciones que se produzcan con posterioridad a la entrega de la visa. El registro tampoco identifica o contabiliza a los niños chilenos hijos de extranjeros. El registro de entradas y salidas, por su parte, otorga una visión demasiado general sobre el ingreso, sin permitir la discriminación en términos de los motivos de entrada, lo que dificulta la identificación de los migrantes.” (OIM, 2011, 89).

En cuanto a las redes de apoyo de los trabajadores extranjeros, las hay principalmente de dos tipos: las redes directas de cada persona (familiares o amigos que se encontraban residiendo en Chile previo a su llegada); y las organizaciones sociales en la cuales participa el 14,4% de las personas migrantes, lo que contrasta con el 22,3% de los nacidos en Chile (Casen, 2013).

Estas organizaciones han sido claves en el trabajo de inserción e integración de las personas migrantes en la sociedad chilena. En general, se trata de organizaciones vinculadas a la Iglesia Católica, universidades y otras que trabajan en el área de género y derechos humanos. Estas organizaciones proveen servicios especializados de asistencia jurídica, apoyo y orientación en regularizar la documentación, salud mental, bolsas de empleo, servicios de acogida; además de proporcionar espacios de encuentro y recreación para este grupo de personas (conjuntos folklóricos, de música, etc.) (OIM, 2011).

Respecto a la participación en organizaciones sindicales, ya sea por obstáculos normativos o por exclusión social general, los trabajadores extranjeros generalmente no están sindicalizados ni tampoco se vinculan a instancias de negociación colectiva¹⁷. Como consecuencia, tienen dificultades para exigir el cumplimiento de sus derechos (Gammage y Helmreich, 2013).

En concordancia, las organizaciones sindicales no presentan mayores demandas ni reclamos por temas relacionados con la migración laboral. Lo anterior, sin perjuicio de que la OIT ha señalado que estos temas son una cuestión que incumbe a estas organizaciones por ser parte del mundo del trabajo (OIT, 2009).

Por último, cabe señalar que, si bien en los últimos años la autoridad ha realizado esfuerzos, persiste la dificultad para acceder a cifras o datos oficiales, ya sea porque son parciales, de difícil tratamiento o simplemente porque no existen¹⁸. Asimismo, se evidencia una falta

de información y generación de conocimiento sistemático respecto a la migración en Chile (Rojas y Vicuña, 2014). Esto, a su vez, dificulta abordar y dar tratamiento a las problemáticas derivadas de la migración laboral, así como realizar una caracterización adecuada de la misma.

Régimen jurídico laboral aplicable a los trabajadores migrantes en Chile

a. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

A nivel de derecho internacional, existen una serie de instrumentos que, directa o indirectamente, se aplican a los trabajadores migrantes y que buscan proteger sus derechos humanos, sociales, políticos y laborales.

En esta materia, especial relevancia adquieren las normas internacionales adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como los tratados internacionales y convenios bilaterales, multilaterales o regionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

A continuación, este análisis se centrará en la principal fuente de derecho internacional que consagra los derechos de los trabajadores migrantes y que tiene vigencia en Chile desde su ratificación en el año 2005. Nos referimos a la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (CMW, por sus siglas en inglés), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1990.

Uno de los principios que inspira a este convenio es la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y extranjeros, en cuanto a remuneraciones, condiciones de trabajo y de empleo (artículo 25); así como respecto de la protección contra el despido y las prestaciones de desempleo (artículo 54). El referido tratado repite incansablemente que los trabajadores migratorios no deben tener un trato menos favorable en sus empleos al recibido por los nacionales del Estado receptor.

Esta igualdad alcanza a los trabajadores que se encuentren en una situación migratoria irregular. En efecto, el convenio establece que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades... (artículo 25).

Los derechos que contempla la CMW para los trabajadores migratorios y sus familiares corresponden a derechos humanos comunes a todas las personas, tales como: el derecho a la vida (artículo 9°), a la libertad de movimiento (artículos 8° y 39), a no ser sometido a esclavitud ni ser obligado a realizar trabajos forzados u obligatorios (artículo 11), a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 12), a la libertad de expresión (artículo 13), al respeto por su identidad cultural (artículo 31) y el derecho al acceso a la justicia y al debido proceso (artículo 18), por mencionar algunos.

Junto con ello, contempla derechos de particular relevancia en materia laboral, tales como: la libertad sindical (artículos 26 y 40), la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales respecto a la seguridad social (artículo 27) y el derecho a recurrir ante las autoridades competentes cuando consideren que su empleador ha violado las condiciones de su contrato de trabajo (artículo 61).

Asimismo, este pacto establece que el Estado debe proporcionarles información de sus derechos y obligaciones (artículo 33) y mantener servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional. Esta última obligación comprende la formulación y generación de políticas; el suministro e intercambio de información y asistencia apropiada; la consulta y cooperación entre autoridades, entre otros (artículo 65).

De nada sirve que el Estado reconozca los derechos de los migrantes si estas garantías no son conocidas por trabajadores y empleadores, y si no pueden ejercerse eficazmente en sus lugares de trabajo ni exigir su cumplimiento en las instancias administrativas y judiciales.

b. Constitución Política de la República y Código del Trabajo

Tanto la Constitución Política de la República (CPR) como el Código del Trabajo (CdT) consagran el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, salvo puntuales excepciones que deben ser revisadas. Estas se refieren a la limitación para la contratación de trabajadores extranjeros dentro de una misma empresa¹⁹; a la posibilidad de que algunas leyes o disposiciones reglamentarias contemplen la nacionalidad chilena como requisito para desempeñar alguna función o cargo²⁰, y al Estatuto Administrativo²¹.

De esta manera, las normas constitucionales y legales protectoras de las garantías y libertades de los trabajadores son aplicables a todas las personas que habitan el territorio nacional, incluyendo a los trabajadores extranjeros, sin importar la situación migratoria en que se encuentren.

El primer artículo de la CPR, reconoce que *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* (inciso primero). A continuación, agrega que el Estado *“... debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible...”*, asegurando además *“... el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*.

Parafraseando este artículo, es posible señalar que la CPR reconoce la libertad e igualdad en dignidad y derechos de todas las personas extranjeras que habitan y trabajan en nuestro territorio nacional. Del mismo modo, obliga al Estado a crear las condiciones sociales y de empleabilidad para que alcancen su mayor realización

posible, asegurándoles que puedan participar con igualdad de oportunidades en el mercado laboral y en sus lugares de trabajo.

El artículo 19 de la CPR contempla un listado de derechos fundamentales inespecíficos²² que se reconocen a todas las personas, tales como: *“la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*; el *“derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale”*; el *“asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí mismos”* (artículo 19 N° 3, incisos 1°, 2° y 3°); *“el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”* (artículo 19 N° 4); *“el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”*, que incluye el *“derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio”* (artículo 19 N° 7 letra a), entre otros.

Como derechos fundamentales específicos en materia laboral, destacan: *“la libertad de trabajo y su protección”*, el *“derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”*, la prohibición de cualquier discriminación *“que no se base en la capacidad o idoneidad personal”* del trabajador (artículo 19 N° 16 incisos 1° y 3°), el *“derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley”* (artículo 19 N° 19) y el derecho a *“la negociación colectiva con la empresa en que laboren”* (artículo 19 N° 16).

El CdT, en su artículo 5°, estableció como límite al ejercicio de las facultades que la ley concede al empleador –facultad de dirección y disciplinaria que este tiene en su empresa–, *“el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores”*. Esta norma viene a extender explícitamente la eficacia horizontal de los derechos consagrados en la CPR al ámbito de las relaciones laborales.

19 Una distinción que realiza la ley se encuentra en los artículos 19 y 20 del CdT, donde restringe la contratación de extranjeros, estableciendo que a lo menos el 85% de los trabajadores de una empresa debe ser de nacionalidad chilena. Esta limitación ha suscitado debate a nivel nacional. Incluso, recientemente la Comisión Nacional de Productividad propuso la eliminación de dicha restricción, ya que constituye una debilidad de nuestra legislación (Comisión Nacional de Productividad, 2016).

20 La normativa laboral no prohíbe, en términos generales, a los trabajadores extranjeros ser contratados para realizar labores de cualquier índole, salvo que expresamente lo establezca una ley para casos determinados (de acuerdo a lo señalado en el artículo 19 N°16 CPR), o que una disposición reglamentaria contemple la nacionalidad chilena como requisito para desempeñar alguna función o cargo, como en el caso de vigilantes privados, nocheros, porteros, rondines u otras labores de similar carácter (Decretos Supremos N° 93, de 1985, del Ministerio de Defensa Nacional y N° 1773, de 1994, del Ministerio del Interior y de Defensa Nacional, ambos reglamentarios del Decreto Ley N° 3607. En este mismo sentido, Ord. N° 2628/040, del 01.07.2009, de la Dirección del Trabajo).

21 El Estatuto Administrativo se aplica a las relaciones entre el Estado y los funcionarios públicos. En su artículo 12, contempla una restricción para que los trabajadores extranjeros ingresen a la Administración del Estado: se requiere ser ciudadano chileno. Sin perjuicio de esto, excepcionalmente puede designarse en empleos a contrata a personas extranjeras que posean conocimientos científicos o de carácter especial. En todo caso, en igualdad de condiciones, se debe preferir a los chilenos.

22 Los derechos fundamentales *inespecíficos* son *“... otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo (los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas...”* (Palomeque, 1991, 31 y ss.), como lo son: la intimidad, la vida privada, la honra, entre otros. Corresponden a derechos fundamentales propios del trabajador, pero no considerado en tal condición, sino como ciudadano.

Por su parte, los derechos fundamentales *específicos* son propios de los trabajadores en cuanto a tales, como, por ejemplo, la libertad de trabajo y su protección, la libertad de elección del trabajo, la justa retribución, la sindicalización y la negociación colectiva, entre otros.

También el CdT establece que las relaciones laborales deben fundarse siempre en un trato compatible con la dignidad de la persona, prohibiendo expresamente cualquier acto de discriminación. Entiende por esta clase de actos:

“... las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación...” (artículo 2° incisos 3° y 4°).

En conclusión, es posible afirmar que la CPR, basada en el principio de la universalidad de los derechos, consagra garantías fundamentales y las hace extensivas a todas las personas que habitan el territorio nacional, sin hacer mayores distinciones por motivos de nacionalidad ni situación migratoria. Estos derechos adquieren plena vigencia en el lugar de trabajo de las personas²³.

En este mismo sentido, el CdT establece derechos laborales para todos los trabajadores²⁴, sin hacer mayores distinciones por su nacionalidad o situación migratoria. Es más, estas condiciones no pueden determinar ni condicionar el ejercicio de tales derechos frente a su empleador.

Por último, al menos a nivel normativo, no existe diferencia entre nacionales y extranjeros en cuanto al acceso a entidades administrativas y fiscalizadoras —especialmente la Inspección del Trabajo²⁵— y a los Tribunales de Justicia²⁶; y en cuanto a la realización de trámites y la exigibilidad de derechos ante dichos órganos del Estado.

c. Regulación migratoria y extranjería

Para que un extranjero pueda iniciar una actividad laboral de manera regular en Chile²⁷ debe obtener un permiso para trabajar o una visa que lo habilite para ello. Sin este documento no puede laborar formalmente, ni menos ser contratado y, en caso de hacerlo, el empleador y el trabajador se exponen a sanciones.

De esta manera, el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes está determinado también por la regulación migratoria y de extranjería que existe en el país, materias que actualmente están contenidas en dos cuerpos normativos: el Decreto Ley N° 1094 de 1975 (en adelante, “Ley de Extranjería”), y en el Decreto Supremo N° 597 de 1984 (“Reglamento de Extranjería”).

En dichos preceptos se regula, entre otros aspectos, el estatuto administrativo que rige a los extranjeros en Chile, su ingreso y egreso del territorio nacional, las categorías migratorias, las infracciones y el régimen de sanciones, además de establecer la institucionalidad destinada a su cumplimiento.

Esta anacrónica regulación tiene como característica esencial la excesiva discrecionalidad de la autoridad en el desarrollo sus atribuciones, lo que permite un ejercicio arbitrario de las potestades públicas. A modo de ejemplo, se establece que el Ministerio del Interior resuelve o concede discrecionalmente la permanencia definitiva, las visaciones, así como los cambios, prórrogas y trasposos de las mismas; para ello debe tener especialmente en cuenta la conveniencia o utilidad que reporte

23 En efecto, no existe distinción en el ejercicio de derechos respecto de todas las personas, sean nacionales o extranjeras. En este sentido, el Tribunal Constitucional chileno determinó que el migrante que ha ingresado en forma regular al país debe recibir un tratamiento jurídico igualitario al de un nacional, de conformidad a los tratados internacionales de derechos humanos y a la Constitución Política de la República (considerando 42°. Rol N°2273-12-INA, del 04.07.2013).

24 En la legislación laboral no existen distinciones para el goce y ejercicio de los derechos individuales del trabajo como contrato de trabajo, jornadas de trabajo, descansos y permisos, remuneraciones, normas de protección, terminación del contrato de trabajo, entre otros. Tampoco en los derechos colectivos del trabajo, como la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

25 La fiscalización de las normas laborales y de seguridad social en el territorio de la República le corresponde exclusivamente a la Dirección del Trabajo, la cual debe fiscalizar el cumplimiento de estas normas respecto de los trabajadores extranjeros, estén o no autorizados para prestar servicios en el país de conformidad a las normas de extranjería. En este mismo sentido, los siguientes Ordinarios de la Dirección del Trabajo: N° 5848/386, del 26.11.1998; N° 1539/017, del 28.03.2012; y N° 3167, del 18.08.2014.

26 El Código del Trabajo establece una serie de procedimientos judiciales destinados a exigir el cumplimiento de la normativa laboral y previsional, al cual pueden acceder tanto los trabajadores chilenos como extranjeros, con las mismas garantías e igual respeto a los principios del debido proceso y de tutela judicial efectiva, incluso contemplando el beneficio de asistencia jurídica gratuita.

27 Esto significa que, desde un punto de vista migratorio, es constitutiva de una infracción administrativa, pero en ningún caso quiere decir que la actividad laboral sea ilegal en sí misma, ya que se encuentra reconocida y amparada por la legislación laboral.

al país la concesión de estos permisos y la reciprocidad internacional²⁸.

La Ley de Extranjería, inspirada en la doctrina de la seguridad nacional, fue dictada hace más de 40 años, y es actualmente la más antigua de Sudamérica. Esta ley no responde a la actual realidad socioeconómica²⁹ ni al nuevo patrón migratorio del país³⁰; tampoco se ajusta a los compromisos internacionales que Chile ha contraído, sobre todo en materia de derechos humanos³¹.

Desafíos y propuestas respecto al ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores migrantes

A partir de las características de la migración laboral actual y del régimen jurídico laboral aplicable a los trabajadores migrantes, se aprecian una serie de problemas y desafíos que no han sido abordados, los cuales, en su conjunto, impiden el ejercicio pleno de sus derechos laborales.

Como se expuso precedentemente, el ejercicio de estos derechos no está determinado solo por la legislación laboral, sino también por la regulación migratoria y de extranjería que existe en el país. De la misma manera, está condicionado por las políticas estatales que en general se refieren a los trabajadores o a las personas extranjeras, así como por las políticas focalizadas para

los trabajadores migrantes, en especial por las que se refieran específicamente a sus derechos laborales.

Como se señaló al comienzo, se evidencia la falta de una ley de extranjería adecuada y de políticas públicas coordinadas a nivel nacional e interministerial³². Por lo anterior, a continuación se presentan propuestas que buscan mejorar la situación jurídica laboral de los trabajadores migrantes y contribuir al ejercicio efectivo de sus derechos laborales.

a. Cambio íntegro en la actual regulación e institucionalidad migratoria y de extranjería

Existe consenso entre las autoridades sobre la necesidad de ajustar la normativa de extranjería y migración al actual fenómeno migratorio y a los tratados internacionales vigentes sobre los derechos de los trabajadores extranjeros³³.

Tan transversal y urgente resulta la necesidad de contar con esta nueva regulación, que la administración del presidente Sebastián Piñera envió un proyecto de ley al Congreso Nacional (boletín N° 8970-06) con el objeto de adecuar la normativa. En esta misma línea, la actual administración ha realizado anuncios de mejoras a la regulación migratoria y del envío de un nuevo proyecto de ley. Asimismo, recientemente la Comisión Nacional de Productividad ha reiterado la importancia de mejorar las leyes de migración y extranjería³⁴.

28 Artículo 13 del Reglamento de Extranjería. El Tribunal Constitucional chileno, comentando esta disposición, señaló: “Se trata de una norma preconstitucional elaborada en 1975 y que refleja un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno.” (Rol N°2273-12-INA, del 04.07.2013, considerando 7°). Agrega que: “... no es admisible para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos concebir la potestad administrativa de admisión del extranjero a cada país únicamente desde la óptica del orden público interno y como medida de seguridad. Más bien, el punto de vista correcto es complementar la discrecionalidad de orden público con un enfoque de derechos, en el examen de los requisitos de ingreso y permanencia de un extranjero en el país.” (considerando 13).

En este mismo sentido, también se ha señalado que la Ley de Extranjería se caracteriza por permitir que varias de las medidas tomadas en relación con la entrada y permanencia de extranjeros se realice de forma discrecional por parte de funcionarios públicos (Araujo et al., 2002; Jensen, 2009), dado que la legislación migratoria se ha identificado como: “... anquilosada, restrictiva y lejos de las premisas de Derechos Humanos.” (Stefoni, 2011, 84). Cabe señalar que “Si bien la Convención reconoce que es prerrogativa del Estado determinar los criterios que definen quienes pueden y quienes no pueden ingresar al país, la amplitud y carácter político en los criterios de la ley chilena establece un margen importante de arbitrariedad en esta decisión (Martínez, 2011; Informe DD.HH. UDP., 2009, 2010).” (OIM, 2011, 68).

29 Véase también: OIM, 2011; Rojas y Vicuña, 2014.

30 El nuevo patrón migratorio se caracteriza por el origen latinoamericano de las personas migrantes, en edad laboral activa, con un creciente proceso de feminización, una alta concentración en la Región Metropolitana, y un proceso de inserción segmentado en el mercado laboral (OIM, 2011).

31 Además, en estas normas “... se observa que hay una ausencia de disposiciones respecto de la protección de los derechos humanos de las personas migrantes en cada uno de estos instrumentos. Así, mientras la Convención (CMW) se funda en un espíritu comprensivo de la migración, poniendo en el centro la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y sus familias, la Ley y Reglamento de Inmigración tienen un fundamento en el control y la seguridad del territorio nacional (Martínez, 2011; Cano et al. 2009; Mujica, 2004)” (OIM, 2011, 70). Incluso, se ha señalado que: “... tanto el lenguaje como los supuestos de valor que fundamentan el DL 1094, se encuentran en contradicción con los planteamientos jurídicos y sociales de un Estado democrático de derecho.” (Rojas y Vicuña, 2015, 73).

32 Dado que la migración en el país es un fenómeno bajo en porcentaje e incipiente en su desarrollo, es la oportunidad para modernizar el sistema migratorio chileno. En este sentido, también se ha señalado que “... los perjuicios de la postergación de la discusión migratoria en Chile podrían agravarse y derivar en tensiones y resistencias xenofóbicas en la medida en que se presenten ciclos económicos de mayor cesantía y aumenten los extranjeros residentes.” (Bellolio y Errázuriz, 2014, 15).

33 En esta materia son varios los temas pendientes. “En primer lugar, tal como lo han señalado los distintos presidentes de Chile desde 1990 en adelante, resulta fundamental modificar la actual ley de modo de que se ajuste a la realidad actual de la migración y a la normativa internacional vigente sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Asimismo, se requiere contar con una política de carácter nacional que otorgue lineamientos para abordar de manera coordinada e integrada las distintas dimensiones de la migración.” (OIM, 2011, 92).

De este modo, el primer y principal desafío en materia de migración laboral en Chile es el cambio íntegro de la actual regulación e institucionalidad migratoria y de extranjería. Esta nueva normativa debe procurar beneficiar tanto a los trabajadores extranjeros como a su país receptor³⁵, concibiendo al migrante como una persona con dignidad, necesidades y potencialidades, y no solo desde una mirada instrumental, como “*mano de obra*”.

En esta materia, se constata una falta de congruencia de la normativa migratoria y de extranjería chilena con el resto del marco regulatorio laboral de nuestro país, compuesto por la normativa internacional vigente en Chile, la CPR y el CdT³⁶. Por esta razón, resulta imperativo generar un marco normativo coherente que contribuya al pleno ejercicio de los derechos fundamentales y laborales de los trabajadores extranjeros³⁷.

Esta regulación y su institucionalidad, además, debe tener como fundamento el respeto, protección y promoción de los derechos humanos; debe reafirmar la condición de sujeto de derecho de los extranjeros, y debe eliminar el tratamiento diferenciado a migrantes, lo que, en ciertas materias, condiciona el acceso y ejercicio de sus derechos.

Asimismo, esta nueva regulación debe ser fruto de un *diálogo social*, con un énfasis claro en la justicia social y el *trabajo decente*³⁸, y debe permitir generar una política del Estado que busque permanencia y proyección a largo plazo.

Esta nueva normativa debe contemplar no solo el ingreso y permanencia de los trabajadores extranjeros, sino también incentivar y promover la integración, la regularización migratoria y la formalidad laboral, mediante una regulación detallada. Debe propender además al respeto y protección de los derechos laborales y fundamentales, así como a garantizar su efectivo ejercicio.

Para todo lo anterior, es necesaria la debida coordinación y conexión de esta regulación con las normas establecidas en el CdT, la CPR y la normativa internacional sobre la materia.

b. Políticas públicas relacionadas con materias laborales y/o de migración

Las políticas estatales que de manera directa o indirecta sean aplicables a los trabajadores extranjeros también determinan el ejercicio de sus derechos laborales y fundamentales.

Hasta este momento, se evidencia que el Estado chileno no cuenta con una política, al menos explícita y permanente, en materia laboral migratoria y de extranjería. Tampoco existen políticas públicas, acciones, instrucciones o convenios de colaboración coordinados a nivel nacional e interministerial que se concreten y se expresen en acciones generalizadas de carácter permanente. Sin perjuicio de lo anterior, se aprecia que en los últimos años ha existido la voluntad y el interés de avanzar en la materia.

34 Recientemente, la Comisión Nacional de Productividad recomendó “*Actualizar la legislación sobre migración y extranjería con el objetivo de convocar a los inmigrantes; definir nuevas visas y categorías migratorias; facilitar el reconocimiento de títulos técnicos y profesionales; eliminar la limitación del Código del Trabajo para la contratación de extranjeros; y flexibilizar la restricción de ser ciudadano para ingresar a la Administración del Estado.*” (Comisión Nacional de Productividad, 2016, 26-27).

35 En este sentido, se ha sostenido que “... la política de migración en Chile debe responder a dos enfoques complementarios: un enfoque respetuoso de los derechos humanos y un enfoque sobre las necesidades económicas y demográficas del país.” (Bellolio y Errázuriz, 2014, 108).

Respecto a este tema cabe destacar que “... la presencia de migrantes laborales en Chile refleja las nuevas oportunidades económicas existentes en el país, con sus aspectos positivos y sus desafíos. Desde un punto de vista económico y social, los migrantes aumentan la oferta laboral, traen un nuevo espíritu de trabajo y conocimientos, contribuyen a la diversidad cultural del país y realizan un aporte al crecimiento del PIB. Además, su presencia contribuye a aliviar la escasez de mano de obra existente en algunas ramas de actividad económica y en determinadas regiones del país, entendida esta como un cierto desajuste entre la disponibilidad de trabajadores nacionales en relación con la demanda de trabajo del sector productivo (empresas, fundos, minas) y de las familias (trabajo doméstico en el hogar).” (OIM, 2012, 63). En este sentido, se constata que “... la población emigrante tiene un importante capital social que muchas veces permanece inactivo en las sociedades de destino.” (OIM, 2011, 41).

36 Según la OIT, un aspecto importante en este tema “... es la falta de conexión entre las inquietudes relativas al mercado laboral y las políticas migratorias. Esta falta de coherencia impide tener una comprensión cabal de los problemas importantes asociados al mercado laboral y garantizar una protección eficaz de los trabajadores migrantes.” (OIT, 2014b, 16).

De esta manera, “... se pone de relieve la necesidad de coordinar las políticas de empleo y de inmigración. Dentro de este marco se requiere una política integral que dé respuesta a las necesidades del mercado del trabajo nacional, y que facilite la incorporación de los migrantes al mercado laboral a través de mecanismos que permitan el ejercicio de los derechos humanos.” (OIM, 2012, 66).

37 La ONU ha señalado que “La protección de los derechos humanos es importante a los fines de fomentar la inclusión e integración social de los migrantes, para que lleven vidas económicamente productivas, así como culturales y sociales prósperas (...) los derechos humanos son intrínsecos a todos los seres humanos, independientemente de su valor instrumental como unidades laborales o agentes del desarrollo.” (ONU, 2013, 8).

38 Se debe avanzar hacia una migración equitativa “... que no solo respete los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, sino que también les ofrezca oportunidades reales de obtener un trabajo decente.” (OIT, 2014a, 4).

Entre estos esfuerzos se encuentran: el Instructivo Presidencial N° 9 sobre política nacional migratoria (2008); el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (Boletín N° 8970-06, 2013); la creación y constitución del Consejo de Política Migratoria (2014)³⁹; el Instructivo Presidencial N° 5 que establece los lineamientos para la Política Nacional Migratoria (2015); la creación del Consejo Técnico de Política Migratoria (2015)⁴⁰; la creación del Consejo Consultivo Nacional de Migraciones del DEM (2016)⁴¹ y los cambios administrativos realizados por el DEM⁴², entre otras iniciativas⁴³.

A nivel sectorial, destacan las mesas de trabajo regionales para mejorar las condiciones laborales de las personas migrantes (por ejemplo, en la Región de Arica y Parinacota y en la Región Metropolitana) y la creación del Comité Asesor Ministerial sobre Migraciones y Asuntos Internacionales (2016)⁴⁴.

Si bien todos estos esfuerzos se valoran y constituyen un avance importante en la materia, se caracterizan por ser mejoras aisladas, ya que no se han concretado ni generado cambios sustantivos en el ejercicio de los derechos laborales de las personas migrantes, ni mucho menos se ha determinado una política estatal definida y permanente en este ámbito.

Resulta urgente e imprescindible que el Estado anuncie y aplique una genuina política pública en esta materia, de la que el país carece hace más de medio siglo. Se requiere la creación e implementación de una política migratoria con tratamiento multidimensional y coordinado a nivel nacional e interministerial, que contemple la participación ciudadana y la adecuación a las distintas situaciones geográficas y los diversos segmentos poblacionales existentes en el país.

Las políticas públicas deben promover la regularización de las personas migrantes. Esto permitirá la integración de los trabajadores extranjeros a empleos formales y más dignos, lo que, consecuentemente, favorecerá el goce efectivo de sus derechos laborales. Asimismo, se deben generar mecanismos concretos que faciliten el acceso de los trabajadores extranjeros al mercado laboral en condiciones de igualdad y no discriminación respecto de los trabajadores nacionales.

Estas políticas, además de ser permanentes, generalizadas y constituir una unidad sistémica o coordinada, deben contar con una participación tripartita (Estado, empleadores y trabajadores) y deben ser fruto del diálogo social, tanto en su diseño como en su implementación.

c. Políticas públicas relacionadas con el ejercicio de derechos laborales de los trabajadores migrantes

Para que los trabajadores extranjeros gocen de sus derechos laborales y puedan exigir su fiscalización y cumplimiento –ante la Dirección del Trabajo y/o Tribunales de Justicia–, no basta con la creación de una nueva legislación migratoria y de extranjería, con la definición de una política migratoria y/o con el diseño de una nueva institucionalidad, sino que además se requiere avanzar en determinados aspectos específicos de las políticas públicas.

La existencia de políticas focalizadas específicamente al ejercicio de los derechos laborales y fundamentales de los trabajadores extranjeros es determinante a la hora de poner en práctica tales garantías.

39 Se crea a través del Decreto N° 1393 (2014). Está compuesto por ministros de Estado y su principal objetivo es elaborar la Política Nacional Migratoria y coordinar las acciones, planes y programas de los distintos actores institucionales en materia migratoria. Se constituyó el 6 de noviembre de 2015, siendo a la fecha su única sesión.

40 Se crea a través del Decreto N° 108 (2015). Está compuesto por profesionales de distintos ministerios y tiene por objetivo proponer la agenda temática y proveer los insumos técnicos sectoriales para el funcionamiento del Consejo de Política Migratoria. Su última sesión fue en junio de 2015.

41 Se crea por el DEM en el mes de diciembre de 2015, y está compuesto por representantes de la sociedad civil. Tiene por objetivo institucionalizar el análisis y la discusión de la sociedad civil respecto a la situación de las migraciones en Chile. Se constituyó el 16 de mayo 2016, siendo a la fecha su única sesión.

42 Entre los cuales destaca la creación de la visa por motivos laborales.

43 En la actualidad se encuentran vigentes las siguientes acciones, instrucciones y convenios de colaboración a favor de la población migrante en Chile: Protección de la Maternidad (Ord. A14 N°3229, 2008), Acceso a la Educación (Oficio Circular N°6.232, 2003), Acceso a Educación Parvularia (Resolución exenta N°6.677, 2007), Acceso al Sistema Público de Salud de niñas, niños y adolescentes (Ord. A14 N°3229, 2010), Acceso a la Red de Protección de Víctimas de VIF a mujeres migrantes, solicitantes de refugio y refugiadas (Resolución Exenta N°80.388, 2000), Acceso a la Red de Protección de la Infancia (Resolución Exenta N°10.654, 2009), Acceso a la cobertura de salud a migrantes en situación migratoria irregular (Resolución Exenta N°1439, 2016).

44 Se crea a través del Decreto Afecto N° 5 (2016). Su principal objetivo es proponer una agenda temática y proveer los insumos técnicos para la elaboración de planes, programas e iniciativas que el Ministerio del Trabajo y Previsión Social implemente sobre el tema. Se constituyó en el mes de mayo de 2016.

A continuación se presentan propuestas de políticas públicas que buscan contribuir a que los trabajadores migrantes puedan ejercer efectivamente sus derechos laborales.

i. Estudios y estadísticas sobre la migración laboral

Las dificultades referentes a la existencia, el acceso y el tratamiento de datos oficiales, estadísticas, información y generación de conocimiento en materia de migración laboral, obstaculizan el desarrollo de acciones y políticas adecuadas. La precariedad de las fuentes de información entorpece el desarrollo de acciones y políticas consistentes en esta materia (Rojas y Vicuña, 2014).

En efecto, para comprender y evaluar las tendencias que se desarrollan y las problemáticas que se asocian a la migración, se necesita contar con información actualizada a nivel nacional, que pueda ser desagregada a niveles microsociales (OIM, 2011).

En miras a la obtención de estadísticas, las entidades estatales –como ministerios y otros servicios–, podrían incorporar determinados registros e indicadores que se refieran particularmente al ámbito migratorio. En materia laboral, deberían tomar las medidas necesarias para que los datos permitan un análisis adecuado, así como evitar el subregistro al solo contabilizar a las personas migrantes en situación regular⁴⁵.

Además, resultaría fundamental la existencia de conexión e intercambio de información entre distintas entidades, así como el análisis en conjunto de las problemáticas, experiencias, resultados, datos y estadísticas, cuyas conclusiones y estudios deberían ponerse en conocimiento de la ciudadanía.

En todos estos procesos debería tenerse en cuenta la informalidad laboral y migratoria, que usualmente no se encuentra incorporada en los datos oficiales.

Junto con lo anterior, se podría incentivar la creación de conocimiento en la materia, ya sea sectorial o multidimensional, en los distintos departamentos o áreas de estudios de organismos estatales, así como en alianza con distintas organizaciones de la sociedad civil.

ii. Información sobre derechos y deberes y su divulgación entre los trabajadores migrantes

Es un hecho que el acceso de los trabajadores extranjeros al contenido de sus derechos y deberes es insuficiente. Por lo anterior, resulta fundamental poner a su disposición, de manera accesible y oportuna, en distintos idiomas y formatos (papel, digital, telefónica, redes sociales, sitios web, videos, cursos, charlas, talleres, entre otros) y divulgar activamente información referente a sus derechos y deberes en materia migratoria y laboral, así como los distintos mecanismos y procedimientos para hacerlos valer.

Sería conveniente que su coordinación quedara entregada al Consejo de Política Migratoria o a un organismo similar, y fuera concretizada a través de distintos organismos y servicios públicos como el Departamento de Extranjería y Migración, la Dirección del Trabajo, los consulados chilenos ubicados en los países de origen de las personas migrantes, las distintas organizaciones de la sociedad civil que colaboren con el Estado en la materia, entre otros.

iii. Información y asesoría sobre derechos y deberes a empleadores que contratan a trabajadores migrantes

El nivel de información que tienen los empleadores respecto a la regulación y exigencias para contratar a personas extranjeras no es mejor que el de los propios trabajadores migrantes. En este sentido, resulta fundamental poner a disposición de los empleadores, a través de distintos formatos, información clara y precisa sobre la materia; y sería un gran avance que estos pudieran contar con asesoría especializada para resolver conflictos y aclarar dudas.

Lo anterior podría ser realizado por el Departamento de Extranjería y Migración, la Dirección del Trabajo, las organizaciones gubernamentales relacionadas con los empleadores (Sercotec, Corfo, etc.) y las distintas organizaciones de la sociedad civil que colaboren con el Estado (especialmente de empleadores).

⁴⁵ Según un estudio de la OIM, "Frente a la falta de información actualizada, se recomienda la incorporación de la variable nacionalidad en ciertos instrumentos existentes que recogen información actualizada a nivel nacional en relación con aspectos centrales de la migración (...). Actualmente la información sobre el tipo de actividad que realizan los migrantes se obtiene a través de la encuesta de hogares, o el censo. Se ha visto que ambos formatos no son suficientes, de ahí que la propuesta sea incluir la variable nacionalidad en las encuestas de empleo realizadas por el INE y por centros académicos." (OIM, 2011, 89).

Las acciones señaladas en este punto y en el anterior podrían contribuir a desmitificar la contratación de personas extranjeras, sensibilizar sobre la materia, colaborar con la formalización laboral y migratoria, y, por último, lograr que empleadores y trabajadores conozcan sus derechos y deberes.

iv. Incorporar la migración laboral como temática sindical y del mundo del trabajo

Ante la ausencia de demandas, reclamos o medidas concretas por parte de las organizaciones sindicales en relación con la migración laboral y el trabajo de las personas extranjeras, y por tratarse de una materia propia del mundo del trabajo, se debería avanzar en concebir la problemática como una temática sindical e incorporarla dentro de los programas de acción de estas organizaciones.

Además, sería conveniente promover la sindicalización de los trabajadores migrantes e incentivar que en las mismas organizaciones sindicales estén afiliados tanto trabajadores nacionales como extranjeros.

Junto con lo anterior, en los programas y contenidos de las Escuelas Sindicales –principalmente las realizadas bajo el alero del Ministerio del Trabajo y de la Dirección del Trabajo– podrían incorporarse, de manera permanente, las temáticas y regulaciones propias de la migración laboral. También debería incentivarse la incorporación e integración de trabajadores extranjeros en estas escuelas, así como contar con programas específicos de formación a personas migrantes como nuevos líderes sindicales.

Lo anterior debería ir unido a programas y campañas de sensibilización orientados tanto a los dirigentes sindicales como a los trabajadores nacionales. Con ello se lograría avanzar en materia de inclusión e igualdad de trato, entre otros aspectos importantes, y se podría generar, a largo plazo, un cambio de percepción de la ciudadanía respecto a estas temáticas.

v. Mejorar la fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral y facilitar el acceso de los trabajadores migrantes a la Inspección del Trabajo y a los Tribunales de Justicia

Para mejorar la fiscalización y cumplimiento de las normas que rigen el trabajo de las personas extranjeras, tanto el Departamento de Extranjería y Migración como la Inspección del Trabajo deberían incorporar a sus procedimientos generales de fiscalización, determinadas variables o elementos que permitiesen detectar faltas o incumplimientos por parte de los empleadores⁴⁶.

Al respecto, fundamental resultará la comunicación y conexión que puedan alcanzar ambos organismos, en especial para compartir información o implementar programas de fiscalizaciones conjuntas⁴⁷.

A su vez, se podría implementar un registro de contratos de trabajo para los trabajadores extranjeros (tal como actualmente existe para las trabajadoras de casa particular), así como modelos de contratos de trabajo que la Dirección del Trabajo ofrezca en distintos idiomas.

Junto con lo anterior, es importante realizar programas y campañas de sensibilización y capacitación a los funcionarios de las inspecciones del trabajo en materias relacionadas con la migración laboral⁴⁸. Ello facilitaría la posibilidad de reclamar y denunciar ante estos organismos, y les entregaría herramientas a los funcionarios para fiscalizar e investigar posibles abusos e irregularidades.

En cuanto al acceso de los trabajadores migrantes a los distintos procedimientos judiciales, se deberían crear programas y tomar medidas concretas que simplificaran dicho acceso. Asimismo, se debería facilitar a los trabajadores extranjeros el ejercicio de sus derechos fundamentales y laborales; ello se logra, entre otros aspectos, asegurando que la defensa letrada gratuita que desarrolla la defensoría laboral se ejecute en condiciones de igualdad a la de un trabajador nacional.

46 La función inspectiva cobra especial importancia respecto de los trabajadores extranjeros que no cuentan con permiso para trabajar. Esto porque se encuentran más vulnerables y, eventualmente, permitiría su regulación migratoria (Dirección del Trabajo, 2005).

47 Respecto a la cooperación entre la Inspección del Trabajo y las autoridades de inmigración, la OIT ha señalado que "... debería llevarse a cabo con prudencia, teniendo presente que el objetivo principal de la inspección es proteger los derechos y los intereses de los trabajadores, y mejorar sus condiciones de trabajo en vez de aplicar la Ley de Migración. Cuando una proporción importante de las actividades de inspección se consagran a la verificación de la situación migratoria de los trabajadores migrantes, ello puede implicar que se movilicen recursos considerables en cuanto a personal, tiempo y recursos materiales (OIT, Estudio General sobre la inspección del trabajo, 2006, párrs. 78 y 161; y OIT, Estudio General sobre los convenios fundamentales, 2012, párr. 968.), y disuadirlos de presentar quejas." (OIT, 2016, 168).

48 En este sentido, véase a Rojas y Vicuña, 2015.

El acceso a todos estos organismos debería ir unido a servicios de traducción e interpretación, en caso de ser necesario, lo cual podría ser coordinado con las distintas embajadas y consulados.

Además, se deberían realizar todos los esfuerzos posibles para que los trabajadores migrantes puedan exigir libremente el cumplimiento de sus derechos ante estos organismos, procurando disminuir el temor a represalias o consecuencias negativas por acudir ante ellos. En este sentido, y conforme lo establece la CMW, se debe buscar que la situación migratoria no sea requisito para el ejercicio de los derechos y deberes laborales. En efecto, el trabajador extranjero que se encuentra en situación irregular no debería arriesgar ser sancionado por esta condición a la hora interponer un reclamo o denuncia ante la Inspección del Trabajo o realizar algún trámite o solicitud ante un organismo del Estado.

Conclusiones

Chile se encuentra en un momento crucial para afrontar el necesario debate de modernizar su sistema de migratorio, ya que, si bien existe un nuevo patrón y un aumento de las personas migrantes, este fenómeno continúa siendo bajo en porcentaje e incipiente en su desarrollo. Sin lugar a dudas, este tema debe ocupar un espacio en la discusión pública y estar presente en el debate constitucional que actualmente se lleva a cabo.

Como se ha analizado, el ejercicio de los derechos laborales por parte de los trabajadores extranjeros se encuentra determinado por la legislación laboral y la normativa migratoria y de extranjería, por las políticas estatales que, en general, se refieran a los trabajadores o a las personas extranjeras, así como por las políticas focalizadas para los trabajadores migrantes, en especial por las que se enfoquen específicamente en el ejercicio de sus derechos laborales.

Es por ello que resulta fundamental la implementación de políticas públicas con miras a contribuir al pleno y efectivo ejercicio de los derechos laborales de todos los trabajadores migrantes –regulares o irregulares–, mejorando así su situación jurídica, laboral y su integración a la comunidad nacional.

Referencias

- Araujo, K., Legua, M. C. y Ossandón, L.** (2002). *Migrantes andinos en Chile. El caso de la migración peruana*. Santiago: Fundación Instituto de la Mujer.
- Banco Mundial** (2010). *Miembros OCDE*. Disponible en <http://datos.bancomundial.org/region/OED>
- Banco Mundial** (2016). *Índice de datos*. Disponible en <http://datos.bancomundial.org/catalogo-de-datos>
- Bellolio, Á. y Errázuriz, H.** (2014). *Migraciones en Chile oportunidad ignorada*. Santiago: Ediciones LYD.
- Cano, V. y Soffia, M.** (2009). Los estudios sobre migración internacional en Chile: apuntes y comentarios para una agenda de investigación actualizada. *Papeles de población*, [online] 15(61), pp. 129-167. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252009000300007&lng=es&tlng=es.
- Contreras, D., Ruiz-Tagle, J. y Sepúlveda, P.** (2013). Migración y mercado laboral en Chile. *Serie documentos de trabajo* (376). Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Comisión Nacional de Productividad** (2016). *Revisión de las agendas de productividad*. Disponible en <http://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2016/04/Revision-de-las-agendas-de-productividad.pdf>
- Departamento de Extranjería y Migración** (2016a). *Acciones de Integración*. Disponible en <http://www.extranjeria.gob.cl/acciones-de-integracion/>
- Departamento de Extranjería y Migración** (2016b). *Migración en Chile 2005 - 2011*. Disponible en <http://www.extranjeria.gob.cl/>
- Dirección del Trabajo, Departamento de Estudios** (2005). *Aporte al debate laboral N°17. El trabajo de los trabajadores en Chile y en la I región*. Disponible en <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-88019.html>
- Dirección para la Comunidad de Chilenos en el Exterior, Dicoex** (2013). *Registro de chilenos en el exterior*. Disponible en <http://www.chilesomostodos.gov.cl/documentos/>
- Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional, Casen**, 2013. Migrantes. Disponible en <http://www.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/btca/txtcompleto/midesocial/casen2013-migrantes.pdf>
- Erazo, C.** (2009). Situación social de los migrantes latinoamericanos en la ciudad de Antofagasta, Chile. *Hombre y Desierto*. Una perspectiva Cultural, 15, pp. 139-162.
- Gammage, S. y Helmreich, A.** (2013). Migración y mercados laborales en Chile: un trabajo decente para todos. *Un Chile abierto: Propuestas para una nueva ley de migración. Centro de Democracia y Comunidad*. Disponible en <http://www.cdc.cl/web/un-chile-abierto-propuesta-para-una-nueva-ley-de-migracion/#>
- Jensen, M. F.** (2009). Migrantes en Chile: la exclusión vista desde la política migratoria chilena. En: Eduardo Bologna (org). *Temáticas migratorias actuales en América Latina: remesas, políticas y emigración*. Rio de Janeiro: ALAP, pp. 105-130.
- Martínez, P. J.** (2005). Magnitud y dinámica de la inmigración en Chile, según censo 2002. *Papeles de Población*, 44, pp.109-147.
- Martínez, P. J.** (2003). El encanto de los datos: sociodemografía de la inmigración en Chile según el censo de 2002. *Serie Población y Desarrollo*, 49 (LC/L.2046-P). Santiago de Chile: CELADE-CEPAL.
- Margarit, D., y Bijit, K.** (2014). Barrios y población inmigrantes: el caso de la comuna de Santiago. *Revista INVI*, 29(81), pp. 19-77.
- Mazzei de Grazia, L.** (1994). Inmigración y clase media en Chile. *Proposiciones*, 24, pp.152-158.
- Organización Internacional para las Migraciones, OIM** (2011). *Perfil migratorio de Chile*. Disponible en http://priem.cl/wp-content/uploads/2015/04/Stefoni_Perfil-Migratorio-de-Chile.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones, OIM** (2012). *Incorporación laboral de los migrantes en la Región Metropolitana de Chile*. Disponible en <http://incami.cl/wp-content/uploads/2013/05/LIBRO-OIM-IncorporacionLaboraldelosMigrantesenlaRM-2013.pdf>
- Organización Internacional para las Migraciones, OIM** (2013). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2013*. Disponible en http://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr2013_sp.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones, OIM** (2015). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2015*. Disponible en http://publications.iom.int/system/files/wmr2015_sp.pdf
- Organización Internacional del Trabajo, OIT** (2009). En busca de trabajo decente. Los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes: Un manual para sindicalistas. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Oficina de Actividades para los Trabajadores (Actrav). Disponible en <http://www.ilo.org/dyn/migpractice/docs/323/Manual.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo, OIT** (2012). *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: del compromiso a la acción*. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, 2012. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_177345.pdf

- Organización Internacional del Trabajo OIT** (2014a). *Migración equitativa: un programa para la OIT*. Memoria del Director General. Informe I (B). Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_243900.pdf
- Organización Internacional del Trabajo, OIT** (2014b). *Los trabajadores migrantes no son una mercancía*. Trabajo. La revista de la OIT. Número especial de 2014. Disponible en http://www.ilo.org/global/publications/magazines-and-journals/world-of-work-magazine/issues/WCMS_246493/lang-es/index.htm
- Organización Internacional del Trabajo, OIT** (2016). *Promover una migración equitativa*. Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Conferencia Internacional del Trabajo, 105ª reunión, 2016. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_453896.pdf
- Organización de las Naciones Unidas, ONU** (2013). *Migración y derechos humanos. Mejoramiento de la gobernanza basada en los derechos humanos de la migración internacional*. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/MigrationHR_improvingHR_ReporSPt.pdf
- Palomeque, M.** (1991). *Los derechos laborales en la Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Riquelme, J., y Alarcón, G.** (2008). El peso de la historia en la inmigración peruana en Chile. *Polis (Santiago)*, 7(20), pp. 299-310.
- Rojas, N. y Vicuña, J. T.** (2014). Migración y Trabajo. Estudio y propuesta para la inclusión sociolaboral de migrantes en Arica. Arica: Ciudadano Global OIM.
- Rojas, N. y Vicuña, J. T.**, 2015. Migración en Arica y Parinacota. Panoramas y Tendencias de una región fronteriza. Santiago, Servicio Jesuita al Migrante.
- Stefoni, C.** (2011). Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante. En: Feldman-Bianco, B. et al (comp.), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina*. Prácticas, representaciones y categorías. Quito: FLACSO-CLACSO-UAH.
- Sutcliffe, B.** (1998). *Nacido en otra parte. Un ensayo sobre la migración internacional, el desarrollo y la equidad*. Bilbao: Hegoa.
- Tribunal Constitucional de Chile** (2016). Rol N° 3016(3026)-16-CPT. 9 de mayo de 2016.
- Valenzuela, P. et al** (2014). Integración laboral de los inmigrantes haitianos, dominicanos y colombianos en Santiago de Chile. *Antropologías del Sur*, [online] 2, pp. 101-120. Disponible en: <http://www.revistaantropologiasdelsur.cl/wp-content/uploads/2015/03/07-valenzuela-et-al.pdf>



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CHILE

Centro UC

Políticas Públicas

www.politicaspUBLICAS.uc.cl
politicaspUBLICAS@uc.cl

SEDE CASA CENTRAL

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340, piso 3, Santiago.
Teléfono (56-2) 2354 6637.

SEDE LO CONTADOR

El Comendador 1916, Providencia.
Teléfono (56-2) 2354 5658.

CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC

- Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal • Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos
- Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas • Facultad de Ciencias Sociales • Facultad de Derecho • Facultad de Educación
- Facultad de Historia, Geografía y Ciencia Política • Facultad de Ingeniería • Facultad de Medicina