



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES DEL SECTOR AGRÍCOLA EN
CHILE A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ANDRÉS ESTEBAN CARVAJAL MONTERO

PROFESORA GUÍA: RITA LAGES DE OLIVEIRA

Santiago, Chile

2017

A Gabriela, Pablo y Vinka por su apoyo incondicional desde el primer día.

“Lo que hemos advertido acerca de la pretendida imposibilidad de trasladar las categorías de humano a los replicantes, puede analogarse (como si de una metáfora se tratara) a lo que sucede hoy con respecto a los grupos y minorías inasimilables en cuanto culturalmente diferentes, y en particular a los inmigrantes. Y también a ellos se puede extender la analogía de su visibilidad, de su presencia legal condicionada a su función como herramientas de trabajo y sujeta asimismo a un plazo de caducidad: no pueden permanecer”.

Javier De Lucas. Blade Runner: el Derecho, guardián de la diferencia, p. 49.

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO 1. MIGRACIÓN LABORAL Y TRABAJO AGRÍCOLA DE TEMPORADA	9
1. Situación de la migración laboral y el trabajo temporal agrícola en el mundo	9
2. Situación de la migración laboral y el trabajo temporal agrícola en Chile	18
3. Conclusiones del capítulo.....	25
CAPÍTULO 2. LA MIGRACIÓN LABORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL	27
1. Derecho Internacional migratorio y migración laboral	27
2. Ámbito jurídico internacional en materia de protección de los trabajadores migratorios	39
2.1. Instrumentos universales.....	39
2.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	39
2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	42
2.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	44
2.2. Protección en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	49
2.2.1. Convenios N° 97 (1949) y N° 143 (1975).....	50
2.2.2. Recomendaciones N° 86 (1949) y N° 151 (1975).....	53
2.3. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.....	55
3. Igualdad y no discriminación como principio rector en el derecho internacional para la protección de los trabajadores extranjeros.....	60
4. Conclusiones del capítulo.....	63
CAPÍTULO 3. LA MIGRACIÓN LABORAL EN EL DERECHO CHILENO.....	66
1. Derecho migratorio y de extranjería chilenos. Consideraciones generales	66
1.1. Residentes autorizados para desarrollar actividades remuneradas en el país.....	70
1.1.1. Visación de residencia sujeta a contrato	70
1.1.2. Visación de residencia en calidad de estudiante	71
1.1.3. Visación de residencia temporaria	71
1.1.4. Visación de residencia oficial	72
1.1.5. Permanencia definitiva.....	73
1.1.6. Situación del extranjero irregular	73
1.2. Procedimiento migratorio para la obtención de permisos de residencia	74
1.3. Requisitos particulares para la obtención de permisos residencia	77
1.3.1. Visa de residencia sujeta a contrato	78

1.3.1.1. Cláusula de vigencia.....	80
1.3.1.2. Cláusula de viaje	80
1.3.1.3. Cláusula de previsión	81
1.3.1.4. Cláusula de impuesto a la renta	82
1.3.1.5. Duración del contrato de trabajo.....	83
1.3.1.6. Salario estipulado	83
1.3.1.7. Legalización del contrato	83
1.3.1.8. Límite legal de trabajadores extranjeros en empresas nacionales	84
1.3.2. Visa de residencia temporaria.....	86
1.3.2.1. Visa temporaria por vínculo familiar	86
1.3.2.2. Visa temporaria por intereses en el país	87
1.3.2.3. Visa temporaria por utilidad para el país	87
1.3.2.4. Caso especial: visa temporaria por motivos laborales	88
1.3.3. Permanencia definitiva.....	90
2. Conclusiones del capítulo.....	91
CAPÍTULO 4. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES DEL SECTOR	
AGRÍCOLA	94
1. Puntos críticos en la legislación de extranjería.....	94
2. Justificación para la creación de un estatuto jurídico del trabajador migrante del sector agrícola.....	100
2.1. Principios.....	103
2.2. Derechos y garantías	105
2.3. Obligaciones	107
2.4. Condiciones laborales del trabajador inmigrante en el trabajo agrícola de temporada	108
2.4.1. Contrato y afiliación a sistemas de pensión y salud	109
2.4.2. Extensión de la jornada laboral.....	111
2.4.3. Remuneraciones	112
2.4.4. Libertad sindical	114
2.4.5. Limitación de contratación de extranjeros	116
2.5. Críticas a la adopción de un modelo de visa para la migración laboral temporal y circular impulsado por programas de reclutamiento de trabajadores temporales	118
3. Propuestas dirigidas a la protección de los trabajadores migrantes del sector agrícola	121
4. Conclusiones del capítulo.....	124

CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFÍA	130

RESUMEN

El empleo de mano de obra extranjera en el sector agrícola constituye un fenómeno migratorio que se viene desarrollando desde el siglo pasado en distintos lugares del mundo, tales como Norteamérica y Europa. Los programas de contratación temporal de trabajadores migrantes han permitido atender las necesidades económicas de los países de destino. En Chile, estos programas aún no se han implementado. Sin embargo, la escasez de mano de obra nacional durante los períodos de producción intensiva en la agricultura junto con la tendencia al alza de flujos migratorios hacia nuestro país, constituyen antecedentes de una realidad que, paulatinamente, se ha ido consolidando: la presencia de trabajadores inmigrantes en el sector agrícola.

Esta tesis tiene por objeto analizar desde una perspectiva jurídico-internacional la protección de los derechos de una categoría específica de trabajador migrante a saber, aquellos que se desempeñan como trabajadores agrícolas de temporada. Por otra parte, el presente trabajo defiende la necesidad de elaborar mecanismos especiales para la protección y garantía de los derechos de este grupo de trabajadores migrantes, dirigidos a abordar y resolver la situación de vulnerabilidad a la cual se someten. Para ello se tendrá en consideración el estándar internacional de los Derechos Humanos y sus garantías, reconocidos en distintos instrumentos, particularmente, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Asimismo, se hará referencia a los principios generales del Derecho, especialmente el principio de igualdad y no discriminación a partir de la Opinión Consultiva 18/03 sobre la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derecho Migratorio Internacional, Migración Laboral, Migración Laboral Temporal y Circular, Trabajador Migrante del Sector Agrícola, Programas de Trabajadores Temporales

Abstract

The use of foreign labor in the agricultural sector constitutes a migratory phenomenon that has been developing since the last century in different parts of the world, such as North America and Europe. Temporary employment programs for migrant workers have made it

possible to meet the economic needs of the countries of destination. In Chile, these programs have not yet been implemented. However, the shortage of national labor force during periods of intensive production in agriculture together with the upward trend in migratory flows towards our country, show a reality that has gradually been consolidated: the presence of immigrants workers in agricultural sector.

The purpose of this thesis is to analyze from a legal-international perspective the protection of the rights of a specific category of migrant worker, namely, those who work as seasonal agricultural workers. On the other hand, the present work advocates for the necessity to elaborate special mechanisms for the protection and guarantee of the rights of this group of migrant workers, directed to address and solve the situation of vulnerability to which they are submitted. To achieve this, the international standard of Human Rights and its guarantees, recognized in different instruments, particularly the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families will be taken into consideration. Reference will also be made to the general principles of law, especially the principle of equality and non-discrimination, based on Advisory Opinion 18/03 on the "legal status and rights of undocumented migrants" of the Inter-American Court of Human Rights.

Key words: International Migration Law, Labor Migration, Temporary and Circular Labor Migration, Migrant Workers in the Agricultural Sector, Temporary Worker Programs

INTRODUCCIÓN

Se estima que en el mundo alrededor de 244 millones de personas (3,3% del total de la población mundial)¹ han abandonado su lugar de origen en busca de mejores condiciones de vida en otro país. La variedad de las causas migratorias y la dificultad de distinguir en cada caso los verdaderos motivos detrás de la decisión individual de migrar, resulta una tarea cada vez más compleja de determinar al mezclarse una serie de factores políticos, económicos y, por supuesto, sociales. No obstante, dentro de este universo, se calcula que a fin de 2015 el número de refugiados alcanzó un aproximado de 21,3 millones de personas; el de desplazados internos, 40,8 millones y el de solicitantes de asilo, 3,2 millones². A partir de lo anterior puede colegirse que la gran mayoría de las personas que abandonan su lugar de origen para establecerse de manera transitoria o permanente en otro Estado, no constituyen, precisamente, refugiados o desplazados internos, sino que migrantes propiamente tales.

Dentro de este grupo, las consideraciones laborales resultan una parte importante de entre las distintas razones que llevan a las personas a migrar. Y si se considera la asimetría de poder existente en las relaciones laborales entre el empleador y trabajador, rápidamente, salta a la vista que esta condición desigual se intensifica en el caso de los trabajadores migrantes. Lo anterior sitúa a los empleadores en una posición ventajosa que les permite valerse de la desesperación de los inmigrantes por trabajar y de la ausencia de una regulación eficiente de las prácticas laborales para establecer condiciones de trabajo que no son aceptadas por la mano de obra autóctona.

Si bien el derecho internacional y, en general, el derecho interno protege a los trabajadores migrantes de igual manera que a los trabajadores nacionales, la experiencia indica que la implementación de mano de obra extranjera en mercados laborales predominantemente informales tales como el sector agrícola, se realiza mediante la imposición de condiciones violatorias de los derechos laborales por lo que resulta necesario desarrollar mecanismos concretos que garanticen la efectividad de esta protección.

¹ UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). Trends in International Migrant Stock: The 2015 Revision. Disponible en: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml>> (consulta: 28 marzo 2016).

² ACNUR. (2016). Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2015, p. 2. Disponible en: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2016/10627>> (consulta: 8 de enero de 2017).

En nuestro país, tales condiciones de vulnerabilidad adquieren connotaciones específicas en el caso de los trabajadores migratorios que se desempeñan como mano de obra en el sector agrícola. Aun cuando en el plano nacional el sector de la agricultura aún no experimenta un marcado asentamiento de jornaleros migratorios como sí ha ocurrido en otros países, existe un consenso entre los empresarios de la agricultura la conveniencia de contar con trabajadores extranjeros dentro de este mercado laboral.

De esta manera, la disminución de la fuerza de trabajo en el área agrícola en nuestro país, motivada por una serie de factores que se analizarán a lo largo de esta tesis, ha instalado en el debate público la discusión sobre la inserción de mano de obra extranjera en un sector donde la demanda de trabajadores no alcanza a ser cubierta por la oferta laboral nacional. Lo anterior se hace difícil en un país que cuenta con una legislación migratoria pensada, principalmente, para el ingreso de migrantes calificados y con ánimo de permanencia y que establece un rígido marco de regulación en materia de entrada, permanencia y salida de inmigrantes, especialmente, de mano de obra extranjera no calificada.

Al constatar el panorama general al que se ven expuestos los trabajadores migrantes y, en particular, la situación de los extranjeros que trabajan en el agro chileno, se hace necesaria una investigación para efectos de determinar si nuestra normativa migratoria vigente y legislación laboral constituyen herramientas eficaces para mitigar los condicionantes de vulnerabilidad de los migrantes, las cuales se relacionan con el hecho de que los extranjeros están sometidos a un estatuto jurídico distinto del de los nacionales, y, con frecuencia, más restrictivo en cuanto al ejercicio de ciertos derechos.

Esta tesis tiene por objeto determinar el régimen jurídico que se aplica a los trabajadores migrantes que laboran en el sector agrícola en Chile, esbozar un análisis de dicho estatuto y verificar si éste resulta suficiente para garantizar y cautelar sus derechos humanos, consagrados en el derecho internacional. Con lo anterior se busca informar tanto a los inmigrantes y empleadores que se desempeñan o desempeñarán laboralmente en el sector agrícola de nuestro país respecto del marco normativo que rige a este tipo de trabajadores, los principios, derechos y garantías que los amparan y las obligaciones a las que está sujeto desde una perspectiva de los derechos humanos.

A partir de lo anterior conviene precisar la estructura del presente documento. En el primer capítulo, se hace una descripción de la situación de la migración laboral y el trabajo agrícola de temporada, tanto a nivel mundial como en un plano nacional. Para ello se analiza la relación entre el fenómeno de la ya mencionada migración laboral y la agricultura como

sector de la economía que absorbe una gran cantidad de mano de obra mediante la contratación temporal de trabajadores extranjeros. En el segundo capítulo se analiza la migración laboral desde la perspectiva del derecho internacional, para lo cual se describe la importancia que adquiere la mano de obra extranjera en la agricultura de distintos países y los problemas asociados a ella, entre los que se encuentran: informalidad laboral, migración irregular, explotación en el trabajo, condición de vulnerabilidad del migrante y deficiencias en la regulación migratoria y laboral. Lo anterior permite dar cuenta y razón de un fenómeno que no está presente exclusivamente en Chile, sino que se encuentra con características más o menos similares en diferentes países. Seguidamente se clarifican algunos conceptos básicos que resultan útiles para analizar la migración laboral y determinar un estatuto jurídico para los trabajadores migrantes del sector agrícola, tales como: derecho migratorio internacional, trabajador migrante, trabajador migrante temporal, migración circular, trabajador agrícola de temporada y trabajador migrante del sector agrícola. Asimismo, se analizan los principales instrumentos de derecho internacional aplicables a los trabajadores migrantes en materia de protección de derechos humanos. En el tercer capítulo se describe y analiza el fenómeno de la migración laboral desde un enfoque del derecho chileno. En consecuencia, se consideran aspectos generales del derecho migratorio y de extranjería chileno y se describe, en particular, el marco jurídico de la migración laboral en Chile analizándose las visas que autorizan al extranjero a desarrollar actividades remuneradas en nuestro país. Finalmente, el cuarto capítulo presenta algunas consideraciones para la protección de los trabajadores migrantes del sector agrícola y determina el régimen laboral que los rige. Asimismo, se efectúan una serie de críticas a la adopción de una visa especial para la migración laboral temporal y circular dentro del contexto de programas de trabajadores agrícolas de temporada que buscan reclutar mano de obra extranjera y se presentan algunas propuestas dirigidas a la protección de los trabajadores migrantes que se desempeñan en el sector agrícola.

Un aspecto fundamental a considerar en el análisis del tema que nos ocupa es la noción que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”)³ tiene respecto del principio de igualdad ante la ley y de la no discriminación que son normas elementales del derecho internacional y que se encuentran consagradas en distintos

³ La Corte IDH, con sede en San José, Costa Rica, es el órgano judicial de la Organización de Estados Americanos (OEA), dotado de funciones contenciosas y consultivas, y encargado de aplicar e interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos.

instrumentos de protección de los derechos humanos⁴. Este punto se desarrollará en el segundo capítulo a propósito de los instrumentos universales relacionados con la migración laboral en el derecho internacional. Sin embargo, por mientras, cabe señalar que la Corte IDH considera que:

“el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”⁵.

Es decir, el Estado se encuentra sujeto a los límites que el respeto al principio de la igualdad ante la ley y no discriminación le imponen, esto es, no puede actuar en contra de la igualdad jurídica ni cometer tratos discriminatorios que afecten a un determinado grupo de personas. No obstante, como se verá en el desarrollo de esta tesis, la Corte IDH admite ciertos matices en la aplicación de este principio bajo determinados supuestos respecto de las personas migrantes.

La interrogante que guía la presente tesis es: el régimen jurídico nacional aplicable a los trabajadores migrantes que se desempeñan como trabajadores agrícolas de temporada en Chile ¿resulta suficiente para proteger y garantizar los derechos humanos consagrados en el derecho internacional?

A partir de lo anterior, se presentan las siguientes hipótesis de trabajo:

⁴ Algunos de los instrumentos internacionales que consagran el principio de igualdad y no discriminación son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio N° 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); y Convenio N° 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10).

⁵ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, p. 117.

En primer lugar, el Estado en su función de legislador y administrador ha actuado de manera insuficiente en materia de protección de los trabajadores migrantes. Lo anterior se manifiesta en que la legislación de extranjería es deficiente en la regulación de un procedimiento acorde con el debido proceso con plazos determinados, recursos efectivos de impugnación y límites establecidos para la arbitrariedad en los actos administrativos. En cuanto al rol administrador del Estado, se mantienen algunas dificultades en materia de acceso a la seguridad social por parte de los trabajadores migrantes, principalmente, en materia de acceso al sistema previsional y de salud.

En segundo lugar, la legislación migratoria vigente no cubre la situación de los extranjeros que ingresan por períodos de corta duración. El Decreto Ley N° 1.094 y el Decreto Supremo N° 597 establece un sistema rígido de control de los flujos migratorios que no es compatible con la migración laboral temporal y circular.

En tercer lugar, pese a que Chile es parte de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, no contempla a nivel interno un sistema de protección acorde con una moderna concepción de los flujos migratorios y las tendencias en materia de migración laboral temporal en el derecho internacional. Cabe señalar que Chile no ha ratificado los Convenios Números 97 y 143 de la OIT que obligan al Estado al reconocimiento de un sistema de protección de los trabajadores migrantes.

En cuarto lugar, la Comunidad Internacional está conteste en que existen grupos de personas que presentan necesidades específicas de protección. Entre estos pueden señalarse a las mujeres, los niños, las personas ancianas y las personas discapacitadas. Sin embargo, respecto de los trabajadores migrantes del sector agrícola en particular no se verifican medidas especiales dirigidas a proporcionarles una mayor protección.

De conformidad con todo lo señalado anteriormente, puede sostenerse la necesidad de implementar medidas dirigidas a la protección de los trabajadores migrantes del sector agrícola, entre las que se propone la elaboración de un estatuto jurídico para este tipo de trabajadores migrantes, con una serie de derechos y obligaciones que estos sujetos pueden hacer valer ante el Estado.

Luego del planteamiento del problema jurídico y las correspondientes hipótesis, el objetivo general de esta investigación consiste en analizar el régimen jurídico aplicable en nuestro país a los trabajadores migrantes que se desempeñan como trabajadores de temporada en la agricultura y verificar si este resulta adecuado para garantizar los derechos humanos consagrados en el derecho internacional.

Por lo anterior, se establecen como objetivos específicos del proceso investigativo:

- i) describir la situación de la migración laboral y el trabajo agrícola de temporada en el mundo y en Chile;
- ii) clarificar conceptos básicos sobre el derecho migratorio, migración laboral, trabajador migrante, trabajador agrícola de temporada y trabajador migrante del sector agrícola;
- iii) esbozar un análisis de la realidad del trabajo agrícola en Chile y la participación de trabajadores migrantes dentro de este campo laboral;
- iv) determinar el marco normativo de carácter general aplicable a los trabajadores migrantes desde la perspectiva de los derechos humanos;
- v) determinar el marco normativo de carácter específico que se aplica a los trabajadores migrantes que laboran en el sector de la agricultura en nuestro país; y
- vi) ofrecer una propuesta de protección de los derechos de los trabajadores migratorios del sector agrícola.

El presente estudio está elaborado a partir de un análisis de textos, revistas y libros de doctrina especializada, jurisprudencia e instrumentos internacionales pertinentes. Se desarrollan de manera metodológica los siguientes niveles: (1) descripción y relación de datos, (2) análisis legal, y (3) resultados. El desarrollo del primer nivel se fundamenta en las directrices de dos marcos teóricos. En primer lugar, un marco teórico-referencial en que se efectúa un análisis de la relación que existe en el binomio migración laboral y trabajo agrícola de temporada en el plano internacional y nacional. Para ello se hace hincapié en la importancia que tiene la fuerza de trabajo extranjera en la agricultura. En segundo lugar, un marco teórico-conceptual en que se describen las principales definiciones referidas a la migración laboral. El segundo nivel está orientado a realizar un análisis del régimen jurídico de los trabajadores migrantes, tanto en el derecho internacional, mediante la referencia de los principales instrumentos jurídicos internacionales de protección de los trabajadores migrantes, como en el derecho chileno, haciendo énfasis en la regulación legal de los residentes autorizados para desarrollar actividades remuneradas en el país. Por su parte, el tercer nivel tiene como objetivo establecer un régimen jurídico de los trabajadores migrantes del sector agrícola en Chile como resultado del análisis de los niveles anteriores y concluir con la corroboración de las hipótesis.

CAPÍTULO 1. MIGRACIÓN LABORAL Y TRABAJO AGRÍCOLA DE TEMPORADA

Los factores que influyen en la salida de los ciudadanos de su lugar de origen y que incentivan la entrada de estos en otro país son variados, sin duda, y dan cuenta de la naturaleza cambiante y dinámica de este fenómeno. En efecto, dentro de este grupo se encuentran las crisis económicas y financieras, los conflictos militares, la inestabilidad política, las situaciones de hambruna y pobreza generalizada como consecuencia de un conflicto, violencia y desastres ambientales, entre otros. Esta tesis estudia las migraciones internacionales motivadas por causas laborales, principalmente, el movimiento de personas no nacionales que ingresan a un país en búsqueda de mejores oportunidades de trabajo y de remuneración y que se desempeñan en el sector agrícola. Este capítulo, en particular, trata sobre el vínculo entre la migración y la agricultura como un área de la economía que atrae gran cantidad de mano de obra inmigrante. En este sentido, cabe señalar que existen casos de significativos flujos migratorios dentro de Iberoamérica y Europa guiados por las expectativas laborales que ofrece el campo de la agricultura y que, incluso, es incentivada por las mismas políticas migratorias de los países de destino. Es lo que ocurre en México, Estados Unidos y España, entre otros.

En Chile, si bien, la presencia de trabajadores extranjeros en la agricultura no es tan marcada como en los casos anteriores, uno puede considerar que sí es un punto relevante para investigar dado el incremento progresivo y constante que ha tenido la población inmigrante en el país durante los últimos años y la importancia que la agricultura representa en la economía nacional.

Teniendo en consideración lo anterior, a continuación se analizará la situación de la migración laboral y el trabajo agrícola, en primer lugar, desde un enfoque internacional, es decir, tomando en cuenta el caso de otros países; para, en segundo lugar, aterrizar el análisis en un plano nacional.

1. Situación de la migración laboral y el trabajo temporal agrícola en el mundo

Dentro de las distintas teorías que han sido desarrolladas para una mejor comprensión de las causas del movimiento internacional de personas, en su mayoría muestran un enfoque económico en el contexto de la migración laboral⁶. Así pueden mencionarse las teorías

⁶ Véase MASSEY, D. *et al.* (2008). Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación. *ReDCE*, (10): 435-478.

neoclásica (en sus dimensiones micro y macroeconómicas), la nueva economía de las migraciones laborales, los mercados de trabajo duales, los sistemas mundiales, las redes migratorias y la acumulación causal, entre otras. Si bien este trabajo no tiene por objetivo realizar un análisis exhaustivo sobre cada una de las reflexiones teóricas existentes, sí resulta útil detenerse, brevemente, en la denominada teoría del mercado dual para dar inicio al análisis de fondo que corresponde a este apartado.

La mencionada teoría, cuyo máximo exponente es Michael Piore (1979) centra la atención en la población inmigrante y en las estructuras económicas de los países desarrollados. En efecto, esta misma sostiene que la migración internacional se debe a una permanente demanda de trabajadores por parte de las sociedades industrializadas modernas.

El hecho de que esta postulación teórica ponga en el centro de su enunciado al país de recepción, dice relación con que las causas que motivan la inmigración no están dadas por factores que estimulen la salida de personas desde su país de origen como serían, por ejemplo, los bajos salarios y la alta tasa de desempleo, sino que provienen, más bien, de los factores que promueven el ingreso de extranjeros en los países receptores, como es una inherente necesidad de mano de obra extranjera por parte de las naciones más industrializadas. Según Piore, esta demanda estructural se funda en cuatro factores relevantes, a saber: inflación estructural, problemas motivacionales, dualismo económico y demografía del suministro de mano de obra.

Respecto de la inflación estructural cabe señalar que los salarios no representan, únicamente, la relación de oferta y demanda, sino que también reflejan la posición de prestigio de un trabajo. Esta idea parte de la base que la sociedad desde una perspectiva laboral está estructurada jerárquicamente según el prestigio o estatus del trabajo de las personas el cual está relacionado a una remuneración específica. De esta manera, a un trabajo ubicado en la base le correspondería una remuneración baja en comparación a aquél que aparezca en la cúspide de la pirámide. En este sentido, el empleador no podría, simplemente, subir los salarios ante una escasez de demanda en los niveles más básicos para promover la llegada de trabajadores, ya que ello implicaría subir consecuentemente la remuneración de los trabajos más cualificados que se encuentran por sobre dicho nivel. De esta manera, los salarios deben ser aumentados proporcionalmente, de modo que se mantenga la coherencia con las expectativas sociales. En efecto, la atracción de trabajadores nacionales en los niveles laborales más básicos mediante el aumento de los salarios es perjudicial, por lo que es más conveniente y barato que los empleadores

promuevan la implementación de trabajadores inmigrantes dispuestos a ejercer funciones por una remuneración más baja.

El factor de los problemas motivacionales hace alusión a la percepción que las personas tienen respecto de su trabajo, por ende, a la posición jerárquica que este ocupa, y las dificultades motivacionales que se presenten para mantenerse en dicho estatus. Por una razón estructural evidente, es necesario que en la escala laboral exista un nivel inferior. No obstante, las implicancias motivacionales de situarse en dicho nivel son bajísimas, por lo que es difícil que un empleador encuentre trabajadores nacionales que quieran desempeñarse en funciones dentro de este escalafón. Entonces, quienes laboren en las secciones inferiores de la escala deben tener como único objetivo la obtención de un ingreso sin consideraciones de un prestigio o estatus. En este sentido, los inmigrantes permiten cubrir esta necesidad, cuanto menos, al inicio de su bitácora migratoria.

Por su parte, el dualismo económico considera que en los países industriales avanzados existe una división de la economía en un sector primario, intensivo en capital, y un sector secundario, intensivo en mano de obra. Esta misma segmentación conduce a una segunda distinción, esta vez respecto de la fuerza de trabajo. Por una parte, están los trabajadores que se desempeñan en el sector primario de capital intensivo, quienes cuentan con mayor cualificación, se mantienen más estables, ejercen trabajos más complicados que requieren conocimientos específicos, generalmente se encuentran sindicados y cuentan con contratos de trabajo, por lo que representan costos más altos para los empleadores. Por otra, están los trabajadores de mano de obra intensiva que, a diferencia de los anteriores, se mantienen en trabajos más inestables y de menor cualificación, pudiendo ser despedidos con mínimos costos para los empleadores.

De este modo, MASSEY, considera que:

“[I]os bajos salarios, la condición de inestabilidad, y la carencia de perspectivas razonables de promoción laboral en el sector secundario lo hacen poco atractivo para trabajadores nativos, que en cambio se sienten atraídos por el sector primario, el sector de capital intensivo, donde los salarios son mayores, los trabajos son más seguros, y hay una posibilidad de ascenso o mejora. Para llenar el déficit de demanda del sector secundario, los empleadores recurren a los inmigrantes”⁷.

Por último, corresponde señalar que, antiguamente, la permanente demanda de trabajadores en las secciones inferiores de la estructura jerárquica pudo satisfacerse

⁷ MASSEY, D. *et al.* (2008). *Op. Cit.*, p. 451.

mediante la implementación de mujeres y adolescentes. No obstante, debido a la creciente participación de la mujer en los estratos intermedios y altos de la pirámide laboral y la disminución de la tasa de natalidad acompañada de la extensión en la educación obligatoria, han llevado a la reducción de ambos actores como fuente de trabajo en el sector de mano de obra poco calificada. Actualmente, este déficit se atendería mediante la contratación de inmigrantes.

La teoría de los mercados duales logra constatar y justificar, desde un enfoque netamente económico, la existencia de un factor relevante a la hora de determinar la causa de algunas migraciones internacionales y que se refiere a la demanda estructural de mano de obra. Al mismo tiempo, las cuatro características fundamentales establecidas por el autor permiten explicar de manera coherente una realidad que en los hechos ocurre: la presencia de trabajadores extranjeros, a veces mayoritaria, en el sector laboral primario como la agricultura, minería y construcción. Aún así, corresponde destacar que esta teoría dista de ser una explicación general a las causas de las migraciones, debido a que realiza un análisis de los flujos migratorios motivados por aspectos laborales y únicamente desde la parte del país receptor dejando a un lado la implicancia de factores que provienen desde el país de origen y que, a su vez, influyen en la salida de personas. Tampoco puede sostenerse que, hoy en día, en general, los movimientos migratorios se deben a la labor de reclutamiento de trabajadores extranjeros que realizan las empresas en las economías más avanzadas, sino que, al contrario, parece ser que deciden migrar por iniciativa propia o incluso motivados por empresas distintas de aquellas en las que finalmente desempeñan funciones. Sin perjuicio de lo anterior, la teoría de los mercados duales de trabajo permite situar el análisis de la relación entre la migración laboral y el trabajo en la agricultura en un contexto más delimitado en cuanto al reconocimiento de los factores que pueden influir en la decisión de migrar hacia un país distinto al de origen y buscar suerte en el mercado laboral agrícola.

En el contexto global de los flujos de trabajadores migrantes puede sostenerse que la migración continúa siendo, en general, un proceso que se lleva a cabo desde los países más desfavorecidos hacia aquellos que ofrecen mejores oportunidades laborales e ingresos más altos. Esto significa la consolidación de la emigración de trabajadores de países en desarrollo a países más industrializados.

Según las últimas estimaciones de la OIT, en el 2013 existían 150 millones de trabajadores migrantes en el mundo⁸. Las principales regiones de destino de este grupo corresponden a Norteamérica, Europa meridional, septentrional y occidental. En cuanto a su distribución en las distintas áreas de la actividad económica, cabe señalar que la gran mayoría los trabajadores migrantes se encuentran en el sector de los servicios con un 71,1%; luego aparece la industria con un 17,8%; en seguida, la agricultura con un 11,1%; y por último, el trabajo doméstico con un 11,1%.

En la región iberoamericana el fenómeno de las migraciones alcanza cifras considerables y juega un papel importante en la reestructuración social de esta parte del continente⁹. Junto a la intensificación y diversificación de estos movimientos de la población, se incluyen procesos de migración interna, transfronteriza y hacia Europa. Conforme a ello, pueden identificarse tres corrientes tradicionales: la emigración de trabajadores de América Latina y el Caribe hacia Estados Unidos y Canadá, principalmente desde México, Centroamérica, Cuba, República Dominicana y Haití; también se destacan los flujos migratorios dentro de Latinoamérica; y por último, en Europa, España y Portugal constituyen importantes países de destino para la migración iberoamericana.

Norteamérica se sitúa como la principal zona de destino de la migración regional, albergando a más de 24 millones de latinoamericanos y caribeños en el 2015. De este flujo, se destaca como corriente migratoria más numerosa, el grupo de mexicanos en Estados Unidos superando los 12 millones de personas. Es importante mencionar que estos movimientos no están motivados solamente por las diferencias económicas existentes entre las regiones sur y norte del continente, sino que también se explican a partir de la formación significativa de verdaderas redes migratorias como un conjunto de relaciones sociales,

⁸ Los términos “trabajador migrante” y “trabajadora migrante” designan a todos los y las migrantes internacionales que tienen empleo o que están desempleados y buscan trabajo en el país en que residen. Véase OIT. (2015). Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes. Ginebra, Suiza: OIT, p. 5. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_436343.pdf (consulta: 25 mayo 2016).

⁹ Conforme a la base de datos poblacional proporcionada por Naciones Unidas, en el 2015 el número de migrantes por países es el siguiente: 2,1 millones en Argentina; 140 mil en Bolivia; 710 mil en Brasil; 470 mil en Chile; 130 mil en Colombia; 420 mil en Costa Rica; 13 mil en Cuba; 415 mil en República Dominicana; 387 mil en Ecuador; 42 mil en El Salvador; 5 millones 850 mil en España; 76 mil en Guatemala; 28 mil en Honduras; 1 millón 193 mil en México; 40 mil en Nicaragua; 184 mil en Panamá; 156 mil en Paraguay; 837 mil en Portugal; 72 mil en Uruguay; y 1 millón 404 mil en Venezuela. Véase UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). *Op. Cit.* Disponible en: <http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml> (consulta: 23 mayo 2016).

familiares y laborales de migrantes provenientes de distintos países de Latinoamérica que residen en la parte norte del continente. Se trata de una población en que confluye la presencia tanto de mano de obra barata como también calificada. Sin embargo, es importante señalar que la demanda de empleo en el sector primario de Estados Unidos ha sido cubierta, sostenidamente, por trabajadores inmigrantes, en su mayoría provenientes desde México. Así lo ha considerado la CELADE en sus trabajos sobre migración internacional:

“Los latinoamericanos y caribeños –principalmente los mexicanos– se han consolidado como principal reserva de mano de obra de bajos salarios de la economía estadounidense, principalmente en estados como California”¹⁰.

A lo largo de más de un siglo, los empresarios de la agricultura en Estados Unidos¹¹ han implementado fuerza de trabajo extranjera proveniente de distintos países y regiones con el objeto de incrementar la rentabilidad de sus explotaciones. Esta demanda laboral ha sido abastecida por inmigrantes africanos, chinos, japoneses, filipinos, centroamericanos y mexicanos. En el año 1942, fue promulgado el Programa Bracero (*Bracero Program*) como una medida para promover la llegada de trabajadores temporales provenientes desde México, quienes comenzaron por desempeñarse en las cosechas de caña de azúcar en Stockton, California. Rápidamente, el programa se implementó en otras regiones, proveyendo de mano de obra al mercado agrícola del país. En 1968 se creó la Ley de reforma y control de la inmigración (*Immigration Reform and Control Act* o *IRCA*) mediante la que se buscó disuadir la inmigración fronteriza a través de fuertes reglamentaciones y sanciones para los empleadores que utilizaran trabajadores indocumentados. Esta ley fue reformada y, finalmente, en 1990 se creó la Ley de inmigración (*Immigration Act* o *IMMACT90*), actualmente vigente y enfocada en resolver la demanda de trabajadores inmigrantes con mayor calificación profesional. La residencia de los trabajadores no calificados, por su parte, se rige por las visas H-2A, que tienen una duración determinada y se otorga a inmigrantes para desempeñarse temporalmente en ciertas actividades mediante contrato a cuyo término el trabajador tiene la obligación de regresar a su país de origen. De esta manera, a través de estas visas se intenta promover, principalmente, la residencia, por un tiempo determinado, de extranjeros con baja calificación para realizar labores como

¹⁰ MARTÍNEZ, J. (2008). América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo. Santiago, Chile, CEPAL, p. 130.

¹¹ IZCARA, S. (2010). Los jornaleros tamaulipecos y el programa H-2A de trabajadores huéspedes. D.F., México, Plaza y Valdés Editores, p. 33.

trabajadores temporales agrícolas¹². En este sentido, Estados Unidos es un país fuertemente marcado por la relación existente entre la inmigración y la agricultura como fuente de mano de obra y mercado laboral, respectivamente.

En Canadá¹³ la presencia de inmigrantes latinoamericanos y caribeños también es significativa abarcando poco más de 1,2 millones de personas lo que corresponde aproximadamente al 15,8% de la población extranjera en este país¹⁴. Este movimiento se debe, entre otras causas, a la adopción de una política migratoria que promueve el ingreso de trabajadores extranjeros calificados. También la implementación de programas temporarios ha contribuido a la llegada de inmigrantes laborales para desempeñarse, principalmente, en el sector agrícola canadiense. Así, por ejemplo, el Programa de Trabajadores Agrícolas Temporales (*The Seasonal Agricultural Migration Program* o *SWAP*) ha permitido satisfacer la escasez de mano de obra nativa presente en este rubro.

Según un informe realizado por Libertad y Desarrollo, “[l]as estadísticas indican que para el año 2006, 7.806 trabajadores mexicanos y 7.770 caribeños llegaron a Canadá para trabajar con visas temporales (Informe OIM, 2011). Este tipo de migración se focaliza con áreas rurales, cubriendo la escasez de mano de obra en el sector agrícola y agrícola manufacturero. Mediante el *SAWP*, por ejemplo, los trabajadores migrantes proporcionan mano de obra en porcentajes importantes para actividades como la cosecha de frutas, el procesamiento de conservas, la apicultura y la floricultura”¹⁵.

Otros países¹⁶ también han adoptado programas temporales para promover la incorporación de trabajadores extranjeros a su mercado laboral agrícola. En Australia, por

¹² LEGARRETA, P. (2008). Los programas de los trabajadores huéspedes: las visas H-2 en Estados Unidos. *Papeles de la Población*, 14(55): 125.

¹³ MARTIN, P. (2006). *Managing Labor Migration: Temporary Worker Programs for the 21st Century*, p. 28. Disponible en: <http://www.un.org/esa/population/migration/turin/Symposium_Turin_files/P07_Martin.pdf> (consulta enero 2016).

¹⁴ UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). *Trends in International Migrant Stock: Migrants by Destination and Origin, Table 16. Total migrant stock at mid-year by origin and by major area, region, country or area of destination. POP/DB/MIG/Stock/Rev.2015*. Disponible en: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml>> (consulta: 7 enero 2016).

¹⁵ BELLOLIO, A., FRANCO, M. y RAMÍREZ, J. (2012). *Migraciones en Chile: diagnóstico y lineamientos de propuestas*. Santiago, Chile, Libertad y Desarrollo, p. 13. Disponible en: <<http://www.veltec.cl/lyd1/pdf/p000129-1.pdf>> (consulta: 26 mayo 2016).

¹⁶ ANRÍQUEZ, G. *et al.* (2014). *Empleo estacional en la fruticultura en Chile: evidencia, desafíos y políticas*. Santiago, Chile, Fundación para la Innovación Agraria (FIA), p. 52. Disponible en: <<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2016/01/FIA-Informe-Final-Mano-de-Obra.pdf>> (consulta: 9 enero 2017).

ejemplo, el Programa de Trabajador Temporal (*Seasonal Worker Program* o *SWP*) tiene por objetivo atraer mano obra proveniente de las Islas del Pacífico colindantes lo que ha permitido por una parte, satisfacer la demanda de fuerza laboral, principalmente, en el sector de la agricultura; y por otra, reducir la inmigración irregular. En Nueva Zelanda¹⁷, el Permiso de Trabajo de Temporada (*SWP*) del 2005 hizo posible la contratación de trabajadores de las Islas del Pacífico para desempeñarse temporalmente en actividades de horticultura y de vitivinicultura, especialmente, en períodos de cosecha. Luego, en el 2007 se implementó el programa del Empleador Temporal Reconocido (*Recognized Seasonal Employer* o *RSE*) que vino a reemplazar al *SWP*. Este nuevo programa está enfocado tanto a proporcionar mano de obra inmigrante a las industrias de la horticultura y viticultura ante la escasez de trabajadores, como a promover el desarrollo económico de las Islas del Pacífico. En efecto, el éxito en la implementación del *RSE* en Nueva Zelanda ha llevado a la idea que pueda servir como programa modelo para otros países.

Dentro de los flujos migratorios iberoamericanos, también corresponde mencionar la numerosa corriente de trabajadores que se dirige al continente europeo, especialmente, hacia la región occidental del mismo. En este contexto, destaca la inmigración de ecuatorianos, colombianos y argentinos en España, la presencia de brasileros en Portugal y la de peruanos en Italia. España como país de destino es considerablemente heterogéneo en cuanto a los flujos de inmigración que, en su mayoría, provienen originalmente desde regiones con realidades muy distintas entre sí, como son África, Europa del Este y América Latina. En este sentido, es importante mencionar el significativo flujo de migrantes africanos hacia España que provienen, principalmente, de la zona del Magreb a través del estrecho de Gibraltar y las Islas Canarias.

Desde la perspectiva del fenómeno de las migraciones por motivos laborales, la comunidad marroquí en España es de las más antiguas y numerosas de entre los grupos de migrantes de países que no forman parte de la Unión Europea, con un total aproximado de 700 mil personas. Su llegada comienza a mediados de la década de los ochenta para asentarse en los campos de la agricultura intensiva y de regadío en la zona mediterránea como las regiones de Almería, Comunidad Valenciana, Murcia y Cataluña. De esta manera, los trabajadores inmigrantes, en su mayoría de origen marroquí, se han desempeñado en el

¹⁷ GIBSON, J. y MCKENZIE, D. (2010). The Development Impact of a Best Practice Seasonal Worker Policy. Policy Research, Working Paper No. 5488, p. 2. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/RSE_Impact_RESTAT_Final_Revision_Jan_2013.pdf> (consulta: 30 mayo 2016).

mercado laboral agrícola ante la escasez de mano de obra nacional en este sector de la economía española. A este respecto, pueden señalarse como factores que contribuyen al establecimiento de una fuerte demanda de trabajadores inmigrantes en Andalucía, los siguientes:

“Por una parte, el fuerte carácter estacional de la demanda de empleo agrario en labores como la recogida de la aceituna, provoca que se conjuguen períodos de escasez de empleo con otros de sobreoferta de trabajo. Por otra parte, el rechazo de la población local de los ritmos y exigencias laborales en las explotaciones intensivas de invernadero, determina que exista una escasez de mano de obra para la realización de determinadas tareas agrarias. Estos dos factores, unidos a una búsqueda de los empresarios agrarios de mano de obra competitiva, capaz de desarrollar las tareas más duras a cambio de unos salarios muy modestos, se han traducido en una creciente demanda de trabajadores inmigrantes en la agricultura andaluza”¹⁸.

A esta disponibilidad de puestos de trabajo, puede agregarse el factor relacionado con la residencia de amigos y familiares en esta región que permite una mejor adaptación y la entrega de información y contactos a los recién llegados. De tal modo, se forman verdaderas redes sociales que, al mismo tiempo, incentivan la llegada de otros inmigrantes desde Marruecos.

Desde el punto de vista de la política migratoria, por un lado, el escenario de transición migratoria española aconteció entre las décadas de los setenta y ochenta, en que pasó de ser un país de origen, con una importante corriente emigratoria, hacia uno de destino; y por otro, la adhesión a la Unión Europea, llevaron a que en 1985 se creara una nueva ley de inmigración. Esta legislación tuvo un marcado carácter restrictivo hacia los extranjeros que derivó en un aumento de la inmigración ilegal¹⁹. Para efectos de modificar esta situación se llevaron a cabo procesos de regularización extraordinaria de extranjeros en 1986, 1991, 1996, 2000 y 2005. Sin embargo, estas medidas no han solucionado el problema de la implementación de mano de obra irregular en la agricultura. En efecto, se ha planteado que existe en el sector agrario una correlación entre la regularización de los trabajadores ilegales y el abandono por parte de estos de las actividades en el campo de la agricultura para

¹⁸ IZCARA, S. y ANDRADE, K. (2004). Inmigración y trabajo en la agricultura: trabajadores tamaulipecos en Estados Unidos y jornaleros magrebíes en Andalucía. *Mundo Agrario, Revista de Estudios Rurales*, 4(8): 3. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.582/pr.582.pdf> (consulta: 27 mayo 2016).

¹⁹ SÁNCHEZ, B. (2011). La política migratoria en España: un análisis de largo plazo. *Revista Internacional de Sociología*, 69(1): 249. Disponible en: <<http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/393/403>> (consulta: 30 mayo 2016).

desempeñarse en otros sectores de la economía. Esto generaría un movimiento permanente de sustitución laboral de carácter irregular en los puestos del sector agrícola que liberan los trabajadores regulares en busca de empleos en áreas como la manufacturera, construcción, servicios, minería, etc.

“Los jornaleros que son legalizados dejan la agricultura y de nuevo trabajadores irregulares son necesitados para llenar los huecos dejados por los primeros. (...) En el caso español, un inmigrante marroquí que anteriormente había trabajado en la agricultura, también había sido miembro activo de varios sindicatos desde donde había apoyado a los jornaleros marroquíes, y en el momento de la entrevista, en julio de 2003, trabajaba en el consulado de Marruecos en Almería señalaba: ‘El colectivo inmigrante tiene aspiraciones de superación de empleo o calidad de trabajo, para empezar en la construcción o en otra cosa’”²⁰.

Como se verá en el capítulo siguiente, la presencia de inmigrantes en el sector agrícola, principalmente, de aquellos que realizan actividades en forma temporal o estacionaria, se encuentra aparejada a una serie de problemas derivados de la informalidad del trabajo predominante en este sector de la economía, tales como: migración irregular, bajos salarios, jornadas de trabajo prolongadas, explotación laboral, escasas condiciones laborales. De esta manera, los inmigrantes irregulares se ven obligados a insertarse en un mercado laboral donde la aplicación de las reglas jurídicas del trabajo resulta la excepción, situación que los posiciona en una particular condición de vulnerabilidad.

2. Situación de la migración laboral y el trabajo temporal agrícola en Chile

El contexto chileno con respecto a la migración ha variado significativamente en el último tiempo, especialmente, a partir de los años noventa. Si bien, a lo largo de la historia, nuestro país se ha constituido, primordialmente, como uno en que la corriente de emigrantes es más numerosa que aquella que ingresa, existe consenso en que se ha verificado un aumento considerable de la población inmigrante en Chile en las últimas décadas. En efecto, el censo del año 1992 contabilizó a 105.070 extranjeros residentes (0,8% de la población total), mientras que el censo del 2002 registró a 184.464 (1,2% del total poblacional)²¹. Por su parte, las estimaciones del Departamento de Extranjería y Migración indican que en el año

²⁰ IZCARA, S. (2009). La situación sociolaboral de los migrantes internacionales en la agricultura: irregularidad laboral y aislamiento social. *Estudios Sociales*, 17(33): 99-100. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/estsoc/v17n33/v17n33a3.pdf>> (consulta: 30 mayo 2016).

²¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2003). Síntesis de resultados Censo 2002, p. 18. Disponible en: <<http://www.ine.cl/cd2002/sintesisiscensal.pdf>> (consulta: 2 junio 2016).

2010 el total de la población extranjera residente en Chile era de 352.344 personas²². La encuesta CASEN del año 2015 señala que esta cifra habría aumentado a 465.319 personas²³. Finalmente, según datos de Naciones Unidas se estima que para el 2015 la población inmigrante en Chile sería de 469.436 personas²⁴. De este modo, los distintos informes confirman la tendencia de un aumento importante y sostenido en las últimas décadas del número de extranjeros que residen en nuestro país.

Dentro de los flujos migratorios existentes en Chile, las corrientes más numerosas provienen desde la misma región latinoamericana, siendo las principales de Perú, Colombia y Argentina²⁵. Hay también flujos menores, pero significativos, de bolivianos, ecuatorianos y brasileños²⁶. Por otra parte, en el hemisferio norte destacan las corrientes de españoles, estadounidenses y chinos²⁷. En términos generales, puede sostenerse que en Chile el fenómeno migratorio internacional comprende desde la perspectiva de país de acogida, mayoritariamente, los flujos transfronterizos de personas, intrarregionales y de tipo voluntarios o económicos en el sentido que se deben a decisiones personales o grupales en búsqueda de mejores alternativas económicas, laborales, educacionales, políticas y, en definitiva, de vida. La percepción que otras naciones y organizaciones internacionales tienen de Chile como un país desarrollado o *ad portas* del desarrollo —primer miembro pleno de la OCDE en América del Sur y segundo en Latinoamérica después de México—, con estabilidad económica y política, en el que se ha disminuido la pobreza y mejorado las condiciones de vida de la población, hace que se posicione como un país atractivo para inmigrar, en su mayoría para aquellos de esta parte del continente y, en especial, de los países limítrofes. Así lo señala la OCDE en su informe sobre perspectivas económicas en América Latina: “[s]u creciente estabilidad política y económica junto con la deterioración de

²² DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2010). Informe anual, p. 12. Disponible en: <<http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Informe%20Estimacion%20Poblacion%20Extranjeros%202008.pdf>> (consulta: 2 junio 2016).

²³ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. (2016). Encuesta de caracterización socioeconómica nacional, CASEN 2015. Presentación Inmigrantes, p. 6. Disponible en: <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/casen_nmigrantes_2015.pdf> (consulta: 2 junio 2016).

²⁴ UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). *Op. Cit.*

²⁵ MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. (2016). *Op. Cit.*

²⁶ *Ídem.*

²⁷ UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). *Op. Cit.*

la situación económica y política en otros países de la región han hecho de Chile un halagüeño destino para los migrantes latinoamericanos”²⁸.

Asimismo, la suscripción de tratados internacionales en materias de comercio constituye un factor importante que se relaciona con la migración laboral, facilitando una apertura de los mercados y promoviendo el ingreso de inversión extranjera y de fuerza de trabajo. De esta manera, Chile ha tomado una importante posición dentro del sistema migratorio regional, transformándose en un nuevo punto de recepción de migrantes sudamericanos.

Esta tendencia puede verificarse a partir de los datos sobre la población inmigrante en Chile entregados por organismos oficiales del Estado como el Instituto Nacional de Estadísticas (en adelante, INE), el Ministerio de Desarrollo Social y el Departamento de Extranjería y Migración (en adelante, DEM) que, en todo caso, se refieren a datos recogidos sobre inmigrantes en situación regular en Chile. De tal modo, existe una carencia de información oficial que permita un conocimiento más preciso respecto de los inmigrantes con residencia irregular. Además, el censo del 2002 no es una herramienta fehaciente que permita conocer la dinámica del fenómeno migratorio en 15 años de período inter censal, tomando en cuenta que los datos del censo del 2012, lamentablemente, si no, paradójicamente, no se encuentran disponibles.

En cuanto a la distribución geográfica de la población inmigrante en Chile, cabe mencionar que esta no se presenta en forma homogénea sino que se halla fuertemente concentrada en determinadas zonas del territorio nacional. En este sentido, la Región Metropolitana se destaca como aquella con mayor asentamiento de extranjeros con poco más del 60% del total de inmigrantes. Más atrás, la siguen con amplia diferencia las regiones de Valparaíso, Antofagasta y Tarapacá. Se repite, entonces, el patrón de asentamiento nacional en los grandes centros urbanos, claro que, con una significativa presencia en las regiones del extremo norte del país dada la cercanía con Perú y Bolivia y su importancia en el contexto económico gracias a la industria minera, principalmente.

Según la ONU, la edad media de la población inmigrante en Chile se encuentra en los 33 años²⁹. Asimismo, los datos entregados por el DEM en su informe sobre migración en

²⁸ OCDE. (2009). Perspectivas Económicas de América Latina 2010. París, Francia, OCDE, p. 241. Disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/development/perspectivas-economicas-de-america-latina-2010_9789264076419-es> (consulta: 3 junio 2016).

²⁹ UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. International Migration Wallchart 2015. Disponible en: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/wallchart/docs/MigrationWallChart2015.pdf>> (consulta: 3 junio 2016).

Chile³⁰, indican que el tramo etario entre los 20 y 35 años abarca el 50,8% del total de los migrantes. Estas cifras permiten plantear un preponderante carácter laboral de los flujos migratorios hacia Chile.

También los permisos de residencia otorgados por el Ministerio del Interior para visas sujeta a contrato, de estudiante y temporaria (cuyo tratamiento legal será desarrollado en el tercer capítulo de la presente tesis) entregan información relevante sobre el flujo de migrantes y su inserción en los distintos mercados laborales. De esta manera, los resultados demuestran un aumento sostenido de las visas otorgadas a nivel nacional que llegan a un total de 137.972 en el 2014. Es relevante señalar que los extranjeros residentes se concentran, principalmente, en sectores laborales que no requieren mayor calificación desempeñándose como empleados del sector privado, empleados domésticos y obreros o jornaleros. Por su parte, la encuesta CASEN del 2013 señala que los inmigrantes trabajan principalmente en forma independiente o bien como empleados y obreros del sector privado³¹. Según esta encuesta, dentro de este último grupo el porcentaje de inmigrantes asalariados que cuentan con contrato de trabajo asciende a un 89,4 %.

Lo que a simple vista pareciera una situación favorable para el trabajador inmigrante en el escenario laboral chileno, al profundizar un poco el análisis más allá de la exposición de números, se puede constatar la diferenciación que existe entre inmigrantes con calificación de aquellos que no la tienen; desglosar el tipo de trabajo en que se desempeñan; y por último, señalar que las estadísticas oficiales implementadas se refieren únicamente a la población migrante regular y excluyen, absolutamente, a aquella que no lo es.

De esta manera, se puede realizar la distinción de dos tipos de inmigrantes según la situación en que estos ingresen al país: por un lado, el inmigrante calificado que hace mención a las personas que cuentan con un nivel elevado de educación, conocimiento específico o profesionalismo en un área determinada. En nuestro país, esta categoría la representan los argentinos y los técnicos, profesionales y médicos procedentes de Ecuador y Colombia. Por otro, el inmigrante con baja o ninguna calificación profesional que comprende a aquellas personas, principalmente peruanos, bolivianos haitianos, colombianos y ecuatorianos que ingresan a nuestro país con poco capital económico y social en la

³⁰ SECCIÓN DE ESTUDIOS DEL DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2016). Migración en Chile 2005-2015, p. 65. Disponible en: <<http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf>> (consulta: 3 junio 2016).

³¹ Se entiende por tasa de ocupación al porcentaje de la población ocupada con respecto a la población en edad de trabajar (población de 15 años y más).

búsqueda de oportunidades y que se desempeñan como trabajadores agrícolas, obreros industriales, constructores, asesoras del hogar, etc. Son precisamente estos inmigrantes quienes se enfrentan a una compleja situación dado que no cuentan con un soporte normativo ni político que facilite su inserción laboral lo que muchas veces termina por condicionar su situación de irregulares.

Dentro de las condiciones del mercado de trabajo chileno, los factores que atraen el ingreso de esta categoría de inmigrantes dicen relación con las oportunidades de empleo, la escasez de mano de obra nacional en determinados rubros y las preferencias laborales de los trabajadores chilenos. Cabe destacar que existen sectores de la actividad económica en nuestro país, principalmente aquellos relacionados con las unidades iniciales de la cadena productiva, que presentan una tendencia a la disminución de trabajadores que en ellos se desempeñan. En este sentido, el sector agrícola, en general y, dentro de este, la fruticultura, en especial, son dos rubros que se han sumido en un escenario de escasez de demanda de mano de obra. Esta baja participación de la fuerza de trabajo en la actividad agropecuaria se ha asociado al proceso de desarrollo en que se encuentra el país. De tal modo, existe una propensión de parte de los países que aumentan su ingreso per cápita a disminuir la cantidad porcentual de trabajadores que se desempeñan en el sector de la agricultura. Un estudio del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura en el 2004 explica que en la medida que una economía se desarrolla y diversifica, el sector agrícola primario pierde peso relativo en el PIB³². Entonces, es una tendencia que la agricultura disminuye en importancia en aquellos países que se encuentran en proceso de desarrollo económico.

“El importante papel de la agricultura en la economía es más prominente y perceptible en los PMA (países menos adelantados) que en los demás países en desarrollo. En 2006, el 28% del producto interno bruto (PIB) de los PMA procedió del sector agrícola, en comparación con el 12,8% en los demás países en desarrollo. Se observa un contraste similar en el porcentaje de personas empleadas en el sector agrícola. En 2006, la agricultura empleaba el 68,6% de la población económicamente activa de los PMA, pero solo el 53,1% en los demás países en desarrollo”³³.

³² TREJOS, R., ARIAS, J. y VARGAS, E. (2004). Más que alimentos en la mesa: la real contribución de la agricultura a la economía. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), p. 13. Disponible en <http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/COLECCION_UNPAN/BOL_FEBRERO_2013_59/IICA/2004/alimentos_mesa.pdf> (consulta 4 de junio 2016).

³³ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. (2009). Los países menos adelantados: el Estado y la gobernanza del desarrollo. Ginebra, Suiza, Naciones Unidas, p. 98. Disponible en: <http://unctad.org/es/Docs/ldc2009_sp.pdf> (consulta: 9 junio 2016).

Si a este proceso de desarrollo que atraviesa nuestro país se agrega el fortalecimiento del tipo de cambio y un aumento de los sueldos reales que, en el caso de la agricultura, ha significado un alza del 50% del costo de la mano de obra no calificada, se llega a la situación de que la fuerza laboral en Chile es más cara y, al mismo tiempo, más escasa en este rubro. En efecto, entre 2011 y 2015 se ha observado una tendencia a la baja del número de trabajadores ocupados en los trimestres de diciembre a febrero que son, precisamente, los de máxima ocupación. En el 2015 la ocupación agrícola presentó alrededor de 758.000 trabajadores, en comparación con los 829.000 ocupados en el 2011³⁴. Es importante resaltar que el sector agrícola genera, aproximadamente, el 10% total de los empleos de la economía nacional, de modo que ocupa un rol importante situándose como la tercera actividad económica generadora de trabajo siendo superada por los sectores del comercio y la industria manufacturera. Otro aspecto relevante en la escasez de mano de obra, es que si bien los salarios progresivamente han ido aumentando, estos se mantienen como los más bajos del mercado laboral. La Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos (NESI) indica que la agricultura alcanza un ingreso medio mensual alrededor de \$280.000 pesos por debajo de otras ramas de la actividad económica tales como la minería, construcción e industrias manufactureras³⁵. Estos últimos sectores, al igual que la agricultura, demandan mano de obra no calificada pero presentan mejores oportunidades salariales y condiciones de trabajo, lo que permite suponer que los asalariados del sector agrícola estarían migrando hacia otros sectores competitivos que sean más atractivos. Algunos de los factores que inciden en la decisión de los trabajadores nacionales para rechazar la oferta laboral agrícola son los siguientes: bajos salarios, largas jornadas de trabajo, labores pesadas, distancia entre el lugar de trabajo y el de residencia, costos de transporte y salarios más atractivos en los mercados competitivos como la minería³⁶.

Ante este panorama, los empresarios de la actividad agrícola se han visto obligados a buscar alternativas que permitan subsanar el déficit de trabajadores, dentro de las cuales se encuentran la mecanización de las labores y la contratación de trabajadores extranjeros.

³⁴ OFICINA DE ESTUDIOS Y POLÍTICAS AGRARIAS DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA (2015). Evolución de la calidad del empleo en trabajadores agrícolas. Disponible en: <http://www.odepa.cl/wp-content/files_mf/1436889012Evoluci%C3%B3ndelacalidaddeempleo2015.pdf> (consulta: 9 junio 2016).

³⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2014). Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos 2014, p. 8. Disponible en: <http://www.ine.cl/filenews/files/2015/septiembre/sintesis_NESI_2014.pdf> (consulta: 9 junio 2016).

³⁶ SOLIMANO, A. (2012). Incorporación laboral de los migrantes en la región Metropolitana de Chile. Santiago, Chile, OIM, p. 30.

La mecanización de labores resulta útil, principalmente, en las plantaciones destinadas a la producción de bienes industriales en que la fruta forma parte de un proceso pero, no lo es tanto, respecto de aquellas en que se busca la entrega de un producto fresco al consumidor. Además, esta alternativa es restrictiva tanto en el capital de inversión como en el tipo de frutos que pueden cosecharse, por lo que no puede ser implementada en todos los cultivos y plantaciones. Sin embargo, su utilización ha permitido reducir los costos de producción, agilizar las labores agrícolas y disminuir las jornadas de trabajo.

La contratación de trabajadores extranjeros, como se señaló en la primera parte de este capítulo, ha sido una medida utilizada en países como Nueva Zelanda y Australia para recomponer la fuerza de trabajo en el campo y solucionar el problema de la falta de trabajadores en la agricultura. En nuestro país, la ocupación inmigrante en este rubro es realmente escasa, representando un 0,21% del total de sus trabajadores en el 2012³⁷. De este modo, a pesar de la escasez de demanda de mano de obra en la agricultura y en el subsector de la fruticultura nacional, en general, no podría afirmarse que los empresarios consideran la contratación de personal extranjero como una opción efectiva para llevarse a cabo. Sin embargo, según SUBERCASEAUX, una de las mejores medidas que el empresario agrícola puede adoptar para suplir el déficit de trabajadores nacionales es la implementación de mano de obra extranjera.

“En esa línea señala que cada vez se ven más inmigrantes tanto a nivel nacional como a nivel agrícola. «En la primera encuesta que hicimos, el año 2012, detectamos solo un 0,2% de inmigración en la agricultura. En una nueva encuesta realizada para FIA el año 2014 nos encontramos con que la proporción de inmigrantes que trabajaba en la agricultura se había elevado al 2%». Es decir, el porcentaje va aumentando, pero «¿esta va a ser la gran solución para Chile?», Subercaseaux afirma que no, «porque no hay políticas de gobierno que fomenten la inmigración estacional de extranjeros para que trabajen en el sector agrícola.»³⁸.

A partir de lo anterior, llama la atención la propuesta de gran parte de los empresarios y de algunos políticos para aumentar el límite legal extranjeros que pueden desempeñarse en una empresa chilena del 15% actual a un 25% del total de trabajadores como una solución para subsanar el déficit de mano de obra en el sector agrícola, cuando en realidad, la

³⁷ SUBERCASEAUX, J. y CONTRERAS, M. (2013). El gran desafío de fruticultura: déficit de la mano de obra. *Revista Agronomía y Forestal UC*, (47): 20.

³⁸ REDAGRÍCOLA. (2015). Situación de la mano de obra agrícola en Chile y perspectivas. *Revista Redagrícola*, N° 72, p. 22. Disponible en: <<http://www.redagricola.com/virtual/RACHILE721/index.html>> (consulta: 9 junio 2016).

utilización de extranjeros en estas empresas está muy por debajo de llegar, siquiera a dicho límite vigente³⁹.

En efecto, el problema no radica, simplemente, en el hecho de que los empresarios no contraten trabajadores extranjeros desincentivados por el límite legal que les impide aumentar la ocupación laboral en sus faenas agrícolas. Sino, más bien, el trasfondo parece estar en la falta de una normativa compatible con la realidad del fenómeno migratorio que facilite el ingreso de mano de obra extranjera (no calificada), la inserción e inclusión de esta en el mercado laboral, en este caso el sector agrícola, y su permanencia temporal en nuestro país durante el período necesario para realizar las tareas por las que fue contratado. La relación que se suscita entre el fenómeno de la migración por motivos laborales y la realidad del trabajo agrícola, en el marco de una legislación estricta respecto a las formalidades y exigencias de los distintos permisos de residencia, es particularmente sensible para la condición regular del trabajador migratorio y el respeto de sus derechos laborales. En este sentido, la creación de un tipo de visa de trabajo de carácter temporal para estos casos, como ha ocurrido en otros países, necesariamente debe ir de la mano con un marco normativo de carácter general que permita no tan solo el pleno ejercicio de los derechos laborales, sino que, por sobre todo, la protección y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes en nuestro país.

3. Conclusiones del capítulo

Este capítulo se enfocó en establecer la base contextual sobre la cual se efectuará el trabajo de investigación y análisis jurídico en la presente tesis. De este modo, se revisó la teoría del mercado laboral dual que comprende la migración a partir de una división del mercado de trabajo de los países desarrollados en dos sectores: uno estable y el otro precario. Luego, se analizó la relación entre la migración laboral y el trabajo agrícola a través de la implementación de programas de trabajadores temporales en los países desarrollados como mecanismo de gestión de la importación de mano de obra no calificada. Por último, se analizó esta relación en el plano nacional. A la luz de lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones de este capítulo.

³⁹ TORRES, V. (2011). La otra cara de los abusos de Francisco J. Errázuriz. Las presiones de los empresarios agrícolas por abrir las fronteras a trabajadores extranjeros. CIPER. 5 de julio de 2011. Disponible en: <<http://ciperchile.cl/2011/07/05/las-presiones-de-los-empresarios-agricolas-por-abrir-las-fronteras-a-trabajadores-extranjeros/>> (consulta: 10 junio 2016).

La teoría del mercado laboral dual explica que la presencia de migrantes en actividades como la agricultura, se debe a que éstos permiten al segmento primario de las economías, intensivo en capital, resolver el problema de la falta de trabajadores nacionales en el sector primario, intensivo en mano de obra, por lo que aquellos juegan un rol fundamental en el funcionamiento de una estructura económica que necesita mano de obra al menor costo posible. Por su parte, los trabajadores migrantes aceptan puestos de trabajo que ofrecen poca seguridad y bajo prestigio, ya que no tienen expectativas de radicarse permanentemente en el país receptor. Como la residencia de estos trabajadores tiene una corta duración y es de carácter instrumental, aceptan trabajar en actividades que no otorgan estatus, a diferencia de los trabajadores nacionales. De esta manera, la teoría del mercado dual se enfoca en el carácter temporal de las migraciones laborales, es decir, en la intención por parte de los trabajadores migrantes de retornar a su país de origen una vez que el ciclo de producción finaliza.

En países de distintas regiones del mundo, se acepta de manera controlada el ingreso de jornaleros migratorios para desempeñarse en la actividad agrícola durante períodos intensivos de producción como son las temporadas de siembra y cosecha. Tal es el caso de Estados Unidos mediante el programa H-2A de trabajadores huéspedes, Canadá con el programa de trabajadores agrícolas temporales, al igual que Australia y Nueva Zelanda, y también España mediante los contratos de origen.

En el caso de Chile, la presencia de trabajadores inmigrantes en el sector agrícola no resulta tan notoria como en los sistemas productivos de los países anteriormente mencionados ni existen programas oficiales para trabajadores agrícolas de temporada que busquen atraer mano de obra extranjera. Sin embargo, puede sostenerse que la escasez de trabajadores nacionales, la informalidad y precarización del trabajo agrícola junto con la tendencia al alza de los flujos migratorios hacia nuestro país y la paulatina incorporación de inmigrantes al mercado laboral agrícola, constituyen factores propicios para la configuración del fenómeno migratorio en cuestión. Esta situación impone al Estado la obligación de hacerse cargo de la protección de los derechos humanos de las personas que conforman estos grupos de acuerdo con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos e instrumentos específicos sobre trabajadores migratorios.

CAPÍTULO 2. LA MIGRACIÓN LABORAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Derecho Internacional migratorio y migración laboral

Tradicionalmente, el sector agrícola ha sido un nicho de recepción de mano de obra extranjera. En distintos países alrededor del mundo se han contratado trabajadores inmigrantes para desarrollar tareas de siembra y cosecha y, en general, todas aquellas labores de explotación en el contexto de la producción agrícola. Esta demanda de mano de obra foránea se debe a la menor participación de fuerza de trabajo local que se dedica a la actividad agropecuaria. Asimismo, este rubro representa un mercado laboral atractivo para inmigrantes, en el que pueden ingresar fácilmente, dada la disponibilidad de puestos de trabajo. Se trata de una actividad que no exige mayor calificación a sus trabajadores, en la que los inmigrantes pueden aspirar a un mayor salario que el que recibirían en su país de origen y cuya fiscalización se dificulta por las características de estacionalidad y ruralidad que presentan tales labores. Este factor cobra especial relevancia en los países que cuentan con políticas migratorias restrictivas, ya que propician el ingreso de personas extranjeras a trabajos que se mantienen al margen del mercado laboral formal, como ocurre en la agricultura.

La importancia que el recurso de mano de obra inmigrante tiene en el sector agrario radica en el déficit de trabajadores nacionales que se desempeñan en este rubro. Esto se ve reflejado en las zonas agrícolas de muchos países, que recurren a la fuerza de trabajo extranjera como la principal manera de resolver la necesidad de mano de obra estacional a nivel local y, de este modo, mantener o mejorar la productividad. En este sentido, el empleo de trabajadores extranjeros juega, en muchos casos, un papel fundamental para el desarrollo y crecimiento del sector productivo agrícola en el contexto económico⁴⁰.

Esta llegada de jornaleros inmigrantes al sector agrícola para suplir la falta de trabajadores nacionales es un fenómeno que se ha reproducido en distintos países. En algunos casos, se trata de flujos migratorios que a lo largo del último siglo se han asentado en el sector agrícola, como es el caso del desplazamiento de jornaleros mexicanos hacia Estados Unidos mediante el Programa Bracero en 1917 y el correspondiente a las visas H-2A en la actualidad. En otros, la incorporación de inmigrantes en la actividad agrícola es más

⁴⁰ Véase MARTIN, P. y TAYLOR, J. (2003). Ripe for Change: Evolving Farm Labor Markets in the United States, México and Central America. Washington, DC, Estados Unidos, Migration Policy Institute, p. 13. Disponible en: <<http://www.migrationpolicy.org/research/ripe-change-evolving-farm-labor-markets-united-states-mexico-and-central-america>> (consulta: 17 febrero 2017).

reciente, como la presencia de jornaleros magrebíes en España y la contratación de extranjeros en Nueva Zelanda y Australia a partir de la implementación de sus respectivos programas de trabajo temporal.

Ahora bien, es relevante enfatizar que la presencia de trabajadores inmigrantes en la agricultura plantea algunas cuestiones de difícil y compleja solución. En este sentido, la contratación de mano de obra foránea en el sector agrario supone, en términos generales, (a) empleo de inmigrantes en situación irregular; (b) dificultad para inspeccionar sus condiciones por parte de las autoridades; (c) condiciones de trabajo precarias; (d) explotación laboral; y (d) aislamiento social.

a) Mano de obra irregular: la condición migratoria irregular lleva al inmigrante a insertarse en mercados laborales enmarcados en la economía informal y en los que existe poca o ninguna fiscalización. Asimismo, los empresarios agrícolas se sienten atraídos por contratar trabajadores inmigrantes no autorizados, ya que estos tienden a aceptar salarios más bajos y condiciones de trabajo más severas. Los empleadores se aprovechan de la necesidad de trabajo y de la desprotección jurídica del inmigrante en situación irregular para obtener ventajas competitivas.

Por otro lado, las características propias del trabajo agrícola desincentivan el ingreso de trabajadores nacionales o de inmigrantes en situación regular que pueden ingresar a mercados laborales más atractivos. No sucede lo mismo respecto de los inmigrantes irregulares que no tienen acceso a otros sectores de la economía puesto que no cuentan con los permisos de residencia que los autorizan a desempeñar una actividad remunerada.

Por último, las políticas migratorias nacionales tienden a ser restrictivas, intensificando la presencia de trabajadores indocumentados en el sector agrícola. Muchas veces se enfocan en regular la oferta de trabajadores extranjeros en situación irregular a través del control fronterizo, dejando de lado la fiscalización de la propia demanda de esta categoría de trabajadores por parte de las empresas⁴¹. Tal situación termina por marginalizar a los migrantes en situación irregular, obligándoles a desempeñarse en mercados informales.

b) Ausencia de inspección del trabajo: la estacionalidad del trabajo agrícola, el espacio rural en que se desarrolla, el carácter temporal de los contratos laborales, la dispersión y movilidad constante de mano de obra, son factores que dificultan el ejercicio de un control oficial. Esta falta de fiscalización sobre la manera en que se desarrolla el trabajo en el sector

⁴¹ IZCARA, S. (2009). *Op. Cit.*, pp. 99-100.

agrícola puede redundar en la explotación de los trabajadores migrantes y el empeoramiento de sus condiciones laborales.

c) Condiciones de trabajo precarias: la fuerza de trabajo temporal agrícola se caracteriza por su condición itinerante, dado que está fuertemente determinada por el ciclo agrícola y la estacionalidad laboral. Una fuerte demanda de trabajo concentrada en períodos determinados durante el año impulsan al temporero a mantenerse en un estado de movilidad constante para obtener mayores ingresos. En efecto, es común que este tenga durante un mismo ciclo agrícola, uno o más contratos de trabajo con uno o más empleadores para realizar una o varias labores y que al término de la temporada se vea obligado a recorrer otros circuitos estacionales o buscar otras actividades en las que desempeñarse⁴².

Además, la informalidad laboral es otra característica de este rubro. La ausencia de un contrato de trabajo acentúa la asimetría de poder entre empleador y trabajador, lo que propicia el desarrollo de prácticas abusivas en contra de este último. Esta relación laboral informal deja al temporero en una situación de desprotección en materia de seguridad social y salud laboral, elementos que permiten dar cuenta de la precariedad en que se desarrolla el trabajo agrícola.

d) Explotación laboral: la situación de desprotección e indefensión en que se encuentran los trabajadores inmigrantes del sector agrícola como consecuencia de las problemáticas anteriormente señaladas se agrava aún más por la falta de regulación laboral que surge a partir de la ausencia de un contrato formal de trabajo. El desconocimiento de la lengua y de la legislación del país receptor, sumado a la necesidad imperiosa por insertarse en el mercado laboral intensifican su condición vulnerable y asimétrica frente al empleador. En este contexto, el empresario agrario suele establecer condiciones que infringen los derechos laborales de los trabajadores inmigrantes como, por ejemplo: la prolongación indebida de jornadas laborales, reducción de salarios, la proporción de viviendas que carecen de condiciones de salubridad, desprotección frente a accidentes del trabajo, falta de cotización en los sistemas previsionales⁴³.

e) Aislamiento social: es un asunto problemático al que está asociado el recurso de la mano de obra extranjera en el sector agrícola y se refiere a la falta de relación con la

⁴² CARO, P. (2012). Magnitud y características de la participación laboral en el empleo temporal agrícola en Chile. *Si Somos Americanos*, 12(2): 55. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/ssa/v12n2/art03.pdf>> (consulta: 1 julio 2016).

⁴³ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, p. 52.

sociedad de acogida. WILSON lo define como “la falta de contacto o interacción con individuos e instituciones que representan a la sociedad”⁴⁴.

La realización de labores en zonas rurales implica para el trabajador foráneo la permanencia en sectores que están más bien distanciados de las urbes sociales y el sometimiento a altos niveles de estrés, como resultado del encierro laboral. Además, la separación de la familia, el sentimiento de soledad en un país distinto al de origen y la competitividad en la realización de la faenas se convierten en elementos que promueven la aparición de conflictos entre los mismos temporeros. La situación de aislamiento se agrava aún más para los inmigrantes en condición irregular, ya que deben ocultarse a los ojos de la autoridad.

En general, tanto en Chile como en otros países, la implementación de fuerza de trabajo extranjera en la actividad agrícola viene acompañada de un conjunto de circunstancias que, en la práctica, violan los derechos de los inmigrantes. Esto se ve reflejado en el ejercicio de derechos sociales por ejemplo, en materia de empleo, seguridad social y salud, así como en el ejercicio de derechos humanos respecto de la igualdad y no discriminación, entre otros. Esta situación pone de manifiesto el alcance de la condición de vulnerabilidad que afecta a los inmigrantes. Si bien en el marco del derecho internacional se han elaborado instrumentos específicos para la protección de esta categoría de trabajadores, en la práctica se hace necesario desarrollar mecanismos concretos que permitan aminorar la brecha entre el enunciado normativo y la realidad de los hechos.

En este segundo capítulo se analizan los principales instrumentos de derecho internacional, todos ellos no necesariamente suscritos por Chile, los cuales protegen los derechos de los trabajadores migrantes y que, por tanto, se aplica a los trabajadores inmigrantes que se desempeñan en el sector agrario a nivel general. Para ello, corresponde determinar primeramente algunos conceptos básicos sobre la materia de estudio, tales como Derecho Migratorio Internacional, migración laboral, migración circular, trabajador migrante, trabajador agrícola de temporada y trabajador migrante del sector agrícola. Mediante esta distinción se busca precisar algunos conceptos que permitan delimitar el objeto de investigación desde un enfoque del derecho internacional.

El Derecho Migratorio Internacional es una rama del derecho internacional que se configura a partir de las responsabilidades y compromisos que internacionalmente adquieren

⁴⁴ IZCARA, S. (2012). El aislamiento social de los trabajadores con visas H-2A: el ejemplo de los jornaleros tamaulipecos. *Región y Sociedad*, 24(53): 268. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/regsoc/v24n53/v24n53a9%20.pdf>> (consulta: 1 julio 2016).

los Estados y que fijan límites a la autoridad de estos últimos en materia de migración⁴⁵. Se trata de un conjunto de reglas de Derecho Internacional Público establecidas por los Estados, relacionadas con el fenómeno de la migración y cuyos sujetos destinatarios son los Estados y los migrantes. En efecto, este derecho opera sobre una red de relaciones jurídicas que puede darse entre dos Estados, o bien, entre un Estado y una persona.

El Derecho Migratorio Internacional se compone de dos principios fundamentales: el principio de libre circulación de personas y el principio de soberanía nacional de los Estados. La libre circulación de personas, según señala el Comité de Derechos Humanos, es una condición indispensable para el desarrollo de la persona⁴⁶. El derecho a la libre circulación de personas de carácter nacional e internacional está incorporado en los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, su reconocimiento como derecho humano está limitado en su dimensión externa, ya que se reconoce, por un lado, el derecho a salir de un Estado⁴⁷ y, por el otro, el derecho a regresar que implica, a su vez, el derecho de retorno para los nacionales, el derecho a la reinmigración de extranjeros residentes y el derecho a pedir asilo⁴⁸.

No obstante lo anterior, el derecho internacional no reconoce el derecho a inmigrar o entrar y residir en un país extranjero⁴⁹. Es decir, el derecho a la libre circulación consagrado en el derecho positivo internacional no incluye la libertad de asentamiento, cuya regulación queda sujeta a las propias políticas sobre extranjería de los Estados⁵⁰. Esto se debe a que, en virtud del principio de soberanía territorial, estos últimos tienen competencias exclusivas

⁴⁵ OIM. (2006b). Derecho Migratorio Internacional, p. 4. Disponible en: <http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf> (consulta: 2 julio 2016).

⁴⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. (2009). Comentario General N° 27 Libertad de circulación (artículo 12). CCPR/C/21/Rev.1/ADD, 2 de noviembre de 1999, párr. 1.

⁴⁷ Artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo VIII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12 N° 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 51 de la Carta Andina.

⁴⁸ Apunte de Clase de la profesora Rita Lages. Taller de Memoria "Derecho Internacional Migratorio y de Extranjería". *Las migraciones internacionales contemporáneas. Visión general*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2º Semestre de 2015.

⁴⁹ *Idem*. Véase TEDH, Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c./ Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985 (demandas n° 9214/80; 9473/81; 9474/81), párr. 59. En esta sentencia el tribunal establece que el derecho de un extranjero a entrar y residir (inmigrar) en un país que no es el de su nacionalidad, no se encuentra garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante lo anterior, señala que los controles migratorios deben ejercerse sistemáticamente de acuerdo con las obligaciones que impone el mencionado instrumento jurídico.

⁵⁰ DE LUCAS, J. (2002). La herida original de las políticas de inmigración: a propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración. *Isegoría: Revista de Filosofía, Moral y Política*, (26): 66.

en asuntos de migración para fijar límites a la libre circulación de las personas, permitiéndoles adoptar, en especial, condiciones para el ingreso, residencia y salida de extranjeros.

Así, el Estado no está obligado a conferir a los extranjeros el mismo estatuto jurídico que el de los nacionales, lo que se traduce en que muchas veces los inmigrantes estén sometidos a un marco normativo más restrictivo en cuanto al ejercicio de ciertos derechos. Sin embargo, los derechos derivados de esta soberanía nacional no son absolutos, por lo que su ejercicio está sujeto a los límites impuestos por el derecho internacional.

Si bien es complejo determinar el ámbito de aplicación del Derecho Migratorio Internacional, sí puede señalarse que con este se busca regular algunos aspectos de la migración a escala bilateral, regional y multilateral. Entonces, si se toma en cuenta la idea de que el Derecho Migratorio Internacional consiste en un conjunto de normas que el derecho internacional impone a los Estados para reglamentar las políticas migratorias, puede sostenerse que este derecho tiene por objeto, precisamente, el estudio de esos límites. De esta manera, la soberanía nacional de los Estados se ve limitado por los derechos humanos, el derecho al acceso consular; la trata y tráfico de migrantes, y otras áreas reguladas por acuerdos internacionales, como, por ejemplo, la migración laboral o la migración irregular⁵¹.

Seguidamente, se analizarán algunas diferenciaciones que se desprenden de las migraciones en términos generales para efectos de establecer un concepto que se circunscriba a los objetivos del presente trabajo.

Las migraciones pueden ocurrir tanto dentro del territorio de un mismo Estado como también comprender el movimiento de salida desde el territorio de un Estado para ingresar en otro. De este modo, se distingue entre migraciones internas y externas, respectivamente. El cambio de residencia dentro de una misma zona geográfica que no implique el cruce de una frontera internacional permite que la migración interna, usualmente, no se encuentre sometida a mayores permisos o requisitos, mientras que el desplazamiento de personas que dejan su país de origen o de residencia habitual para entrar en otro, sí está sujeto a múltiples controles respecto al ingreso y permanencia en el país de destino⁵².

⁵¹ Apunte de Clase de la profesora Rita Lages. Taller de Memoria "Derecho Internacional Migratorio y de Extranjería". *Introducción al Derecho Internacional Migratorio*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2º Semestre de 2015.

⁵² OIM. (2006a). Derecho internacional sobre migración, Glosario sobre migración. Ginebra, Suiza, OIM, p. 40. Disponible en: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf> (consulta: 2 julio 2016).

Asimismo, suele distinguirse entre migraciones voluntarias y forzadas. Esta clasificación se realiza según las razones que motivan la migración, de manera que es voluntaria cuando el desplazamiento se debe a una decisión personal o grupal en la búsqueda de mejores condiciones económicas, laborales, políticas, etc., y forzada, cuando la persona es víctima de persecución o se ve obligada a abandonar su lugar de residencia como consecuencia de conflictos armados o desastres naturales⁵³. Cabe señalar que, en la práctica, esta diferenciación resulta compleja, en el sentido de que la magnitud de los problemas económicos en el país de origen puede llevar a que la migración se perciba como la única alternativa para sobrevivir, por lo que existen casos en que el carácter voluntario de la migración económica se manifiesta de manera difusa.

Las migraciones también pueden clasificarse en permanentes y temporales según el período de permanencia en el lugar de destino. Esta categoría, en general, se relaciona con asuntos laborales. La primera ocurre cuando se trata de migrantes muy calificados y, también, en casos de reunificación familiar o de reasentamiento de refugiados⁵⁴. La migración será temporal cuando el migrante no prevé asentarse durante un período considerable en el país de destino ya sea para realizar una actividad estacional, o bien, de corto plazo⁵⁵. Dentro del fenómeno de la migración laboral temporal, cabe tener en consideración una modalidad particular que se ha constituido como una categoría de *sui generis* de movilidad internacional mayoritariamente vinculada a programas de reclutamiento de trabajadores temporales, la cual se refiere a la migración circular. El auge del estudio de este concepto, a partir de la década del 90, no ha conducido, sin embargo, a la construcción de una definición unívoca sino que, al contrario, ha conducido a la elaboración de un conjunto de aproximaciones a este término a partir de una serie de rasgos distintivos⁵⁶. En lo

⁵³ ZALAUETT, J. (2002). Migraciones y derechos humanos. En: SECRETARÍA GENERAL IBEROAMERICANA. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, Madrid, España, SGI, p. 212.

⁵⁴ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 92ª reunión (2004). En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, sexto punto del orden del día., párr. 29. Disponible en: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf>> (consulta: 3 julio 2016).

⁵⁵ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 105ª reunión (2016). Estudio general sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes, tercer punto del orden del día, párr. 109. Disponible en: <http://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/ILO_ILC/2016_ILC/ES/CIT_2016_-_Informe_III-1B_-_Estudio_General_sobre_los_instrumentos_de_los_trabajadores_migrantes.pdf> (consulta: 3 julio 2016).

⁵⁶ LÓPEZ-SALA, A. y GODENAU, D. (2015). En torno a la circularidad migratoria: aproximaciones conceptuales dimensiones teóricas y práctica política. *Migraciones*, (38): 12-19.

que sigue, se implementará el concepto acuñado por ZAPATA, FAÚNDEZ y SÁNCHEZ, ya que se adecúa al tema de estudio de la presente tesis y que destaca dos puntos básicos:

“Una estancia inferior a un año en un país extranjero que se repite en el tiempo y por un período de corta duración”.

Cualquier regreso de los migrantes a su lugar de origen tras un largo período fuera de él, sin que este implique entradas y salidas constantes”⁵⁷.

La importancia de diferenciar entre migración a nivel interno/internacional, forzosa/voluntaria y permanente/temporal, radica en que a partir de estas distinciones se puede elaborar el siguiente concepto general:

“Movimientos de población, permanentes o temporales, voluntarios o forzosos, hacia el territorio de otro Estado (migración transfronteriza o internacional) o dentro del mismo (migración interna), sea cual fuere su tamaño, su composición o causas (económicas, políticas, religiosas o humanitarias)”⁵⁸.

Esta definición general de las migraciones permite abarcar fenómenos particulares como es el caso de los refugiados⁵⁹ y desplazados internos⁶⁰, sujetos a regímenes especiales de protección y que se diferencian del concepto de migrante económico. De ahí que esta tesis se enfoca en un término más delimitado de migración, con exclusión de las definiciones de refugiados y desplazados.

⁵⁷ ZAPATA, R., FAÚNDEZ, R. y SÁNCHEZ, E. (2012). Circular Temporary Labour Migration: Reassessing Established Public Policies. *International Journal of Population Research*, Vol. 2012, p. 2. *Apud*: LÓPEZ-SALA, A. y GODENAU, D. (2015). *Op. Cit.*, p. 18.

⁵⁸ Apunte de Clase de la profesora Rita Lages. Taller de Memoria: Libre Circulación de Personas, Inmigración y Fronteras en los Procesos de Integración Regional (Parte I). Tema 1. Las Migraciones Internacionales Contemporáneas. Visión General. 1º Semestre 2015. Véase también LAGES, R. (2012). La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público. *Revista Tribuna Internacional*, 1(2): 108-109.

⁵⁹ Según la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, un refugiado es una persona que “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”, artículo 1 (A) N° 2 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951, modificada por el Protocolo de 1967.

⁶⁰ Los desplazados internos son “las personas o grupo de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”. Véase COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 54º período de sesiones (1998). Principios rectores de los desplazamientos internos. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998, párr. 2. Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022>> (consulta: 3 julio 2016).

Hasta aquí puede advertirse que el presente trabajo se centra en el fenómeno de la migración laboral, es decir, con fines de empleo, de carácter internacional, temporal (y circular) y voluntaria, fundamentalmente, por consideraciones de índole económica. A continuación, se realizan algunas precisiones conceptuales que permiten aproximar y delimitar el régimen jurídico de protección objeto de estudio.

En general, se entiende que la migración laboral consiste en el movimiento de personas desde el Estado de origen a otro con un fin laboral⁶¹. En el marco del Derecho Internacional Migratorio, el sujeto que realiza esta migración se denomina trabajador migrante y se define por la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”⁶².

Esta acepción es bastante amplia, ya que no distingue entre trabajadores en situación migratoria regular o irregular. Además, cabe aclarar que la definición descrita se refiere a la migración internacional por lo que excluye a aquella que no implica el cruce de fronteras hacia un país distinto al de origen. El número 2 del artículo 2 de la Convención distingue algunas categorías que permiten determinar en la práctica si se está o no en frente de trabajadores migrantes a los cuales sea aplicable este instrumento. De acuerdo con ello, la Convención abarca al trabajador fronterizo, trabajador de temporada, trabajador vinculado a un proyecto, trabajador con empleo concreto y al trabajador por cuenta propia⁶³.

Otra proposición del término “trabajador migrante” aparece en el párrafo 1 del artículo 11 del Convenio N° 97 de la OIT que, a semejanza del párrafo 1 artículo 11 del Convenio N° 143 de la OIT, establece que:

“Significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante”⁶⁴.

La Conferencia Internacional del Trabajo ha señalado que “esta definición contempla solo la migración de un país a otro, es decir, que se considera migrantes a aquellos que cruzan

⁶¹ OIM. (2006a). *Op. Cit.*, p. 40.

⁶² Artículo 2 (1) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

⁶³ Artículo 2 (2) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

⁶⁴ Artículo 11 (1) del Convenio N° 97 de la OIT y artículo 11 (1) del Convenio N° 143 de la OIT.

las fronteras internacionales para ocupar un empleo, y no se incluye a los trabajadores que van de un lugar a otro del mismo país por razón de empleo”⁶⁵.

De esta manera, la OIT aplica el estatuto jurídico del trabajador migrante a toda persona que abandona su país de origen para ingresar en otro con el objetivo de realizar una actividad remunerada en forma dependiente y que se encuentren autorizados para ello. Resulta importante destacar que los instrumentos de la OIT, mayoritariamente, se refieren a los trabajadores migrantes legalmente admitidos por el país de destino con fines de empleo. Es decir, las personas que se encuentran en situación migratoria irregular, en gran medida, no están cubiertas por estos instrumentos. En este sentido, solo la Primera Parte del Convenio N° 143 más algunas disposiciones de la Recomendación N° 151 de la OIT regulan materias relacionadas con este tipo de trabajadores. En cambio, las disposiciones del Convenio N° 97, de la Recomendación N° 86 y la Segunda Parte del Convenio N° 143 se refieren únicamente a los trabajadores migratorios en situación regular.

También la Organización Internacional para las Migraciones distingue entre trabajador migrante documentado, es decir, el “trabajador migrante y sus familiares autorizados a ingresar, permanecer y trabajar en una actividad remunerada en el Estado de empleo, en conformidad con su legislación interna y los acuerdos de los que ese Estado es Parte”⁶⁶, y trabajador migrante indocumentado, es decir, el “trabajador migrante o miembros de su familia que no estén autorizados a entrar, permanecer, trabajar en un país”⁶⁷.

Asimismo, tanto los Convenios Números 97 y 143 como las Recomendaciones Números 86 y 151 establecen determinadas categorías de trabajadores que quedan excluidas de sus disposiciones. En efecto, el Convenio N° 97 y la Recomendación N° 86 no se aplican a los trabajadores fronterizos; a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; y a la gente de mar⁶⁸.

Igualmente, quedan excluidas de las disposiciones del Convenio N° 143 las tres categorías de trabajadores señaladas más las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o educación; y las empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país, que han sido admitidas temporalmente allí, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período

⁶⁵ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión (1999). Trabajadores Migrantes, tercer punto del orden del día, párr. 104. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b2.htm#I.A.1> (consulta: 5 julio 2016).

⁶⁶ OIM. (2006a). *Op. Cit.*, p. 73.

⁶⁷ *Ídem*, p. 74.

⁶⁸ Artículo 11 (2) de la Convención N° 97 de la OIT y artículo 1 (3) de la Recomendación 86 de la OIT.

definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones⁶⁹. La Recomendación N° 151, por su parte, no se refiere de manera expresa a ninguna excepción.

Finalmente, es importante señalar que ni el Convenio N° 97 ni la Segunda Parte del Convenio N° 143, cubren a los trabajadores migrantes por cuenta propia. Este concepto es relevante porque, si bien existen diferentes categorías afines, en general, la idea de migrante recogida en los distintos instrumentos de derecho internacional no se refiere a aquella persona que de manera autónoma ejerce la libertad de movimiento, sino que está circunscrita a aquella que se mueve dentro del marco de lo que DE LUCAS denomina inmigrante económico o inmigrante trabajador, que corresponde al «verdadero y buen inmigrante dotado de relevancia jurídica»⁷⁰.

Una categoría importante de precisar es la de trabajador migrante temporal. La Organización Internacional para las Migraciones lo define como:

“Trabajador calificado, semicalificado y no calificado que permanece en el país receptor por períodos definidos, establecidos en el contrato de trabajo con un empleador individual o en un contrato de servicio concluido con una empresa”⁷¹.

Asimismo, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “se entenderá por ‘trabajador de temporada’ todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y solo se realice durante parte del año”⁷².

Las definiciones anteriores consideran un tiempo de estancia determinado en el país de destino, el cual está relacionado con el trabajo que se realiza durante dicho período. Esto significa que una vez terminadas las faenas para las que el trabajador fue contratado, este debe regresar a su país de origen. Esta idea de trabajador migrante temporal, usualmente, está asociada a los programas de trabajadores extranjeros temporales que muchos países ocupan para cubrir las necesidades laborales en ciertos mercados de trabajo, principalmente, aquellos relacionados con agricultura, construcción o el turismo. Ya se ha señalado, en este sentido, la importancia de la mano de obra extranjera como fuerza de trabajo en el sector de la agricultura.

⁶⁹ Artículo 11 (2) de la Convención N° 143 de la OIT.

⁷⁰ DE LUCAS, J. (2002). *Op. Cit.*, p. 66.

⁷¹ OIM. (2006a). *Op. Cit.*, p. 74.

⁷² Artículo 2 (2) b) de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Por último, cabe revisar el concepto de trabajador agrícola de temporada. Resulta difícil entregar una definición que abarque el tratamiento que los distintos ordenamientos internos y el derecho internacional realizan sobre este tema. A partir de ello, para los fines de la presente tesis se tomará en cuenta la noción de trabajador agrícola de temporada que tienen los principales organismos internacionales del trabajo en esta materia.

Así, en un informe elaborado en conjunto por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y Alimentación, la Organización Internacional del Trabajo y la Unión Internacional de los Trabajadores de la Alimentación, Agrícolas, Hoteles, Restaurantes, Tabaco y Afines se hace referencia a los trabajadores agrícolas y, en particular, aquellos que realizan labores de temporada, de la siguiente manera:

“Los trabajadores agrícolas asalariados son las mujeres y hombres que trabajan en los campos de cultivo, huertos, invernaderos, unidades ganaderas e instalaciones de procesamiento básico para producir los alimentos y fibras del mundo. Están empleados en fincas de tamaño pequeño o mediano, así como bien en plantaciones y explotaciones industrializadas. Son asalariados porque no poseen ni arriendan la tierra que trabajan ni las herramientas ni equipos que utilizan, lo que les diferencia del grupo de agricultores (...)

(...) Los trabajadores eventuales son aquellos empleados y remunerados al final de cada jornada trabajada o por tarea realizada. Los trabajadores temporales son aquellos contratados por un período específico pero limitado. La mayoría de los trabajadores estacionales, eventuales o temporales no reciben tipo alguno de seguridad social o indemnización por desempleo, vacaciones pagadas ni licencia por enfermedad o maternidad⁷³.

A partir de las definiciones presentadas anteriormente se puede elaborar el siguiente concepto de trabajador migrante del sector agrícola: persona que se desplaza iterativamente desde su país de origen para ingresar en otro con el objeto de realizar una labor remunerada en el sector agrícola con carácter temporal, de forma dependiente dentro del país receptor. Desplazamiento que se lleva a cabo de manera espontánea o dirigida –en el marco de programas de reclutamiento de trabajadores temporales-, y que una vez finalizado el trabajo asignado, el inmigrante retorna a su lugar de origen voluntariamente en el primer caso y de manera perentoria en el segundo.

En la próxima sección se analizarán las dificultades relacionadas con la situación de los trabajadores migrantes que se desempeñan en la agricultura.

⁷³ FAO, OIT y UITA. (2007). Trabajadores agrícolas y su contribución a la agricultura y el desarrollo rural sostenibles. Ginebra, Suiza, OIT. p. 24. Disponible en: http://ftp.fao.org/SD/SDA/SDAR/sard/esp_agricultural_workers.pdf (consulta: 7 julio 2016).

La sección y capítulos siguientes analizan estos conceptos en el marco de la normativa internacional y nacional aplicable al trabajador migrante del sector agrícola. De esta manera, la estructura del análisis jurídico que se realiza en la presente tesis descansa sobre la base de estos conceptos.

2. Ámbito jurídico internacional en materia de protección de los trabajadores migratorios

Las implicancias de las migraciones laborales y las problemáticas concernientes al trabajo agrícola que se han estudiado en el primer capítulo de esta tesis dejan en claro la necesidad e importancia de la labor de los Estados en la implementación de medidas orientadas a proteger y garantizar los derechos humanos de los extranjeros que se encuentran bajo su jurisdicción. La identificación de los trabajadores migrantes como un grupo particularmente vulnerable a las violaciones de los derechos humanos en el contexto de la migración ha permitido establecer normas jurídicas específicas para proteger a este colectivo. Esta sección analiza el marco jurídico internacional de protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes, ya que a este se someten las personas que residen en un país distinto al propio y que se desempeñan como trabajadores asalariados en el sector agrícola.

En particular, se analizan los instrumentos internacionales del sistema universal en materia de derechos humanos aplicable a todas las personas, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (en adelante “la Declaración”); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (en adelante “el PIDCP”); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante “el PIDESC”); y la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares de 1990 (en adelante “la Convención”). En cuanto a los cuerpos normativos pertinentes en el marco de la OIT, se someterán a análisis los Convenios Números 97 y 143 y las respectivas Recomendaciones Números 86 y 151.

2.1. Instrumentos universales

2.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Como se ha señalado, la migración responde, en muchos casos, a factores económicos, incluso aún cuando estos no sean la causa principal de la emigración como ocurre con los refugiados y desplazados. De todos modos, las personas que abandonan su lugar de origen se enfrentan, necesariamente, a cuestiones de índole económica o laboral en el país de llegada. Es decir, independientemente de la clase de migrante que se trate, este ingresará al

mercado laboral del Estado receptor en la búsqueda de un trabajo que le permita percibir una remuneración para subsistir.

Por otra parte, desde la perspectiva del país receptor, el fenómeno de la inmigración propone ciertos desafíos en el ámbito social, económico y político, los cuales son abordados a partir de una determinada postura política sobre la inmigración. En este sentido, según señala DE LUCAS, el tratamiento actual que se otorga a la inmigración, por lo general, se circunscribe en un análisis respecto de las necesidades del mercado nacional por un lado, y como un asunto de seguridad del Estado, por el otro⁷⁴. Sin embargo, esta es una mirada bastante sesgada con la que el debate público enfrenta las consecuencias de la presencia de extranjeros en los países receptores.

Es importante enfatizar que el tema de la inmigración es, ante todo, uno vinculado estrechamente con los derechos humanos de las personas. No se trata solamente de un asunto de reconocimiento o del carácter de postulado de estos derechos en las Constituciones e instrumentos jurídicos internacionales, sino que se hace necesario tomar medidas serias dirigidas a proteger y garantizar en la práctica esos derechos. Si bien ha existido un avance en el derecho internacional en relación a la inclusión de los inmigrantes en sus instrumentos más básicos, la que se ha extendido a la creación de cuerpos normativos específicos, las medidas adoptadas se revelan hoy en día insuficientes, ya que siguen dejando entregada a la decisión de los países de destino la suerte de las personas extranjeras.

La distinción odiosa entre ciudadano y no ciudadano o entre trabajador migrante regular y trabajador migrante irregular refleja, en gran medida, que los Estados entienden el fenómeno de la migración como un problema que debe ser evitado o limitado mediante políticas de extranjería restrictivas. Que los Estados tengan una visión utilitarista de los flujos migratorios, según una lógica de mercado y seguridad pública, constituye el comienzo de la realidad de los migrantes como sujetos vulnerables. Ante todo, el análisis de la situación actual de los trabajadores migrantes y, en particular, de aquellos que se desempeñan en el sector agrícola, debe enfrentarse desde la persona del migrante como titular de derechos humanos.

De conformidad con lo anterior, la determinación del estatus jurídico del migrante choca con el enunciado sobre el pleno e igual disfrute por todas las personas de una serie de

⁷⁴ DE LUCAS, J. (2002). *Op. Cit.*, pp. 60-61.

derechos fundamentales, reconocidos internacionalmente, con independencia del lugar donde se encuentren⁷⁵.

En el ámbito jurídico internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁶, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, es el primer instrumento de los denominados “tratados de derechos humanos básicos” por lo que constituye un punto de partida y una pieza fundamental en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Si bien la Declaración carece de efecto vinculante, es decir, de aplicación obligatoria para los Estados Parte del mismo, resulta imperioso destacar que hace un esfuerzo por consagrar los principios y valores considerados como elementales para el hombre. El logro de este instrumento es que, por primera vez, se consagra que todas las personas gozan del reconocimiento de unos mismos derechos inalienables. Esto trae como consecuencia para el extranjero que, independientemente, de su nacionalidad, condición de migrante o situación migratoria, todas las personas disfrutan de los mismos derechos inalienables que los Estados deben respetar y garantizar.

Ya en el Preámbulo de la Declaración se establece la prohibición de realizar distinciones entre las personas por el hecho de que todas forman parte de la especie humana. Esto implica una igualdad de derechos y trato entre nacionales y extranjeros, que se refleja en los artículos 1 de la Declaración, al consagrar que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y 2.1, que establece el principio de no discriminación. Asimismo, el artículo 7 establece la igualdad ante la ley y señala que “todos tienen derecho a una igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. No obstante, ante esta situación de igualdad de derechos y libertades entre extranjeros y nacionales, la Declaración establece ciertas limitaciones en cuanto al reconocimiento de los derechos de participación política y de acceso a la función pública. De este modo, el artículo 21 limita a los ciudadanos el derecho a participar en el gobierno del país del que son nacionales. Aquí, ya se reserva el ejercicio de los derechos políticos a la ciudadanía dejando fuera de este reconocimiento a los inmigrantes. En relación con la libre circulación, el artículo 13 reconoce tanto el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio, como el derecho a entrar y salir del país propio.

⁷⁵ CANO, M. (2010). Protección internacional de los derechos humanos de los trabajadores migratorios. *Persona y Derecho* (63): 140.

⁷⁶ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 (1948).

2.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

La necesidad de un instrumento internacional obligatorio llevó a la comunidad internacional a demandar una formulación con disposiciones ya no tan vagas y genéricas, sino más específicas, pero que mantuvieran las pretensiones de universalidad de la Declaración de 1948. Esto se buscó con la elaboración del PIDCP. Una característica importante del PIDCP es que constituye un tratado jurídicamente vinculante para los Estados Parte, que además de reconocer derechos y libertades a todas las personas, instauró un conjunto de obligaciones cuyo incumplimiento desencadena la responsabilidad internacional del Estado infractor.

Al igual que la Declaración, el PIDCP recoge el principio de no discriminación, pero esta vez como una obligación jurídica en el artículo 2.1. A esta obligación de los Estados de respetar y garantizar a todos los individuos los derechos reconocidos en el PIDCP, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, no es ajeno el hecho de que el derecho internacional de derechos humanos —en cierto grado— sí permite el otorgamiento de un trato diferente a los extranjeros en comparación con los nacionales y, en particular, a aquellos que se encuentran de manera indocumentada o no autorizada en el Estado de acogida. Desde este punto de vista, ya comienza a configurarse una distinción entre nacionales y extranjeros, y dentro de estos últimos, la condición migratoria regular como un presupuesto para la protección y garantía de sus derechos. Se reconoce entonces, que las disposiciones sobre igualdad no implican la exigencia de otorgar un trato igualitario absoluto a todas las personas.

En lo referente a lo anterior existen dos artículos que se complementan absolutamente, y cuyo contenido jurídico es muy importante: el 20 y el 26. El primero, prohíbe toda apología de odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia y, por su parte, el segundo, reconoce el derecho de igualdad ante la ley y exige protección efectiva contra la discriminación respecto de todos los derechos y beneficios reconocidos por la ley; tema absolutamente predominante en el PIDCP

Sin embargo, este cuerpo normativo admite, como se mencionó, algunas limitaciones en el reconocimiento de ciertos derechos respecto a determinados grupos, como los inmigrantes. Así por ejemplo, el artículo 25 permite que los Estados limiten los derechos políticos de los extranjeros. Esta restricción obedece al reconocimiento de un estatus jurídico para inmigrantes que es distinto y, en general, más desfavorable si se compara con el de los nacionales. De acuerdo con esto, la noción de nacionalidad implica la plenitud de derechos

y, por lo tanto, igualdad jurídica; mientras que la de extranjería no presupone la igualdad⁷⁷. Conviene aclarar que para que este trato diferencial pueda considerarse legítimo, requiere ceñirse a determinados criterios establecidos por los instrumentos y jurisprudencia internacionales⁷⁸. La última sección de este capítulo analiza estos criterios con mayor profundidad.

Un aspecto importante del PIDCP –relacionado directamente con el principio de soberanía territorial del Estado, en virtud del cual este tiene legitimidad para establecer un trato discriminatorio a los extranjeros– es que contiene los derechos que por consenso internacional se consagran como inderogables. Si bien se discute acerca del contenido exacto del principio de estándar mínimo de protección, la comunidad internacional lo ha identificado, no de forma unánime, con los derechos que señala el artículo 4 N° 2 del PIDCP y que se aplican a todas las personas, incluso los migrantes, independientemente de que su situación migratoria sea regular o irregular. Estos derechos son (i) derecho a la vida; (ii) prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; (iii) derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; (iv) prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales; (v) principio de legalidad y de no retroactividad; (vi) derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; y (vii) libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁷⁹.

Resulta necesario señalar que el contenido del principio del estándar mínimo de protección internacional de derechos y libertades fundamentales no termina con el PIDCP, sino que lo conforman, además, la Declaración, el PIDESC con su Protocolo Facultativo y lo complementan una serie de otros tratados, convenios, resoluciones y declaraciones sobre asuntos particulares, por lo que se trata de un “cuerpo jurídico” en permanente desarrollo y expansión.

Ahora bien, estos derechos fundamentales, inderogables y universalmente reconocidos a las personas por el hecho de pertenecer a la especie humana constituyen el núcleo de derechos humanos reconocidos internacionalmente, por lo que no existe una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros. Pese a esto, más allá de este conjunto de derechos inderogables se encuentran los demás derechos humanos cuyo carácter de universalidad

⁷⁷ Apunte de Clase de la profesora Rita Lages. Taller de Memoria: Derecho Internacional Migratorio y de Extranjería. Los Derechos Humanos de los migrantes en el Derecho Internacional. 2º Semestre 2015.

⁷⁸ LAGES, R. (2012). *Op. Cit.*, p. 116.

⁷⁹ *Ídem*, p. 117.

respecto de los inmigrantes está fuertemente restringido y condicionado por una situación administrativa particular como es la inmigración regular.

Por otra parte, el artículo 12 del PIDCP garantiza el derecho a circular libremente en un Estado y a escoger residencia en dicho territorio solo a las personas que se encuentren legalmente en el mismo. Es así como este artículo viene a precisar el alcance del derecho consagrado en los términos del artículo 13 de la Declaración. Asimismo, el artículo 13 del PIDCP establece que un extranjero con residencia legal en el territorio de un Estado Parte puede ser expulsado del mismo solamente en virtud de una decisión adoptada conforme la ley. En efecto, un Estado puede, legítimamente, establecer las condiciones de entrada, permanencia y salida que estime convenientes sin que esto contravenga el principio de igualdad. Como ya se ha mencionado, una de las consecuencias que se desprende de esta disposición, es que el derecho internacional, a través del PIDCP, y otros Tratados, no reconoce el derecho a inmigrar, esto es, el derecho a ingresar y elegir como país de residencia un Estado distinto del que se es nacional, sino que solamente consagra los derechos a reingresar al país propio⁸⁰ y a salir libremente de cualquier país.

2.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Como se ha señalado, la condición de vulnerabilidad de los migrantes está estrechamente vinculada con la restricción y violación de sus derechos. En muchos casos, esta vulneración de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales en el país de origen constituye la razón principal que motiva a la personas a emigrar⁸¹. Sin embargo, paradójicamente, esta situación se reproduce, frecuentemente, en el país de destino. Así lo señala la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

“Los trabajadores migratorios y sus familias, en razón de su condición de vulnerabilidad, están expuestos a un sin número de violaciones a sus derechos económicos, sociales y culturales. Lo paradójico de esta situación es que en muchos casos la decisión de migrar se fundamenta en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo

⁸⁰ Cabe destacar que el Comité de Derechos Humanos considera que la expresión “entrar en su propio país” no solo se refiere al “país de su nacionalidad” sino que comprende, cuando menos, a las personas con un vínculo especial o que tienen pretensiones especiales respecto de un país y que no pueden ser consideradas como simples extranjeros. Véase COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (2009). *Op. Cit.*, párr. 20.

⁸¹ OLEA, H. (2007). Derechos humanos y migraciones: un nuevo lente para un viejo fenómeno. *Anuario de Derechos Humanos*, (3): 203.

cual es particularmente grave que los trabajadores migratorios y sus familias sean víctimas de estas mismas violaciones en el Estado receptor”⁸².

Pese a que los tratados internacionales mencionados con anterioridad y el PIDESC no tratan directamente el fenómeno de los migrantes, puede sostenerse que, dada la pretensión de universalidad en que estos se fundan, sí constituyen un régimen jurídico de protección aplicable a los extranjeros. Desde este punto de vista, el PIDESC, aprobado en 1966, tiene por objeto desarrollar el contenido jurídico de la Declaración y dotarlo de efecto vinculante en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales. Conforme a lo anterior, el PIDESC establece derechos sobre trabajo, educación, vivienda, seguridad y sanidad. La materialización de estos como medio para lograr la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y un nivel de vida acorde con la dignidad humana, evidentemente, adquieren especial relevancia para los migrantes.

En virtud del artículo 2.1 del PIDESC se discute la naturaleza jurídica de las obligaciones de este Tratado. La postura tradicional considera que los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia de los derechos políticos y civiles, son de tipo positivo, presentan un alcance impreciso y un carácter progresivo en cuanto a su ejecución⁸³. Desde este punto de vista, que se trate de derechos positivos, significa que para su realización efectiva los Estados Parte deben llegar a una actividad destinada a dar cumplimiento a estos derechos, como sería adoptar las medidas necesarias para otorgar una determinada prestación⁸⁴. Esto no sucedería respecto de los derechos civiles y políticos, ya que estos son derechos negativos, es decir, se cumplen con la sola abstención del Estado.

Ahora bien, la implementación de estas medidas, necesariamente, implica una inversión importante en recursos lo que permite calificar a los derechos económicos, sociales y culturales como de los más costosos. Por otra parte, el hecho de que sean derechos de

⁸² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2005). Séptimo informe de progreso de la relatoría especial sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias correspondiente al período entre enero y diciembre de 2005, párr. 175. Disponible en: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2005sp/cap.5c.htm#>> (consulta: 20 julio 2016).

⁸³ SCOTT, C. y MACKLEM, P. (1992). Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantee? Social Right in a New South African Constitution. *University of Pennsylvania Law Review*, 141(1): 24. *Apud*: FIGUEROA, R. (2009). Justificación del rol de las Cortes haciendo justificables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud. *Revista Chilena de Derecho*, 36(2): 314. En dicho artículo se puede leer que “los derechos sociales son vistos como positivos y, por ello, involucran acción de parte del gobierno; son intensos en cuanto al uso de recursos y, por ello, son caros de proteger; son progresivos y, por ello, requieren tiempo para ser implementados; son vagos en términos de las obligaciones que imponen, y finalmente, implican complejos, policéntricos y difusos intereses en los bienes colectivos” (traducción de Rodolfo Figueroa).

⁸⁴ NASH, C. (2011). Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. *Estudios Constitucionales* (1): 67.

naturaleza progresiva o gradual alude a que estos no pueden cumplirse de forma inmediata, sino que el Estado debe implementar todos los medios a su alcance para permitir, de manera progresiva en el tiempo, el disfrute de estos derechos.

Sin embargo, la distinción que se realiza entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, es considerablemente menos tajante de lo que tradicionalmente se afirma, ya que no es tan cierto que los derechos de tipo negativo no supongan obligaciones de acción por parte del Estado o que los derechos sociales se agoten únicamente con obligaciones positivas⁸⁵. Estas distinciones no hacen sino fragmentar la visión integral y unidad de los derechos humanos, poniendo en duda la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Conviene preguntarse, entonces, si estos últimos constituyen derechos justiciables.

Como este análisis no constituye el tema central de la presente tesis, se señalará que, en efecto, se trata de derechos exigibles ante los órganos jurisdiccionales y otros organismos del Estado, ya que solo así se otorgaría un marco jurídico internacional de protección para las personas migrantes. En este sentido, NASH considera que tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la jurisprudencia constitucional latinoamericana han desarrollado una línea interpretativa de los derechos económicos, sociales y culturales que permite sostener que sí se trata de derechos justiciables. En cuanto a los razonamientos que los tribunales han utilizado pueden mencionarse: dotar de exigibilidad y contenido normativo a estos derechos; plantear la exigibilidad de los DESC a partir de su conectividad con los derechos civiles y políticos; reconocer el principio de progresividad al que estarían sujetos los DESC, y establecer acciones concretas o políticas públicas que debe adoptar el Estado en esta materia⁸⁶.

Al igual que en los instrumentos internacionales ya analizados, la igualdad y el principio de no discriminación cumplen un rol fundamental en el PIDESC. El artículo 2.2 recoge este principio como una obligación jurídica para los Estados Parte y prohíbe la discriminación de cualquier tipo en el goce de los derechos que el PIDESC garantiza. Cabe señalar que el artículo 2.3 contempla una aparente excepción a este principio en relación al goce de determinados derechos de los extranjeros negando de paso la universalidad respecto de los destinatarios del PIDESC. Sin embargo, se ha justificado que la posibilidad de que esta disposición admita una discriminación respecto de quienes no sean nacionales favorece

⁸⁵ Para quien se interese por esta discusión, véase FIGUEROA, R. (2009). *Op. Cit.* pp. 313-342.

⁸⁶ NASH, C. (2011). *Op. Cit.*, p. 66.

únicamente a los Estados en desarrollo y solamente respecto de los derechos económicos dejando claro que esta excepción debe interpretarse restrictivamente⁸⁷. Sin perjuicio de lo anterior, a partir de esta disposición la exclusión como excepción al principio de universalidad aparece y se suma a las establecidas en el PIDCP que hacen referencia a que los migrantes en situación irregular no gozan de derechos políticos ni de libertad de circulación.

El artículo 12 del PIDESC consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud incluye el derecho a la atención de salud oportuna y apropiada y a los principales factores determinantes de ella, como el acceso al agua limpia y potable, condiciones sanitarias adecuadas; suministro adecuado de alimentos aptos para el consumo; nutrición y vivienda, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente; y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la sexual y reproductiva⁸⁸.

Si bien, en términos generales existe una brecha considerable entre la garantía del derecho a la salud en el marco de los instrumentos internacionales y la práctica, este distanciamiento se acrecienta cuando se trata de los migrantes y sus familias⁸⁹. Por otra parte, la situación para los migrantes en situación irregular es aún más compleja, ya que evitan recibir atención médica frente a la posibilidad de ser denunciados ante la autoridad migratoria.

En cuanto al caso de los trabajadores migrantes en el sector agrícola, es un hecho reconocido en el comienzo de este capítulo que aquellos están expuestos a determinadas condiciones de vida que los hacen más propensos a contraer enfermedades tanto físicas como psicológicas, ya sea por la falta de una vivienda satisfactoria, las difíciles condiciones de trabajo, el estrés o el distanciamiento con su núcleo familiar y social. De ahí la importancia de que cuenten con acciones efectivas para exigir el cumplimiento de estos derechos.

⁸⁷ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2014). Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular. Ginebra, Suiza, ONU, p. 36-37. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf> (consulta: 26 julio 2016).

⁸⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2000). Observación general N° 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000, párr. 11.

⁸⁹ OLEA, H. (2007). *Op. Cit*, p. 207.

En materia de derechos laborales, el artículo 6.1 del PIDESC reconoce el derecho a trabajar y establece que los Estados Parte deberán tomar las medidas adecuadas para garantizar este derecho. En el artículo 7 también se reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren: un salario equitativo por trabajo de igual valor; condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias; seguridad e higiene en el trabajo; descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo y vacaciones periódicas pagadas.

Las disposiciones relativas a este derecho procuran la protección de los trabajadores migrantes enfocada en dos sentidos. En primer lugar, como un mecanismo para paliar la asimetría de poder con el empleador que rige en toda relación laboral. Y en segundo lugar, como un método de protección a estas personas en su calidad de migrantes. Como se ha señalado anteriormente, los migrantes poco calificados y aquellos que se encuentran en situación irregular, en general, están más propensos a trabajar en condiciones que violan sus derechos laborales.

Por otra parte, el PIDESC reconoce en el artículo 9 el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sostiene que este derecho comprende el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: (a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; (b) gastos excesivos de atención de salud; (c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo⁹⁰. Sin embargo, la protección y garantía del derecho a la seguridad social presentan algunas dificultades en la práctica.

En primer lugar, corresponde señalar que muchas veces los migrantes no cuentan con los requisitos necesarios para tener acceso a este derecho como sería, por ejemplo, la residencia regular. En segundo lugar, por lo general, a los migrantes les resulta difícil mantener la continuidad de sus derechos sobre los fondos de pensiones, ya que estos no son fácilmente transferibles. Por último, es usual que los migrantes con baja calificación o que se encuentran en situación irregular se desempeñen en el sector de la economía informal donde la observancia del derecho a la seguridad social no se cumple. En este sentido, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha considerado

⁹⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2008) Observación general N° 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19). E/C.12/GC/19, de 4 de febrero de 2008, párr. 2.

que en muchos casos, este tipo de trabajadores, regulares e irregulares realizan trabajos en condiciones precarias y discriminatorias con contratos temporales que no les dan derecho a acceder a los servicios de seguridad social⁹¹.

Para finalizar esta sección, corresponde señalar que ninguno de los instrumentos internacionales analizados hasta esta parte de la tesis se pronuncian expresamente sobre el fenómeno migratorio, sino que más bien comparten ciertas pautas generales que permiten construir un sistema de protección general aplicable a todas las personas y que, por su puesto, se extiende a los extranjeros. A pesar de que los instrumentos básicos de derecho internacional sobre Derechos Humanos incluyen desde un principio a los migrantes, se hizo necesario explicitar la condición de vulnerabilidad de los mismos y desarrollar instrumentos específicos de protección de sus derechos. Por estas razones surgen los Convenios OIT sobre esta materia y, fundamentalmente, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que se analizarán en la siguiente sección.

2.2. Protección en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo es una agencia de las Naciones Unidas especializada en asuntos laborales encargada de velar y asegurar la protección de los derechos fundamentales en el trabajo⁹². En cuanto a la protección de los trabajadores migrantes, desde que se fundó en 1919, la OIT ha mostrado una preocupación por la situación de vulnerabilidad de esta categoría de trabajadores⁹³. Posteriormente, tanto en la Declaración de Filadelfia como en la Declaración de la OIT –relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo– se reconoce la importancia de atender los problemas de los trabajadores migrantes⁹⁴. Además, este último instrumento confirma que todos los

⁹¹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 17º período de sesiones (2011). Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante: misión Japón. A/HRC/17/33/ADD.3, de 21 de marzo de 2011, párr. 70.

⁹² TARAN, P. y GERONIMI, E. (2002). Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección. Ginebra, Suiza, OIT, p. 21.

⁹³ Esto queda demostrado en el preámbulo de la Constitución de la OIT que corresponde a la Parte XIII del Tratado de Versalles en virtud del cual se crea la OIT y que reconoce la urgencia por mejorar “la defensa de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”. Por otra parte, el artículo 427 del Tratado de Versalles señala que “las reglas dictadas en cada país sobre las condiciones del trabajo deberán asegurar un tratamiento económico, equitativo a todos los obreros que legalmente residan en el país”.

⁹⁴ Así lo señala el párrafo III c) de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo o Declaración de Filadelfia, adoptada en 1944, y el considerando 4º de la

Estados Miembro asumen el compromiso de promover, respetar y hacer realidad los principios y derechos reconocidos en los ocho convenios fundamentales de la OIT⁹⁵ a saber: la libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

La importancia de esta obligación es la de comprometer a todos los Estados Miembro, independientemente de que hayan ratificado o no dichos Convenios fundamentales. Si bien, estos instrumentos no tratan sustancialmente sobre los trabajadores migrantes, sí incluyen disposiciones referidas a los mismos. Por otra parte, cabe tener en cuenta que los derechos consagrados en estos Convenios son de aplicación universal⁹⁶, por lo que se aplican a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros.

2.2.1. Convenios N° 97 (1949) y N° 143 (1975)

Los instrumentos adoptados por la OIT, que tratan específicamente sobre los trabajadores migrantes tienen por objeto reglamentar las condiciones de la migración y proteger a esta categoría de trabajadores. Resulta preciso señalar que las normas de la OIT tienen el carácter de Convenios o Recomendaciones. Los primeros son tratados internacionales que tienen efecto vinculante para los Estados que los ratifican, mientras que los segundos son instrumentos que no están sujetos a la ratificación de los Estados por lo que carecen de carácter vinculante. Asimismo, estos últimos ayudan a interpretar los Convenios adoptados por la Organización y orientar las políticas migratorias de los Estados Miembros.

El Convenio N° 97⁹⁷, adoptado en la época de posguerra con el objeto de facilitar el traslado de mano de obra desde Europa hacia países fuera del continente, se enfoca en fijar

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998.

⁹⁵ Convenios sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87); sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98); sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29); sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105); sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138); sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182); sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100); y sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111).

⁹⁶ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 101ª reunión (2012). Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa 2008, tercer punto del orden del día, párr. 3 y 19. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf (consulta: 31 julio 2016).

⁹⁷ CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (REVISADO), 1949. OIT, N° 97. Adoptado el 1 de julio de 1949, entrada en vigor 22 de enero de 1952.

normas sobre contratación de trabajadores migrantes y sus condiciones de vida y trabajo. Si bien este instrumento no se pronuncia extensamente sobre el reconocimiento de los derechos de los trabajadores migrantes, sí establece una serie de disposiciones encaminadas a asegurar un determinado estándar de protección. En este sentido, el Convenio recoge el principio de igualdad y no discriminación como un elemento central, lo que se ve reflejado en el artículo 6.1 que consagra la igualdad de trato y la prohibición de discriminación respecto de los migrantes en situación regular.

Concretamente, el Convenio impone a los Estados Miembro, la obligación de otorgar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplican a sus propios nacionales⁹⁸. Esta igualdad de trato debe cumplirse en materia de remuneración, afiliación a las organizaciones sindicales, vivienda, seguridad social, impuestos y acciones judiciales. Sin embargo, esta disposición no menciona el acceso al empleo y a otras ocupaciones.

Por otra parte, cabe señalar que la norma tampoco incluye a los inmigrantes en situación irregular, por lo que solo se aplica a aquellos trabajadores que se encuentran legalmente en el país receptor. En este sentido, el Convenio se refiere a la migración irregular solamente en el artículo 8 del Anexo 1 en cuanto establece que se aplicarán sanciones a quienes promuevan la inmigración ilegal o clandestina.

Así, puede extraerse que el Convenio N° 97 promueve los movimientos migratorios internacionales, otorgándole protección a los trabajadores migrantes que se encuentran en situación regular, garantizándoles principalmente un trato igualitario con los nacionales del país de destino respecto a determinadas condiciones de trabajo y de vida, sin ser discriminados, exceptuando algunas salvedades. No obstante, este instrumento busca evitar el fenómeno de la migración irregular, ya que, por un lado, restringe absolutamente el acceso al sistema de protección a aquellos trabajadores que se hallen en esta situación migratoria y, por el otro, sanciona a las personas que fomenten este tipo de inmigración.

El Convenio N° 143⁹⁹ surge como un instrumento complementario al Convenio N° 97. La preocupación por controlar los flujos migratorios, principalmente en cuanto al tráfico ilícito y clandestino de migrantes hicieron necesarias nuevas provisiones en relación a la protección

⁹⁸ OLEA, H. (2007). *Op. Cit.*, p. 146.

⁹⁹ CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS), 1975. OIT, N° 143. Adoptado el 24 de junio de 1975, entrada en vigor 9 de diciembre de 1978.

de esta categoría de trabajadores¹⁰⁰. Por lo ya señalado, el Convenio N° 143 se centra en tres puntos relevantes: (a) respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes; (b) abordar las problemáticas vinculadas con la migración irregular; y (c) ampliar el marco de igualdad.

En el artículo 1, el Convenio confirma para todos los Estados Miembro la obligación general de respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. La importancia de esta disposición radica en que los términos empleados en la misma permiten deducir que se incluye a los trabajadores que se encuentran en situación migratoria irregular.

En la primera parte, el instrumento trata sobre las problemáticas asociadas a la migración irregular. En este sentido, el Convenio ordena que los Estados deben encargarse de suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y la implementación ilegal de migrantes. Asimismo, se dirige en contra tanto de los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes como también de los empleadores que ocupen trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, señalando que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para investigar y sancionar estos casos. También, en esta primera parte el Convenio establece ciertas medidas de protección para los trabajadores migrantes que residen legalmente y que han perdido su empleo, consagrando un trato igualitario con respecto al que reciben los trabajadores nacionales, particularmente, en materia de seguridad en el empleo, obtención de un nuevo trabajo, obras para absorber el desempleo y readaptación.

La segunda parte del instrumento se refiere a la igualdad, reafirmando y ampliando los términos establecidos por el Convenio N° 97. Así, el artículo 10 del Convenio extiende dicho concepto hacia una igualdad de oportunidades y de trato en relación al empleo y profesión; seguridad social; derechos sindicales y culturales; y libertades individuales y colectivas de los migrantes y de sus familiares que se encuentren legalmente en el territorio del país de acogida.

En definitiva, ambos Convenios abrieron un camino a la ONU para considerar un enfoque más inclusivo e igualitario en la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Sin embargo, corresponde señalar que ambos establecen importantes limitaciones respecto a los trabajadores migrantes en situación irregular. En este sentido,

¹⁰⁰ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 105ª reunión (2016). *Op. Cit.* párr. 76.

fueron mencionados los casos del artículo 6 del Convenio N° 97 y artículo 10 del Convenio N° 143.

No resulta baladí detenerse en este punto, ya que los inmigrantes que están en situación irregular, como se ha señalado con anterioridad, tienden a trabajar en sectores informales de la economías, tales como la agricultura, la construcción o labores domésticas exponiéndose a sufrir distintas formas de explotación al carecer de una regulación y protección efectivas.

2.2.2. Recomendaciones N° 86 (1949) y N° 151 (1975)

La Recomendación N° 86¹⁰¹ que acompaña el Convenio N° 97, tiene por objeto facilitar que los trabajadores migrantes en situación regular gocen de igualdad de trato con respecto a los nacionales del país receptor, para lo cual, prevé una serie de medidas que completan el Convenio N° 97 y que buscan asistir a los Estados Miembros en la formulación de políticas sobre migración laboral basadas en los derechos humanos. Muestra de esto es que el Preámbulo del Convenio establece que los Estados deben contar con servicios de información gratuitos para ayudar a los inmigrantes y sus familiares. También señala que se deben facilitar las migraciones a través de medidas que aseguren a los inmigrantes la formación profesional y el acceso a las escuelas. Por otra parte, los Estados deben propiciar que los trabajadores migrantes se reúnan con sus familias y brindar a los mismos la posibilidad de ser admitidos en el trabajo en las mismas condiciones que los nacionales.

Por último, la Recomendación fomenta que los Estados celebren acuerdos bilaterales para completar sus disposiciones y las del Convenio N° 97. Para ello, la Recomendación contiene en su anexo un modelo de Acuerdo sobre migraciones temporales y permanentes de trabajadores, en virtud del cual se busca, por un lado, gestionar eficazmente los flujos migratorios¹⁰² y, por el otro, garantizar a los trabajadores migrantes unas condiciones de vida y de trabajo adecuadas.

Es, mediante la celebración de acuerdos que los Estados pueden aplicar políticas sobre migraciones laborales más eficaces, especialmente, en relación con los derechos, el empleo y la protección de los trabajadores. Sin embargo, es preciso señalar que este enfoque

¹⁰¹ RECOMENDACIÓN SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (REVISADA) 1949. OIT, N° 86. Adoptada el 1 de julio de 1949.

¹⁰² En cuanto a la gestión de los flujos migratorios, la Recomendación considera que los Estados debieran fomentar la distribución internacional de mano de obra, especialmente, desde los países que tienen un excedente de trabajadores hacia aquellos que presentan un déficit de trabajadores locales (Título II del Preámbulo de la Recomendación N° 86).

abarca también la consideración de los intereses y necesidades de los mercados de trabajo nacionales para efectos de controlar los flujos migratorios de mano de obra.

La Recomendación N° 151¹⁰³, que viene a complementar el Convenio N° 143, dispone un marco de protección de los derechos de los trabajadores migrantes sobre la base del goce efectivo de la igualdad de oportunidades y de trato con los nacionales. De este modo, continúa con la línea desarrollada en los demás instrumentos de la OIT. Sin embargo, la Recomendación es más precisa al establecer principios de acción en relación con la igualdad de oportunidades y de trato que deberían garantizar los miembros. Así, se mencionan el acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; el acceso a la formación profesional y al empleo de su propia elección; la seguridad en el empleo y la obtención de uno nuevo; la remuneración por un trabajo de igual valor; y las condiciones de trabajo, entre otros.

En materia de políticas sociales, los Estados Miembros deben adoptar las medidas que posibiliten al trabajador migrante reunirse con su familia, y que garanticen la protección de la salud de los mismos y el acceso a otros servicios sociales.

Asimismo, la Recomendación protege a los trabajadores migrantes en situación regular que hayan perdido su empleo, señalando que debiera prolongarse la vigencia de su permiso de residencia con el fin de buscar un nuevo trabajo. Por otra parte, este instrumento reconoce que los trabajadores migrantes sometidos a una medida de expulsión debieran contar con un recurso que suspenda dicha medida hasta que se dicte una resolución. Además, se insiste en la relevancia de que el extranjero pueda hacer efectiva su garantía del debido proceso, otorgándosele una asistencia legal adecuada y un intérprete. De este modo, la Recomendación persigue mitigar la desigualdad de condiciones de un imputado nacional frente a un no nacional.

Por último, los trabajadores migrantes que, efectivamente salgan del país de empleo tienen derecho a que se les entregue la remuneración pendiente; las prestaciones derivadas por accidente del trabajo o enfermedad profesional; la indemnización por vacaciones anuales no utilizadas; y el reembolso de cotizaciones a la seguridad social que de acuerdo con la legislación nacional o acuerdos internacionales no confieran derecho a prestaciones en favor del inmigrante.

¹⁰³ RECOMENDACIÓN SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES, 1975. OIT, N° 151. Adoptada el 24 de junio de 1975.

En definitiva, la labor realizada por la OIT a través de la elaboración de los Convenios y Recomendaciones anteriormente señalados, ha sido fundamental para sentar las bases de un marco de protección de los derechos de los trabajadores migrantes en el derecho internacional y en los ordenamientos internos de los Estados Miembros de la ONU. Este desarrollo se ha visto limitado por distintas razones, entre las que pueden mencionarse: el bajo número de Estados que han ratificado los Convenios y la presión efectuada por los Estados receptores de trabajadores migrantes¹⁰⁴. También es necesario considerar las diferencias existentes entre las prácticas nacionales y las disposiciones de los Convenios, además de las repercusiones propias del cambio de contexto en que fueron adoptadas las normas de la OIT relativas a los trabajadores migrantes¹⁰⁵.

A finales de la década de los 70, la necesidad de crear un nuevo marco de protección para esta categoría de trabajadores dio lugar a la elaboración de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores y de sus Familiares.

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

La evolución del derecho internacional en materia de migración laboral alcanza un punto relevante en 1990 con la adopción de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares¹⁰⁶. Este tratado no solo continúa en la misma línea que los diversos instrumentos internacionales relativos a los trabajadores migrantes analizados con anterioridad, sino que constituye un avance significativo en la progresiva defensa y promoción de sus derechos.

Es importante destacar que este instrumento internacional no crea nuevos derechos para los inmigrantes, así como la Convención tampoco constituye una simple reiteración de muchos de los derechos ya reconocidos en otros textos internacionales, sino que busca, fundamentalmente, establecer un marco jurídico que garantice el reconocimiento universal de los derechos humanos en relación a los trabajadores migrantes y refuerce la protección de los mismos en el plano internacional. La Convención pretende, en términos generales, "(...) establecer normas que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los Estados

¹⁰⁴ ZALAQUETT, J. (2002). *Op. Cit.*, p. 220.

¹⁰⁵ VITTIN-BALMA, C. (2002). Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT. *Educación obrera*, N° 129, p. 12.

¹⁰⁶ CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES A.G. res. 45158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 262 ONU Doc. A/45/49 (1990). Ratificada por Chile el 21 de marzo de 2005.

mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares”¹⁰⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la Convención se plantea una serie de objetivos específicos, y el primero de ellos es el reconocimiento de un estándar mínimo de derechos en relación a todos los trabajadores migrantes y sus familiares, partiendo de dos pilares fundamentales: los principios de igualdad de trato y no discriminación¹⁰⁸. Conforme a ello, los Estados se comprometen a respetar los derechos garantizados, sin exclusiones arbitrarias, de todos los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentren dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición¹⁰⁹. Sin embargo, esto no quiere decir que la Convención no realice distinciones en cuanto a los derechos de los trabajadores migrantes, especialmente si se considera la expresión “salvo cuando en ella [la Convención] se disponga otra cosa”.

Al efecto, un segundo objetivo de la Convención es la concreción de un régimen jurídico específico dirigido a proteger a los trabajadores migrantes, estableciendo dos categorías de derechos. Por una parte consagra un catálogo de derechos humanos del que son titulares todos los trabajadores migrantes, independientemente de su situación migratoria, por tanto, incluye a los trabajadores indocumentados o en situación irregular, y por la otra, reconoce derechos adicionales a los trabajadores migrantes y a sus familiares que se encuentren en situación regular. Entonces, si se considera la situación migratoria regular, la Convención amplía el catálogo de derechos fundamentales reconocidos a todos los trabajadores migrantes.

De esta manera, puede identificarse un tercer objetivo, orientado a prevenir o eliminar la migración clandestina o irregular y el empleo ilegal de trabajadores migrantes¹¹⁰, para lo cual,

¹⁰⁷ Preámbulo de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

¹⁰⁸ Con respecto a la determinación de los derechos que comprende este estándar mínimo, se señaló en el punto 2.1.2 del presente capítulo que la Comunidad Internacional considera (no unánimemente) que forman parte del mismo: derecho a la vida; la prohibición de la tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre; la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales; el principio de legalidad y de no retroactividad; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Véase FERNÁNDEZ, J. (1991). Extranjería: principios de derecho internacional general. *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, (11): 45.

¹⁰⁹ Artículos 1 y 7 de la Convención.

¹¹⁰ Artículos 67 y 68 de la Convención.

la Convención utiliza dos mecanismos: por un lado, incentiva la regularidad en la inmigración reconociéndole a los trabajadores inmigrantes derechos adicionales en comparación con aquellos que se encuentran en situación irregular, como ya se ha señalado; y por el otro, promoviendo la adopción de medidas por parte de los Estados, con miras a impedir los movimientos y el empleo ilegal o clandestino de trabajadores migrantes irregulares.

Un cuarto objetivo de la Convención es lograr un balance que haga compatibles la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y el derecho de los Estados a establecer su propia política migratoria¹¹¹. En esencia, esta búsqueda de equilibrio se refleja en la confrontación del principio de igualdad y no discriminación con el de soberanía nacional del Estado.

Respecto al contenido jurídico de la Convención, la primera parte delimita su ámbito de aplicación en un doble sentido: personal y material. De esta manera, el artículo 1.1 prescribe que las disposiciones de la convención se aplicarán “a todos los trabajadores migrantes y a sus familiares”. En este sentido, define a los trabajadores migrantes como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado que no sea nacional”¹¹². Por otro lado, el artículo 4 establece una noción amplia de familia que no solamente comprende al cónyuge y los hijos sino que también incluye a las personas con que el trabajador migrante mantenga una relación equivalente al matrimonio o aquellas que estén a su cargo y sean reconocidas como familiares según la legislación interna de cada Estado, lo cual permite integrar, por ejemplo, a parejas de hecho o a los padres del trabajador migrante.

En cuanto al ámbito de aplicación material, la Convención abarca todo el proceso de la migración: su preparación, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, hasta que se regrese al Estado de origen o al de residencia habitual¹¹³.

Como se señaló, el reconocimiento de derechos que realiza la Convención se sustenta en la diferenciación entre trabajadores migrantes, según se encuentren o no documentados o en situación regular. A partir de este razonamiento, la Parte III de este instrumento establece un conjunto de derechos básicos reconocidos a todos los trabajadores migrantes, cuya

¹¹¹ BONET, J. (2004). La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En: GÓMEZ, F. y PUREZA, J. (Eds.). La protección internacional de los derechos humanos en los albores del s. XXI. Bilbao, España, Universidad de Deusto, p. 325.

¹¹² Artículo 2 (1) de la Convención.

¹¹³ Artículo 1 (2) de la Convención.

titularidad incluye a aquellos que se encuentran en situación irregular y sus familias, y que, en líneas generales, constituye una recopilación de los derechos consagrados en otros instrumentos internacionales.

En cuanto a los derechos civiles y políticos, la Convención reconoce un estándar de derechos similar al del PIDCP¹¹⁴ pero con algunas variaciones. Por ejemplo, en lo referente a las garantías reconocidas a todos los trabajadores migrantes y su familia en los casos de expulsión, la Convención realiza un tratamiento jurídico más detallado, estableciendo que no se podrá confiscar o destruir el pasaporte o documento equivalente de un trabajador migrante o de un familiar suyo¹¹⁵. Asimismo, incluye el derecho a recurrir a la protección y la asistencia de las autoridades consulares o diplomáticas. También consagra el derecho de los trabajadores migrantes a ser informados sobre los derechos de que gozan en virtud de la Convención; y sobre los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado¹¹⁶. Sin embargo, en relación al derecho a la libre circulación, esta sigue la misma línea del artículo 13 del PIDCP, ya que solo reconoce a todo trabajador migrante y su familia el derecho a salir de cualquier Estado y el derecho a regresar a su país de origen o de residencia habitual.

Respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, el tratado establece que los trabajadores migrantes y sus familiares gozan de una igualdad de trato con los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración, condiciones laborales y empleo, materias sobre seguridad social; atención médica urgente, y acceso a la educación de los hijos de los trabajadores migrantes¹¹⁷.

Continuando con el razonamiento del instrumento jurídico en virtud del cual se condiciona la titularidad de más o menos derechos a la situación de regularidad o irregularidad migratoria del trabajador extranjero, puede constatarse que los trabajadores migrantes documentados o en situación regular, y sus familiares, además de gozar de los derechos universalmente reconocidos, son titulares de unos derechos adicionales consagrados en la

¹¹⁴ En este sentido, la Parte III de la Convención consagra el derecho a la vida; la prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes; la prohibición de la esclavitud, trabajo forzoso y servidumbre; la libertad de pensamiento, conciencia y religión; la libertad de opinión y expresión; el derecho a la vida privada y al honor; el derecho a la libertad y seguridad personal; el derecho al debido proceso; el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a no ser expulsado del país colectivamente; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho de libre asociación y sindicalización; y el derecho al respeto de la identidad cultural.

¹¹⁵ Artículo 21 de la Convención.

¹¹⁶ Artículos 23 y 33 de la Convención.

¹¹⁷ Artículos 25, 27, 28 y 30 de la Convención.

Parte IV y que se refieren a la libertad de movimiento dentro del territorio y libre elección de vivienda, el derecho a establecer asociaciones y sindicatos; el derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen, y la protección a la unidad de la familia del trabajador migrante¹¹⁸.

En suma, no puede desconocerse que la Convención constituye un avance hacia la materialización de los derechos humanos universales de las personas. Efectivamente, el mencionado instrumento jurídico se hace cargo de la diferenciación que imperaba respecto de la titularidad de estos derechos entre los nacionales y extranjeros. Esta diferenciación, sin duda, generaba una situación de desprotección y vulnerabilidad en relación a los inmigrantes.

Por todo lo anterior, puede sostenerse que constituye un avance, ya que reconoce y establece la igualdad de derechos para con los trabajadores migrantes en situación regular y los nacionales del Estado de empleo. Si bien otros instrumentos internacionales relativos a los trabajadores migrantes reconocieron la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, la Convención profundiza en esta materia, ampliando el disfrute de determinados derechos a los trabajadores migrantes y estableciendo un marco jurídico de protección especial para los mismos. Lo expuesto no implica, sin embargo, una nivelación absoluta de derechos entre los seres humanos. En efecto, la Convención, en el intento por compatibilizar la protección de los derechos de los trabajadores migrantes con el derecho soberano de los Estados a establecer su propia política migratoria, esta tiende a inclinarse por este último, lo que se refleja en que la extensión de derechos establecidos a los trabajadores migrantes en situación regular tiene como límite el catálogo de derechos reconocido para los propios nacionales del país de acogida. A su vez, el tratado no concede a los trabajadores migrantes en situación regular la titularidad de derechos políticos ni el derecho a la libre circulación y residencia en un Estado distinto al de origen. Por último, la Convención se limita a asegurar un grado mínimo de protección a los trabajadores migrantes irregulares, la que permite únicamente confirmar el hecho innegable que son titulares de derechos fundamentales. En este sentido, el ampliamente mencionado instrumento jurídico no hace mal en explicitar algo que es evidente: que los trabajadores migrantes en situación irregular son personas y, por tanto, titulares de derechos humanos. Sin embargo, se hace necesario desarrollar medidas que permitan la protección y garantía de tales derechos.

¹¹⁸ Artículos 39, 40, 41 y 44 de la Convención.

Más allá de sus límites internos, en la práctica, la Convención enfrenta grandes obstáculos, que inciden considerablemente en la fuerza de la aplicación de sus disposiciones, y que hacen referencia al escaso número de países que la han ratificado y la resistencia que muestran los países receptores de corrientes migratorias por adherirse a ella¹¹⁹.

Como se ha señalado, el principio de igualdad y no discriminación constituye un elemento central para la protección de los derechos de todas las personas y, en particular, de los extranjeros. Al igual que diversos instrumentos internacionales, la Convención consagra este principio en virtud del cual reconoce que la condición jurídica del extranjero debe basarse en la igualdad, sin distinción en el goce de sus derechos fundamentales, esto significa que los Estados deben respetar y garantizar el ejercicio de estos derechos. No obstante, los Estados sí pueden aplicar discriminaciones legítimas entre nacionales y extranjeros, o bien, entre migrantes en situación regular e irregular, en la medida que demuestren el cumplimiento de unos requisitos determinados.

3. Igualdad y no discriminación como principio rector en el derecho internacional para la protección de los trabajadores extranjeros

Como se ha podido constatar, todos los instrumentos analizados previamente, aluden, desde luego, al principio de igualdad y no discriminación¹²⁰, principio que constituye un elemento fundamental en la protección de los derechos humanos y, por tanto, rige el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Cabe señalar que estos últimos asumen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas y deben cumplir esta obligación sin hacer distinciones respecto a su ejercicio. Así entonces, el principio de igualdad y no discriminación está directamente relacionado con la

¹¹⁹ A la fecha, los Estados Parte de la Convención son los siguientes: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Bangladesh, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, Guyana, Honduras, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Lesoto, Libia, Madagascar, Mali, Mauritania, México, Marruecos, Mozambique, Nicaragua, Níger, Nigeria, Paraguay, Perú, Filipinas, Ruanda, San Vicente y las Granadinas, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Siria, Tayikistán, Timor Oriental, Turquía, Uganda y Uruguay. Véase UNITED NATIONS. Status of Treaties, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en (consulta 14 agosto 2016).

¹²⁰ Así, por ejemplo: artículos 1 y 2 de la Declaración; artículos 2 y 3 del PIDCP; artículo 2 del PIDESC; artículos 1 y 7 de la Convención.

universalidad de los derechos humanos y la obligación de los Estados de respetar y garantizarlos.

La jurisprudencia internacional, por su parte, juega un papel significativo en la determinación del principio de igualdad y no discriminación. De este modo, en el marco de la jurisprudencia consultiva, la Opinión Consultiva 18/03 sobre la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²¹, es particularmente relevante. Si bien la Corte IDH se pronuncia sobre el principio de igualdad y no discriminación en el marco del derecho internacional interamericano, lo interesante de esta opinión es que el Tribunal hace una reflexión de dicho principio en términos generales basándose, por sobre todo, en instrumentos del sistema universal de derechos humanos, por lo que muchas de las conclusiones a las que deriva esta opinión consultiva resultan aplicables tanto al sistema interamericano como al sistema europeo, ya que se sustenta en los tratados internacionales de carácter universal.

La Corte IDH comienza con un análisis del principio de igualdad y no discriminación en términos generales, considerando que el elemento de la igualdad es difícil de separar de la no discriminación y que existe un vínculo indisoluble entre el principio de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio en cuestión. En este sentido, la Corte entiende que:

“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”¹²².

Para la Corte IDH el valor de este principio radica en su carácter fundamental para salvaguardar los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en los ordenamientos jurídicos internos¹²³. Este criterio deriva del hecho que la mencionada Corte considera que dicho principio surge de la propia naturaleza del hombre y que es inseparable de la dignidad humana. Por ello, los Estados no pueden sino dar cumplimiento a su

¹²¹ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*

¹²² CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 de 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 55.

¹²³ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, párr. 88.

obligación de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación de ningún tipo. Sin embargo, la Corte IDH sostiene que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana¹²⁴.

Del mismo modo, la Corte Europea de Derechos Humanos adhiere a esta afirmación y determina los criterios para una distinción legítima. Así, considera lo siguiente:

“(…) el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas”¹²⁵.

Además, la Corte Europea de Derechos Humanos añade que la diferencia de trato en el ejercicio de los derechos humanos es plausible en la medida que esta persiga un fin legítimo, el que se verifica cuando existe una “relación razonable de proporcionalidad” entre los medios utilizados y el fin que se persigue¹²⁶.

La Corte IDH, por su parte, también establece ciertos criterios que van de la mano con lo señalado por la Corte Europea. En este sentido, considera que son legítimas las distinciones que no conducen a situaciones contrarias a la justicia, razón o naturaleza de las cosas.¹²⁷ Asimismo, señala que estas distinciones deben surgir de supuestos, de hecho, sustancialmente diferentes y que expresen proporcionalidad entre la diferencia de tratamiento y los objetivos de la norma¹²⁸.

Por otra parte, la Corte IDH estima que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *jus cogens*, ya que constituye el elemento básico sobre el cual se edifica el orden jurídico nacional e internacional. Como consecuencia, la Corte IDH sostiene que:

“El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto de terceros, inclusive a particulares”¹²⁹.

¹²⁴ *Ídem*, párr. 89.

¹²⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” v. *Belgium*, 23 de julio de 1968, Serie A, párr. 10. Véase CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, párr. 90.

¹²⁶ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Marckx vs. Bélgica*, 13 de junio de 1978, Serie A, Volumen 31, párr. 32.

¹²⁷ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. *Op. Cit.*, párr. 57.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, párr. 100.

El carácter imperativo de este principio redundará en una serie de efectos que se traducen en obligaciones específicas que rigen para los Estados. En razón de ello, los Estados solo pueden establecer distinciones objetivas y razonables, realizadas con el debido respeto a los derechos humanos y acordes con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana¹³⁰. Por último, corresponde señalar que estas obligaciones producen efectos jurídicos *erga omnes*¹³¹.

A partir de lo anteriormente expuesto, cuando la Convención aplica este principio al caso de los migrantes, se hace cargo de su condición especialmente vulnerable y de su titularidad de derechos humanos, por el hecho de ser personas. Como consecuencia de ello, se desprende el conjunto de obligaciones que deben cumplir los Estados en relación con el respeto y garantía de los derechos humanos sin distinción alguna, así como de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de esta categoría de derechos de los migrantes. Desde este enfoque entonces, los Estados no pueden discriminar o soportar, simplemente, situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes¹³². Sin perjuicio de lo anterior estos pueden otorgar un trato distinto a los migrantes ya sea respecto de los nacionales, o bien, en consideración a la regularidad de su situación migratoria, solamente, en la medida que este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos¹³³.

Esto queda reflejado en la distinción que, en la práctica, se hace entre nacionales e inmigrantes en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos, o bien, en los mecanismos de control de ingreso y salida que los Estados establecen respecto de los migrantes indocumentados, aunque, este último caso debe estar siempre sujeto a las garantías del debido proceso y respeto de la dignidad humana.

4. Conclusiones del capítulo

En este segundo capítulo se enfocaron mayormente dos asuntos. En la primera parte, se elaboró un marco teórico básico sobre el que se desarrollará el trabajo de investigación y de análisis para lo cual se precisaron una serie de definiciones fundamentales derivadas de instrumentos jurídicos, organizaciones internacionales e instituciones de Derecho

¹³⁰ *Ídem*, párr. 105.

¹³¹ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, párr. 110.

¹³² *Ídem*, párr. 119.

¹³³ *Ibidem*.

Internacional Público, a partir de las cuales se logró determinar el concepto de trabajador migrante del sector agrícola.

En la segunda parte se revisó el contenido jurídico de los principales instrumentos de derecho internacional para la protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el específico de los trabajadores migratorios. Asimismo, se analizó la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en relación al caso de las personas extranjeras y se constató su rol fundamental como principio rector en la protección de sus derechos.

Dado que existen países en los que la agricultura se ha cimentado como una actividad que demanda trabajadores inmigrantes poco calificados procedentes, en su mayoría, de zonas caracterizadas por bajos salarios y falta de oportunidades económicas, el asentamiento de estos inmigrantes en el segmento laboral agrícola lleva aparejada una serie de problemáticas, tales como migración irregular, condiciones laborales precarias, explotación laboral, falta de inspección de las autoridades y aislamiento social. Cada uno de estos factores condiciona el ejercicio de los derechos reconocidos a los trabajadores migrantes de este sector. De ahí la importancia de determinar el marco jurídico internacional de protección de derechos humanos aplicable a estos trabajadores migratorios.

Si bien en el sistema universal se lleva a cabo un tratamiento general, este no es menos importante, ya que consagra en la Declaración, la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación junto con las limitaciones en materia de libertad de circulación y el ejercicio de derechos políticos respecto de los extranjeros. Por su parte, el PIDCP y el PIDESC, constituyen instrumentos vinculantes que desarrollan de manera más precisa el contenido jurídico de la Declaración. La importancia de estos tres instrumentos es que configuran el estándar mínimo internacional de derechos humanos –en permanente expansión– que actúa como límite a la soberanía del Estado.

En el ámbito de la OIT, los Convenios Números 97 y 143 junto con sus respectivas recomendaciones juegan un papel fundamental en el desarrollo del derecho internacional dirigido a proteger de manera específica a los trabajadores migratorios. Sin embargo, estos instrumentos se refieren, en gran medida, a los migrantes en situación regular y tienen en consideración, principalmente, la migración laboral de carácter permanente. Además, corresponde destacar que ambos convenios fueron adoptados a mediados del siglo pasado en contextos sociales, políticos y económicos determinados y con una visión de los flujos migratorios que no se adecúa al panorama cambiante de la migración laboral internacional en la actualidad.

En el marco de las Naciones Unidas, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, elabora un catálogo de derechos para todos los trabajadores migratorios, se encuentren o no de manera regular en el país receptor, sobre la base del principio de trato igualitario. Asimismo, reconoce derechos adicionales a los trabajadores migratorios en situación regular. Pese a que constituye el principal tratado internacional sobre este tipo de trabajadores, la ratificación por parte de los Estados, principalmente, de aquellos receptores de migrantes ha sido escasa, lo que ha limitado la fuerza de este instrumento.

En materia de jurisprudencia consultiva, corresponde destacar la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte IDH en la que se refiere al principio de igualdad y no discriminación – reconociéndolo como norma de *jus cogens* y otorgándole efectos *erga omnes*– en relación con los trabajadores migrantes en situación irregular. Así, la Corte considera que los Estados pueden conceder un trato distinto a las personas extranjeras respecto de los nacionales, en la medida que sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos. Además, se pronuncia dicho principio vinculado al caso de los trabajadores migrantes lo cual se analizará en el último capítulo de esta tesis.

Por todo lo expuesto anteriormente, resulta imperiosa la necesidad de revisar el marco normativo sobre migración laboral en Chile con el objeto de aterrizar a un plano nacional el análisis jurídico de la protección para los trabajadores migrantes del sector agrícola.

CAPÍTULO 3. LA MIGRACIÓN LABORAL EN EL DERECHO CHILENO

Este capítulo analiza el marco normativo aplicable a los inmigrantes con fines de empleo en Chile. Conforme a ello se revisan ciertos aspectos generales de la legislación de extranjería vigente –tales como el enfoque con que los principales instrumentos jurídicos abordan el fenómeno de la migración, la materia fundamental de su regulación y el tratamiento jurídico de los trabajadores extranjeros en la ley laboral–, para luego enfocarse en el tipo de visados que pueden tener más relevancia para el trabajador inmigrante que se desempeña en el sector agrícola en Chile.

Así, la primera sección se refiere a los permisos de residencia que autorizan a los extranjeros a desarrollar actividades remuneradas en nuestro país; la segunda señala el procedimiento para la obtención de residencia; y la tercera da cuenta de los requisitos particulares de los permisos de residencia sujeto a contrato y temporario y los propios de la permanencia definitiva.

1. Derecho migratorio y de extranjería chilenos. Consideraciones generales

Como se ha señalado con anterioridad, en virtud de la soberanía nacional, los Estados gozan de competencias exclusivas para establecer su propia normativa de extranjería, debiendo respetar, en todo caso, las limitaciones impuestas por la comunidad internacional que se refieren al estándar mínimo internacional de derechos humanos. Por su parte, los distintos instrumentos internacionales y el principio de igualdad y no discriminación también operan como limitaciones a la potestad soberana de los Estados para legislar discrecionalmente en asuntos sobre inmigración, con el propósito de proteger los derechos humanos de las personas extranjeras y, particularmente, de los trabajadores migrantes.

El derecho de extranjería en su faceta interna se define como “el conjunto de normas materiales de derecho interno que regulan la relación jurídica entre el extranjero y el Estado de acogida, confiriendo a aquéllos un específico estatuto jurídico distinto al que tienen los nacionales”¹³⁴. En general, esta normativa busca regular materias relacionadas con la determinación de la nacionalidad, la condición jurídica de los extranjeros y la entrada, permanencia y expulsión de éstos del territorio de un Estado.

¹³⁴ LAGES, R. (2012). *Op. Cit.*, p. 116.

En lo que se refiere al derecho de extranjería chileno, los principales cuerpos normativos que regulan esta materia son el Decreto Ley N° 1.094¹³⁵ y el Decreto Supremo N° 597¹³⁶. Ambos instrumentos jurídicos responden a una política migratoria que aborda el tratamiento de la inmigración desde un enfoque de la seguridad nacional¹³⁷. De tal modo, estas normas se encargan de regular fundamentalmente el ingreso, residencia, permanencia definitiva, egreso, reingreso, expulsión y control de los extranjeros en Chile, sin referirse a los derechos de los inmigrantes. En este sentido, no existe en nuestra legislación una regulación específica de los derechos de los inmigrantes. Como consecuencia de esto, las normas sobre protección y garantía de los derechos de las personas extranjeras encuentran su fundamento jurídico en la Constitución Política de la República¹³⁸ y en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, especialmente, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares¹³⁹.

Por su parte, en el ámbito jurídico laboral tampoco existe una legislación del trabajo específica sobre trabajadores inmigrantes. Estos trabajadores están sujetos a una misma regulación jurídica que los trabajadores nacionales, ya que se parte de la base del principio de igualdad y de no discriminación contenido en el artículo 19 N° 16 inciso segundo de la Constitución y el artículo 4 del Código del Trabajo. De esta manera, el ámbito subjetivo de aplicación del Código del Trabajo abarca a toda persona que tenga la calidad de trabajador, es decir, toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo¹⁴⁰, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente, nuestro ordenamiento jurídico contiene normas específicas sobre trabajadores extranjeros, tales como el artículo 19 N° 16 inciso segundo de la Constitución y los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo. En conformidad con lo anterior, los trabajadores inmigrantes se someten al

¹³⁵ CHILE. Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley N° 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile, de 19 de julio de 1975.

¹³⁶ CHILE. Ministerio del Interior. (1984). Decreto Supremo N° 597 que aprueba nuevo reglamento de extranjería, de 24 de noviembre de 1984.

¹³⁷ STEFONI, C. (2001). Inmigración en Chile. Nuevos desafíos. En STEFONI, C. y ZAMORA, M. (Eds.), Chile 2001-2002. Impactos y desafíos de las crisis internacionales. Santiago, Chile, FLACSO-Chile, p. 260.

¹³⁸ Véase artículos 1; 5 inciso 2º; y 19, números 2 y 3, de la Constitución Política de la República.

¹³⁹ Chile suscribe la Convención el 24 de septiembre de 1993 y la ratifica el 21 de marzo de 2005. En cambio, no ha ratificado ninguno de los dos tratados de la OIT sobre trabajadores migrantes, a saber, los Convenios N° 97 (1949) y N° 143 (1975).

¹⁴⁰ Artículo 3 inciso 1º del Código del Trabajo.

régimen general en materia laboral junto con las disposiciones de la legislación de extranjería sobre permisos de residencia que autorizan a desarrollar actividades remuneradas.

Como trataremos de demostrar, el estatuto jurídico del trabajador migrante está considerablemente determinado por el tipo de visa que tiene. De ahí que surge la necesidad de abordar el tema de las diversas categorías de visas y, especialmente, las restricciones a las que están afectas y los derechos a que dan lugar cada una de ellas.

Ante este panorama legal puede sostenerse que nuestra normativa de extranjería no se hace cargo de la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y, particularmente, de los que se desempeñan en el sector agrícola, ya que dificulta las posibilidades de acceso laboral a inmigrantes, obstaculiza la permanencia de extranjeros, contribuye a la irregularidad migratoria, instrumentaliza al inmigrante y reproduce desigualdades entre los mismos extranjeros. Estos factores en conjunto terminan por invisibilizar a los migrantes presentes en el país.

En particular, llama la atención que hasta la fecha solamente se hayan realizado modificaciones tangenciales a la legislación de extranjería sin reformar los fundamentos de la misma que permitan cimentar un nuevo orden normativo e institucional sobre la base de una comprensión de la inmigración desde los derechos humanos¹⁴¹.

La falta de activismo político en esta materia no hace sino legitimar la vigencia de una política migratoria que responde a unos principios ideológicos propios de la dictadura militar

¹⁴¹ Desde el año 1990 hasta la actualidad se han realizado diversas modificaciones a la legislación de extranjería tendientes a facilitar la movilidad de personas de las localidades fronterizas, modernizar la gestión migratoria, proteger a grupos vulnerables de inmigrantes como los refugiados, niños, adolescentes y madres embarazadas, perfeccionar la regulación sobre el delito de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, de manera de compatibilizar, lentamente, nuestra normativa interna con los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Chile. Asimismo, en los años 1998 y 2007 se realizaron procesos de regularización de inmigrantes que dejan entrever la falta de una política explícita a través de la implementación de medidas reactivas en la gestión migratoria. Cabe señalar que los gobiernos de Patricio Aylwin y Sebastián Piñera presentaron al Congreso Nacional proyectos de ley (*lege ferenda*) con el objeto de modificar la legislación de extranjería vigente. Por su parte, el actual gobierno de Michelle Bachelet, al igual que en 2008, asumió a través del “Instructivo Presidencial N° 009 que ‘imparte instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria’” de 2 de septiembre de 2008 y el “Instructivo Presidencial N° 005 sobre ‘lineamientos e instrucciones para la Política Nacional Migratoria’” de 6 de noviembre de 2015, el compromiso de crear una propuesta de proyecto de ley la que aún no ha sido presentada al Congreso. Véase LARA, M. (2014). Evolución de la legislación migratoria en Chile: claves para una lectura (1824-2013). *Revista de Historia del Derecho*, (47): 90-102; CANO, M., MARTÍNEZ, J. y SOFFIA, M. (2009). Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio. Santiago, Chile, CEPAL, pp. 50-54. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7228/1/S0900516_es.pdf (consulta: 7 septiembre 2016).

y que no resultan coherentes con el estándar internacional de protección de los derechos de los inmigrantes, una concepción moderna de los flujos migratorios y la actualidad de los desplazamientos de personas a nivel mundial y en Chile. Dichos principios se vinculan en gran medida con la seguridad interna del Estado y la selectividad migratoria, los cuales quedan de manifiesto a través del amplio espacio de discrecionalidad que la legislación de extranjería otorga a los funcionarios de la Administración, pudiendo fácilmente derivar en un problema de arbitrariedad en el procedimiento de ingreso de extranjeros en los pasos fronterizos. Así, por ejemplo el artículo 15 N° 1 del Decreto Ley N° 1.094 establece la prohibición de ingreso respecto de los extranjeros “que propaguen o fomenten de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno, los que estén sindicados o tengan reputación de ser agitadores o activistas de tales doctrinas y, en general, los que ejecuten hechos que las leyes chilenas califiquen de delito contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público del país y los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”. Asimismo, el numeral dos del mencionado artículo señala que tampoco podrán ingresar los extranjeros que, en general, ejecuten actos contrarios a la moral o a la buenas costumbres.

Pese a que estos criterios se encuentren asentados en la normativa vigente en la materia, debe tenerse en consideración que desde la perspectiva del contexto actual, la interpretación y aplicación de esta normativa por parte de los funcionarios, tanto de la administración como jurisdiccionales, debe llevarse a cabo en conformidad con los fundamentos y objetivos propios del régimen democrático que impera en la actualidad junto a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado para la protección de los derechos humanos a través de la suscripción de instrumentos jurídicos sobre la materia.

Ahora bien, este capítulo revisa la regulación nacional vigente sobre la inmigración laboral, particularmente, los distintos permisos de residencia que autorizan a los extranjeros a realizar actividades remuneradas en nuestro país y su cualidad de adaptarse a la condición de temporeros de los trabajadores inmigrantes del sector agrícola.

En el capítulo final se entregará una propuesta jurídica de protección de los derechos de esta categoría de trabajadores teniendo en consideración el marco normativo que regula la migración laboral en Chile y aplicando los principios de derecho internacional y las normas internacionales sobre derechos humanos analizados en el segundo capítulo de esta tesis.

1.1. Residentes autorizados para desarrollar actividades remuneradas en el país

Dentro de las competencias exclusivas que el Estado detenta en materia de extranjería con los límites tanto internos como externos anteriormente señalados, se encuentra el monopolio estatal en la definición de extranjero. Desde una perspectiva jurídica, el término “extranjero” se define de manera negativa en relación al término “nacional”, es decir, es extranjero toda persona que no es nacional de un Estado determinado¹⁴². En el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, así se infiere a partir del artículo 56 del Código Civil en relación con el artículo 10 de la Constitución Política.

Nuestra legislación de extranjería establece distintas categorías en las cuales pueden encontrarse los extranjeros clasificándose, genéricamente, según el ánimo o voluntad que éstos manifiesten respecto a radicarse en nuestro país. De esta manera, se distingue entre extranjeros en calidad de residentes y no residentes, y dentro de los primeros, aquellos que se encuentran autorizados para realizar labores remuneradas en Chile. Así, para que una persona extranjera pueda formalmente desarrollar actividades remuneradas, nuestra legislación establece que debe contar con una determinada visa que lo autorice a ello. Entre éstas se encuentran la visación de residencia sujeta a contrato, en calidad de estudiante, temporaria, residencia oficial y la permanencia definitiva, las cuales se analizan a continuación para posteriormente ahondar en el análisis de determinados permisos de residencia que resultan importantes para el tema de esta tesis.

1.1.1. Visación de residencia sujeta a contrato

El Decreto Ley establece dos casos en que un extranjero puede acceder a este permiso de residencia: se otorga “a los extranjeros que viajen al país con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo” o “se podrá otorgar a los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional y se radiquen en el país para dar cumplimiento a un contrato de trabajo”¹⁴³.

En el primer caso, el extranjero ingresa a Chile con un contrato de trabajo celebrado previamente, en cambio, en el segundo, el extranjero ingresa a Chile sin un contrato de trabajo pero lo celebra una vez que se encuentra dentro de nuestro país.

Esta visación puede tener una vigencia de hasta dos años que puede prorrogarse por períodos iguales. En virtud del artículo 25 del mencionado decreto ley, el titular de esta visa

¹⁴² OIM. (2006a). *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁴³ Artículo 23 del Decreto Ley N° 1.094.

está autorizado a realizar actividades remuneradas solamente con el empleador que ha suscrito el contrato que da fundamento a la visa, por lo que ésta caduca cuando se pone término al respectivo contrato. Asimismo, dicho contrato debe tener ciertas cláusulas especiales que serán revisadas más adelante en el presente capítulo.

1.1.2. Visación de residencia en calidad de estudiante

La visación de residente estudiante se otorga a los extranjeros que viajen a Chile con el objeto de estudiar en establecimientos del Estado o particulares reconocidos por éste, o en centros u organismos de estudios superiores o especializados¹⁴⁴. Esta visa puede tener una vigencia máxima de un año y puede renovarse por igual período sucesiva y gratuitamente. La regla general es que el titular de esta visación no puede realizar actividades remuneradas. Excepcionalmente, un residente con visa de estudiante puede trabajar en la medida que cuente con la respectiva autorización del Ministerio del Interior.

1.1.3. Visación de residencia temporaria

Se otorga “al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa”¹⁴⁵.

A diferencia de la visa de residencia sujeta a contrato de trabajo que tiene una vigencia de dos años, la visa de residencia temporaria se otorga por un plazo máximo de un año prorrogable por una sola vez, por igual período¹⁴⁶. Asimismo, puede otorgarse en calidad de dependientes a los familiares del solicitante que viven con él. Luego de un año de residencia con esta visa su titular puede solicitar la permanencia definitiva. Al cumplir dos años de residencia su titular tiene la obligación de solicitar la permanencia definitiva, ya que en caso contrario deberá hacer abandono del país.

Lo interesante de esta visa es que permite a su titular desarrollar cualquier actividad lícita remunerada en el país, sin la obligación de celebrar un contrato laboral con las cláusulas especiales que se exigen en la visa de residencia sujeta a contrato de trabajo¹⁴⁷. Por lo tanto, el extranjero que es titular de una visa de residencia temporaria tiene libertad para desempeñarse según la modalidad de trabajo que estime conveniente. De este manera,

¹⁴⁴ Artículo 27 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁴⁵ Artículo 29 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁴⁶ Artículo 30 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁴⁷ Artículo 49 inciso final del Decreto Supremo N° 597.

puede trabajar bajo un vínculo de subordinación y dependencia, ejercer libremente una profesión, prestar servicios o desempeñarse como comerciante. Otro aspecto importante de señalar, es que esta visa permite al trabajador extranjero celebrar contratos de trabajo con más de un empleador en Chile.

Existen distintos tipos de visas de residencia temporaria los cuales están establecidos tanto por nuestra legislación como por vía administrativa. Dentro del primer grupo, se encuentra aquella que se otorga en virtud de un vínculo familiar o por intereses en el país o por utilidad para el mismo¹⁴⁸. Dentro del segundo, destaca la visa temporaria por motivos laborales que entró en vigor el 2 de marzo de 2015¹⁴⁹ y que es importante para los efectos de esta tesis, ya que, según se verá más adelante, establece condiciones semejantes a la visa sujeta a contrato de trabajo pero más flexibles en cuanto a las cláusulas obligatorias y cuyo otorgamiento no depende del cumplimiento de criterios estrictos como en las demás visas temporarias.

1.1.4. Visación de residencia oficial

Este tipo de visación se otorga a “los miembros del Cuerpo Diplomático y Consular acreditados ante el Gobierno y los de organizaciones internacionales reconocidos por Chile”¹⁵⁰. Asimismo, se concede a los miembros de sus familias que vivan con ellos, al personal administrativo y de servicio. Los residentes oficiales no pueden realizar actividades remuneradas que sean ajenas a las misiones o funciones que desempeñan, salvo que el cargo oficial lo sirvan *ad honorem*¹⁵¹.

Si bien es claro que la categoría de residente oficial no se condice con la realidad de los extranjeros que solicitan visaciones de residencia para poder desempeñarse como mano de obra en sectores de la economía como la agricultura, sí cabe mencionarla dentro de esta sección, ya que el titular de una residencia oficial, efectivamente, está autorizado a realizar actividades remuneradas.

¹⁴⁸ Artículo 50 inciso 1º en relación con el artículo 102, números 1 al 4, ambos del Decreto Supremo N° 597; y artículo 50 inciso 2º letras a), c), d) y e) del Decreto Supremo N° 597.

¹⁴⁹ MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE SEGURIDAD PÚBLICA. (2015). Oficio circular N° 07 que instruye sobre visación temporaria por motivos laborales, de 26 de febrero de 2015.

¹⁵⁰ Artículo 19 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁵¹ Artículo 34 del Decreto Supremo N° 597.

1.1.5. Permanencia definitiva

Este permiso se otorga “a los extranjeros para radicarse indefinidamente en el país y desarrollar cualquier clase de actividades, sin otras limitaciones que las que establezcan las disposiciones legales y reglamentarias”¹⁵². El titular de este permiso puede realizar cualquier tipo de actividad lícita dentro de las que se encuentran, evidentemente, aquellas de carácter remunerado. El extranjero requiere haber cumplido un período de dos años de residencia en nuestro país para el otorgamiento de la permanencia definitiva, salvo que se trate de un titular de residencia temporaria que requiere de un año, como se señaló anteriormente.

1.1.6. Situación del extranjero irregular

Los extranjeros en situación irregular son aquellas personas que ingresan a nuestro país con documentos falsificados, o bien, de manera clandestina, es decir, por lugares no habilitados del territorio nacional¹⁵³. También son irregulares los extranjeros que permanecen en el país luego de que su visa o permiso haya caducado. Por último, en el ámbito laboral son considerados como trabajadores extranjeros irregulares aquellos que realizan actividades remuneradas sin contar con la debida autorización que otorgan las visaciones o permisos que se han revisado anteriormente.

Desde un punto de vista jurídico, en estricto rigor, es erróneo utilizar el término “residente irregular”, ya que el solo hecho de que se trate de un extranjero que se encuentra en una situación migratoria irregular implica que no cuenta con un permiso o visa de residencia y, por ende, no tiene derecho a realizar trabajos remunerados. Es interesante que cierto sector de la doctrina chilena considere que la noción residente irregular no es del todo contradictoria, en el sentido que contiene un elemento fundamental que dice relación con la manifestación de voluntad por residir y permanecer en el país, que los hace diferenciarse de los no residentes en igual situación como sería, por ejemplo, un turista en situación irregular¹⁵⁴.

Por su parte, la legislación de extranjería vigente trata la migración irregular a partir de las sanciones migratorias y las causales de rechazo o revocación en el otorgamiento de visados o permisos de residencia sin establecer previamente mecanismos que permitan regular la situación migratoria de estos extranjeros como una vía de inserción en la comunidad. Así, el

¹⁵² Artículo 41 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁵³ Artículos 68 y 69 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁵⁴ DELLACASA, F., y HURTADO, J. (2015). Derecho migratorio chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 51-52.

extranjero que se encuentre irregularmente en nuestro país, puede cambiar su situación migratoria por la de residente en alguna de las modalidades que contempla el Decreto Supremo N° 597, siempre y cuando se le imponga previamente una sanción administrativa, que no constituya la expulsión, y cumpla con los requisitos para la obtención del visado que solicite¹⁵⁵.

Según se analizará más adelante, el trabajador migrante independientemente de su situación migratoria tiene plena igualdad de derechos laborales en comparación con los chilenos¹⁵⁶. Esto quiere decir que un trabajador migrante cuenta con los mismos derechos que uno nacional en virtud de su calidad de trabajador. Sin embargo, eso no significa que el Estado no pueda sancionarlo por trabajar irregularmente. Ahora bien, corresponde señalar que en la práctica se evidencia que la irregularidad en la situación migratoria de los extranjeros es determinante a la hora de verificar las condiciones laborales precarias en las que se ven inmersos, en comparación con la de los trabajadores migrantes regulares. Sin embargo, esta distinción no es absoluta, ya que tampoco el proceso de regularización garantiza a los inmigrantes, en la práctica, una igualdad de condiciones respecto de los trabajadores chilenos.

1.2. Procedimiento migratorio para la obtención de permisos de residencia

El Decreto Ley N° 1.094 no prevé expresamente un procedimiento especial para las solicitudes de visaciones de residencia, sino que delega su regulación en el Decreto Supremo N° 597 que corresponde a una norma reglamentaria¹⁵⁷. Por su parte, el reglamento establece un contenido procedimental débil en cuanto a disposiciones que expresamente regulan dicho procedimiento. Esto queda demostrado en la ausencia de plazos para el cumplimiento de las funciones de la autoridad administrativa. Por tanto, ante este contexto de deficiencia normativa que regula el procedimiento administrativo de otorgamiento de

¹⁵⁵ Artículo 78 inciso 4° del Decreto Supremo N° 597.

¹⁵⁶ Artículo 2 incisos 3° y 4° del Código del Trabajo en relación con el artículo 19 N° 16 inciso 2° de la Constitución Política de la República.

¹⁵⁷ Artículo 13 inciso final del Decreto Ley N° 1.094 en relación con los artículos 125 a 135 del Decreto Supremo N° 597.

permisos de residencia se aplica supletoriamente la Ley N° 19.880¹⁵⁸, tal como sucede en materia de etapas y plazos del procedimiento¹⁵⁹.

El organismo ante el cual se sigue el procedimiento y que resuelve las visaciones solicitadas por extranjeros que se encuentran dentro de Chile es el Ministerio del Interior a través del Departamento de Extranjería y Migraciones¹⁶⁰.

El procedimiento migratorio se inicia con el envío por correo postal de una solicitud escrita de permiso de residencia con un formulario proporcionado gratuitamente por la autoridad migratoria¹⁶¹. Este formulario debe ser debidamente completado y firmado, adjuntándose la documentación necesaria según el tipo de visa que se solicita. Cabe señalar que toda solicitud de visación debe presentarse dentro del plazo de 90 días anteriores a la fecha de vencimiento del respectivo permiso del interesado¹⁶². Esta solicitud debe enviarse al Departamento de Extranjería y Migraciones o la Gobernación Provincial según el domicilio del interesado y debe cumplir con los requisitos generales y particulares que el reglamento exige para el permiso que se solicita¹⁶³.

En cuanto a los requisitos generales, toda solicitud debe contener como mínimo las siguientes menciones: (1) nombre, nacionalidad, sexo, estado civil y domicilio; (2) fecha y lugar de ingreso a Chile, con indicación del medio de transporte empleado; (3) número y clase de documento de ingreso; (4) condición de ingreso y de actual residencia, y; (5) motivos que sirven de fundamento a la petición¹⁶⁴.

Igualmente, las solicitudes deberán tener las referencias que establece el inciso primero del artículo 127 del Decreto Supremo N° 597, a saber: (1) certificado de antecedentes para fines especiales; (2) dos últimas declaraciones de impuesto a la renta, boletas y/o facturas

¹⁵⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2003). Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, de 29 de mayo de 2003.

¹⁵⁹ Al respecto, la Corte Suprema en sentencia de 27 de abril de 2015, Rol N° 32081-2014, considerando 7°, señala que “la sentencia impugnada al negar la declaración de nulidad de derecho público planteada, no ha incurrido en el error de derecho denunciado, pues efectivamente los procedimientos administrativos especiales que la ley establece deben regirse por las normas contenidas en el ordenamiento que les da origen, quedando sujetos supletoriamente a las prescripciones de la Ley N° 19.880 en aquellos aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas”.

¹⁶⁰ Artículo 6 inciso 1° del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁶¹ Artículo 125 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁶² Artículo 129 N° 2 del Decreto Supremo N° 597.

¹⁶³ Esta sección señala los requisitos generales de toda solicitud de residencia. La siguiente analiza con más profundidad los requisitos particulares para la obtención de visaciones de residencia sujeta a contrato, residencia temporaria y permanencia definitiva y cómo estas categorías migratorias se adecúan más o menos a la situación de los extranjeros que trabajan en la agricultura.

¹⁶⁴ Artículo 125 del Decreto Supremo N° 597.

de los últimos tres meses; todo ello, cuando corresponda; (3) pasaporte, y; (4) documento fundante de la petición¹⁶⁵. Dentro del plazo de 24 horas contadas desde la fecha de recepción de la solicitud por la autoridad competente, se comunica al Ministerio del Interior y a Policía de Investigaciones¹⁶⁶. Esta última institución se encarga de emitir un informe previo que debe evacuarse dentro del plazo de 15 días¹⁶⁷.

Respecto a los efectos del informe técnico previo de la Policía de Investigaciones, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Este informe se ha transformado en vinculante para las autoridades políticas del Ministerio del Interior y basta su sola concurrencia para acreditar la naturaleza de los hechos. En tal sentido, la relación con la determinación formal del Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior es de sujeción técnica determinante y vinculante a lo dispuesto por la Policía de Investigaciones”¹⁶⁸.

Ahora bien, la autoridad administrativa tiene la potestad discrecional de aceptar o denegar el otorgamiento de las visas que los extranjeros soliciten. Es importante señalar que esta facultad la ejerce el Ministerio del Interior atendiendo a los criterios de la conveniencia que reporte al país el otorgamiento de la visa, su utilidad y del principio de reciprocidad según lo establece el artículo 13 del Decreto Ley N° 1.094. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que se trata de una norma pre-constitucional elaborada en 1975 y refleja un esquema normativo que otorga una amplia discrecionalidad a la autoridad administrativa que admite masivas vulneraciones de derechos¹⁶⁹.

Si la autoridad migratoria no solicita nuevos antecedentes y ya cuenta con el informe policial en el expediente, se entiende que la solicitud se encuentra en estado de resolverse. Sin embargo, el reglamento no establece ningún plazo dentro del cual la autoridad deba dar cumplimiento a este acto. DELLACA y HURTADO consideran que, en virtud del artículo 24 de la Ley N° 19.880, el peticionario tiene derecho a que la autoridad migratoria certifique expresamente el estado de la solicitud y resuelva la petición dentro del plazo de 20 días

¹⁶⁵ Artículo 127 inciso 1° del Decreto Supremo N° 597. Respecto del último numeral, “podrá exigirse, según corresponda: contrato de trabajo; certificado de matrícula; asistencia o sustento económico; certificados de depósitos bancarios; declaración jurada de capital; certificados de vínculos familiares y expensas; escrituras protocolizadas; autorizaciones para operar en zonas francas; certificados de inversión; acreditaciones de órdenes o congregaciones religiosas responsables del extranjero; certificaciones de empresas; entidades o instituciones patrocinadoras del ingreso, y/o responsables de sus actividades en el país, etc.”.

¹⁶⁶ Artículo 132 inciso 2° del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁶⁷ Artículo 134 del Decreto Supremo N° 597.

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2273 de 4 de julio de 2013, considerando 46.

¹⁶⁹ *Ídem*, considerando 7.

contados desde dicha certificación¹⁷⁰. Lo anterior no se aplica en la práctica, preponderando el artículo 13 inciso final del Decreto Ley 1.094 en virtud del cual la autoridad administrativa se hace cargo discrecionalmente de la regulación del procedimiento de acuerdo a las disposiciones que sobre esta materia se establecen en los artículos 125 a 135 del Decreto Supremo N° 597.

Por último, el procedimiento termina con una Resolución Exenta dictada por la autoridad competente que, para estos efectos, constituye el Subsecretario del Interior en su calidad de jefe de servicio del Ministerio del Interior, en la que acoge o deniega la correspondiente solicitud¹⁷¹. En el caso de acogerse la solicitud, la resolución deberá indicar como mínimo el tipo de visa que se otorga y su duración. Corresponde señalar que la visación se considerará plenamente válida solamente una vez que se realice el previo pago de derechos y estampado de la visa en el pasaporte¹⁷².

En el caso que la solicitud fuere denegada, debe disponerse mediante una resolución fundada la cual será notificada personalmente o por carta certificada mediante comunicación escrita dirigida al último domicilio registrado por el extranjero ante la autoridad administrativa competente¹⁷³. En contra de esta resolución puede interponerse ante la autoridad que la dictó un recurso de reconsideración administrativa dentro de los tres días siguientes a su notificación. Es importante señalar que la interposición de este recurso suspende los efectos de la resolución impugnada hasta que la autoridad no resuelva acerca de aquél.

1.3. Requisitos particulares para la obtención de permisos residencia

En esta sección se revisan las visas de residente sujeto a contrato, residente temporario y permanencia definitiva y, particularmente, los requisitos que la legislación de extranjería vigente exige en cada caso para su otorgamiento. Asimismo, se realiza un análisis de estas tres categorías migratorias teniendo en consideración su mayor o menor grado de adecuación a la situación de los inmigrantes que trabajan en el sector agrícola. En este sentido, se realiza una mención especial a la visa temporaria por motivos laborales que rige a partir del 2 de marzo de 2015.

¹⁷⁰ DELLACASA, F., y HURTADO, J. (2015). *Op. Cit.*, p. 86.

¹⁷¹ Artículo 13 inciso 1° del Decreto Ley N° 1.094 en relación con el artículo 13 inciso 1° del Decreto Supremo N° 597.

¹⁷² Artículo 5 del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁷³ Artículos 141 inciso 2° y 142 inciso 3° del Decreto Supremo N° 597.

1.3.1. Visa de residencia sujeta a contrato

En nuestra legislación de extranjería se verifica una estrecha relación entre el acceso laboral y la situación migratoria regular. Esta queda de manifiesto en el permiso de residencia que se otorga en virtud de un contrato de trabajo. Como se señaló anteriormente, esta visa tiene como fundamento la existencia y vigencia de un contrato de trabajo que, necesariamente, deberá ser suscrito con anterioridad a la solicitud de la visa. Por su parte, la vigencia del contrato de trabajo queda sujeta al otorgamiento de la mencionada visa. Por ello, el interesado puede solicitar un permiso de trabajo provisorio que lo faculta a ejercer una actividad remunerada durante el tiempo de tramitación de la solicitud de la visación de residencia sujeta a dicho contrato. Este permiso provisional debe solicitarse ante la misma autoridad competente y está afecto al pago de un derecho equivalente al 50% de la visa solicitada¹⁷⁴.

Como ya se ha señalado, esta visa faculta al extranjero a desarrollar actividades remuneradas solo con el empleador con quién suscribió el contrato de trabajo. De esta manera, para que el extranjero pueda acceder a la permanencia definitiva tiene que demostrar que ha estado trabajando durante al menos dos años con el mismo empleador. Así, esta visa no concede un permiso general de trabajo sino que está sujeta a un único empleador. En relación con lo anterior, esta visa trae aparejada una serie de problemas para los trabajadores migrantes. En primer lugar, intensifica las diferencias de poder en la relación laboral, ya que deja en manos del empleador el término del contrato de trabajo junto con el cese de la vigencia de la visa. De esta manera, el término del vínculo laboral produce un doble efecto, a saber: deja al extranjero sin su fuente de trabajo y, además, produce el cese del permiso de residencia obstaculizando su permanencia regular en el país. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior esta visa facilita la configuración de una relación de dependencia lo cual sienta las bases para condiciones de explotación en perjuicio del trabajador extranjero. En tercer lugar, restringe fuertemente el derecho a la libertad de trabajo, ya que el trabajador extranjero solamente puede realizar labores para el empleador con quien celebró el respectivo contrato de trabajo.

La terminación del contrato laboral en virtud del cual se ha otorgado la visa constituye una causal de caducidad de ésta y de las que se hayan otorgado a los familiares del extranjero

¹⁷⁴ Artículo 135 bis del Decreto Supremo N° 597.

contratado¹⁷⁵. Por su parte, el trabajador y sus familiares conservan el derecho a solicitar una nueva visación de residencia para lo que deben presentar una solicitud dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de terminación del respectivo contrato, en la cual deben adjuntar el respectivo finiquito y un nuevo contrato de trabajo que debe cumplir con los mismos requisitos que el anterior. En la práctica, es difícil que un trabajador extranjero pueda celebrar un nuevo contrato de trabajo en un plazo tan corto de tiempo que le permita presentar los documentos dentro de los 30 días siguientes a la expiración de su contrato anterior. Así, se evidencian condiciones en nuestra legislación de extranjería que no permiten al trabajador extranjero desarrollarse plenamente y que, incluso, fomentan la irregularidad de los inmigrantes.

Para que la autoridad otorgue una visación de residencia sujeta a contrato deben cumplirse las condiciones establecidas en el artículo 36 del Decreto Supremo N° 597¹⁷⁶.

Como se ha señalado, nuestro ordenamiento jurídico no dispone de una ley especial que regule la contratación laboral de extranjeros que trabajen bajo subordinación y dependencia en Chile, por lo que éstos últimos se rigen plenamente por la legislación laboral aplicable a los nacionales, con algunas salvedades establecidas en las normas de extranjería. En este sentido, el contenido del contrato de trabajo celebrado con un extranjero debe hacer referencia a las estipulaciones mínimas establecidas en el artículo 10 del Código del

¹⁷⁵ La visación sujeta a contrato se otorga a los familiares del trabajador, en la calidad de dependientes del mismo y comprende al cónyuge, padre e hijos de ambos o de uno de ellos, siempre que vivan a expensas del titular de la visa. Véase el artículo 23 inciso 3° del Decreto Ley N° 1.094 en relación con el artículo 35 inciso 2° del Decreto Supremo N° 597.

¹⁷⁶ Artículo 36 del Decreto Supremo N° 597: “Para el otorgamiento de la visación sujeta a contrato deberán tener las siguientes condiciones: a) la empresa, institución o persona empleadora deberá tener domicilio legal en el país; b) el contrato de trabajo que le sirve de fundamento deberá ser firmado en Chile ante Notario, por el patrón o empleador y el trabajador o quienes lo representen. Si fuese celebrado en el exterior, deberá ser firmado por las mismas partes ante el agente diplomático o consular competente y debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, según procedimiento establecido en el artículo 345° del Código de Procedimiento Civil, según procediere; c) tratándose de profesionales o técnicos especializados deberán acreditar, con el título respectivo debidamente legalizado, su condición de tales. En caso contrario, deberán comprobar capacidad y conocimiento en la especialidad a que se dediquen, mediante la presentación de Certificado de trabajo u otros documentos probatorios; d) Que el ejercicio de la profesión, actividad o trabajo del contratado, sea indispensable o necesario para el desarrollo del país, pudiendo requerirse, para tal efecto, el informe de la Asociación o Colegio Técnico Profesional respectivo, o del Organismo Oficial competente; e) Que las actividades que desempeñará el extranjero en Chile no sean consideradas como peligrosas o atentatorias para la seguridad nacional. Si existiese duda acerca de la naturaleza del trabajo que el solicitante ha de desempeñar en el país, deberá consultarse previamente al Ministerio de Defensa Nacional, y f) Que, además se verificará que la contratación y el contrato se ajuste a las disposiciones generales de orden laboral y previsional que sean atinentes”.

Trabajo¹⁷⁷ y , además, debe contener las siguientes menciones obligatorias: nacionalidad y domicilio de ambas partes, estado civil, profesión u oficio y lugar de procedencia del contratado¹⁷⁸. Por último, dicho contrato debe contener algunas cláusulas especiales, las que se pasan a revisar.

1.3.1.1. Cláusula de vigencia

Esta cláusula estipula que las obligaciones recíprocas entre las partes contratantes solo pueden cumplirse y, por tanto, ser exigibles, una vez que al trabajador extranjero se le otorgue la visa de residencia sujeta a contrato o el correspondiente permiso de trabajo provisorio. Esto quiere decir que la relación laboral comienza solo en la medida que el trabajador obtenga dicha visa o el respectivo permiso.

1.3.1.2. Cláusula de viaje

Como se señaló anteriormente, la terminación del contrato de trabajo que sirve de antecedente para el otorgamiento del permiso de residencia constituye una causal de caducidad de este último respecto tanto del extranjero contratado como de sus familiares. Así, el empleador debe comprometerse a pagar al trabajador extranjero y a los miembros de su familia un viaje de regreso a su país de origen o al que acuerden las partes una vez que se ponga término al respectivo contrato de trabajo¹⁷⁹. Incluso, las partes contratantes pueden convenir garantías para el cumplimiento de esta obligación. Esta cláusula es fundamental en este tipo de contratos y tiene la especial característica de subsistir aún después del término del mismo que la contiene. Así, la extensión de esta obligación es distinta según el contrato termine en el plazo convenido o anticipadamente. En el primer caso, la obligación perdura hasta que el extranjero reciba el finiquito y salga del país u obtenga una nueva residencia o

¹⁷⁷ Artículo 10 del Código del Trabajo: “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: (1) lugar y fecha del contrato; (2) individualización de las partes con indicación de la nacionalidad y fechas de nacimiento e ingreso del trabajador; (3) determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias; (4) monto, forma y período de pago de la remuneración acordada; (5) duración y distribución de la jornada, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno; (6) plazo del contrato; y (7) demás pactos que acordaren las partes”.

¹⁷⁸ Artículo 24 del Decreto Ley N° 1.094 en relación con el artículo 37 inciso 1° del Decreto Supremo N° 597.

¹⁷⁹ Artículo 24 del Decreto Ley N° 1.094 en relación con el artículo 37 inciso 2° del Decreto Supremo N° 597.

permanencia definitiva¹⁸⁰. En el segundo, si el extranjero tiene la necesidad de permanecer en el país y solo en casos calificados, el contenido de esta cláusula permanece durante el tiempo que el Ministerio del Interior estime prudente¹⁸¹.

Lo llamativo de esta cláusula es que en la práctica opera como un factor que desincentiva la contratación de trabajadores extranjeros y, particularmente, de aquellos cuyo país se encuentra a mayor distancia de las fronteras chilenas, ya que el cumplimiento de dicha obligación resulta bastante oneroso para el empleador.

1.3.1.3. Cláusula de previsión

En virtud de esta cláusula debe señalarse si el trabajador extranjero cotizará conforme la legislación chilena o si se someterá, en caso de tratarse de un trabajador con algún grado profesional o técnico, al régimen previsional establecido en la Ley N° 18.156¹⁸². En primer lugar, corresponde señalar que nuestra legislación de seguridad social no distingue entre trabajadores nacionales y extranjeros respecto a su incorporación al sistema de seguridad social, siendo la regla general que todo trabajador que efectúe labores bajo subordinación y dependencia tiene la obligación de cotizar conforme la legislación chilena. Por su parte, el empleador debe cumplir íntegramente con esta obligación.

No obstante lo anterior, nuestra legislación permite la exención de efectuar cotizaciones a cierta categoría de trabajadores extranjeros según las disposiciones contenidas en convenios bilaterales de seguridad social y en la Ley N° 18.156. Enfocándonos en esta última, el artículo 1 de la Ley N° 18.156 establece que los trabajadores técnicos extranjeros pueden quedar exentos de pagar en Chile sus cotizaciones previsionales. Para ello deben cumplirse una serie de condiciones, a saber: que el trabajador extranjero se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile cualquiera sea su naturaleza debiendo cubrir al menos prestaciones en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte¹⁸³; y que el respectivo contrato de trabajo contenga una cláusula que manifieste la voluntad del trabajador de mantener su afiliación a dicho régimen¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Artículo 38 inciso 1° del Decreto Supremo N° 597.

¹⁸¹ Artículo 38 inciso 2° del Decreto Supremo N° 597.

¹⁸² CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (1982). Ley N° 18.156 que establece la exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la Ley N° 9.705, de 25 de agosto de 1982.

¹⁸³ Artículo 1 letra a) de la Ley N° 18.156.

¹⁸⁴ Artículo 1 letra b) de la Ley N° 18.156.

Así, el trabajador extranjero debe cotizar en Chile, necesariamente, para las contingencias de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales reguladas en la Ley N° 16.744¹⁸⁵ y, además, por concepto de seguro de cesantía de acuerdo con lo señalado por la Dirección del Trabajo¹⁸⁶. Lo que sucede es que el trabajador extranjero y su empleador quedan exentos de pagar en Chile las correspondientes cotizaciones previsionales, ya que efectúan el pago de éstas en el sistema previsional al que se encuentra efectivamente afiliado el trabajador en el extranjero, evitándose el pago doble de cotizaciones previsionales.

Sin embargo, el trabajador técnico extranjero puede optar por no acogerse a la referida exención efectuando cotizaciones en el sistema de administración de fondos de pensiones chileno, encontrándose afiliado al régimen previsional de su país de origen. En tal caso, el técnico extranjero puede solicitar la devolución de los fondos previsionales que se hubieren depositado, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1 de la misma ley¹⁸⁷.

Este tratamiento normativo se aplica solamente respecto de los trabajadores técnicos extranjeros, es decir, aquellos que presentan algún grado de calificación. Corresponde destacar que aquellos trabajadores extranjeros no calificados al salir del país luego de realizar labores remuneradas habiendo efectuado cotizaciones en el sistema previsional chileno, dejan sus cotizaciones en un fondo de rezago de una Administradora de Fondos de Pensiones, sin que puedan retirar estos fondos antes de la edad para jubilar lo cual da cuenta de un trato distinto en el derecho de seguridad social entre los inmigrantes.

1.3.1.4. Cláusula de impuesto a la renta

En el contrato de trabajo debe estipularse la obligación del empleador de pagar el impuesto a la renta correspondiente a la remuneración que paga al trabajador extranjero¹⁸⁸. A su vez, esta obligación emana del artículo 58 del Código del Trabajo que ordena al empleador deducir de las remuneraciones de los trabajadores los impuestos que las graven. Como se ha señalado, el análisis de la presente tesis se circunscribe a los trabajadores extranjeros que ingresan a Chile para desempeñarse como mano de obra dependiente de

¹⁸⁵ CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (1968). Ley N° 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1 de febrero de 1968.

¹⁸⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2012). Ordinario N° 1539/017, de 28 de marzo de 2012. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-100564.html>> (consulta: 23 septiembre 2016).

¹⁸⁷ Artículo 7 de la Ley N° 18.156.

¹⁸⁸ Artículo 24 del Decreto Ley N° 1.094 en relación con el artículo 37 inciso 1° del Decreto Supremo N° 597.

empresas agrícolas establecidas en nuestro país. Al respecto, cabe señalar que una vez que el extranjero obtiene una visa sujeta a contrato de trabajo, la remuneración que perciba se encuentra gravada con Impuesto Único de Segunda Categoría establecido en el artículo 42 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, ya que éste solo se aplica a las personas que tienen la calidad de residentes en el país con contrato de trabajo. Por último, cabe señalar que aquellos sueldos inferiores a 13,5 UTM están exentos del pago de impuesto a la renta.

1.3.1.5. Duración del contrato de trabajo

La visación sujeta a contrato de trabajo no puede tener una duración inferior a un año. Por ello, como el término del contrato de trabajo, por cualquier causa, produce *ipso facto* la caducidad de la respectiva visa de residencia, el contrato de trabajo no puede tener una duración inferior a un año. De esta manera, dicho contrato puede ser a plazo fijo o indefinido, no pudiendo tener en el primer caso una duración menor de un año.

1.3.1.6. Salario estipulado

El monto de la remuneración debe ser acorde con el cargo o actividad que desempeña el trabajador extranjero y en conformidad con las normas laborales vigentes. Esto significa que el salario no puede ser inferior al mínimo mensual en una jornada laboral ordinaria completa. Si el trabajador realiza actividades a jornada parcial, el sueldo no puede ser inferior al ingreso mínimo mensual proporcionalmente calculado en función de la jornada laboral ordinaria completa¹⁸⁹. Asimismo, el empleador tiene la obligación de entregar mensualmente al trabajador extranjero un recibo o comprobante de pago de su remuneración.

1.3.1.7. Legalización del contrato

Si el contrato de trabajo que sirve de fundamento a la visa se celebra en Chile, necesariamente, debe ser firmado por el empleador y el trabajador extranjero, o sus representantes, ante notario. Es importante destacar que esta formalidad no es exigible para los contratos celebrados con trabajadores nacionales. Entonces, pareciera ser que se establece este requisito con el objeto de evitar la simulación en la celebración de un contrato de trabajo que permita al extranjero obtener una visa de residencia sujeta a contrato.

¹⁸⁹ Artículo 44 inciso 3° del Código del Trabajo. Véase DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1998). Ordinario N° 5848/386, de 26 de noviembre de 1998. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86814.html>> (consulta: 27 de septiembre de 2016).

1.3.1.8. Límite legal de trabajadores extranjeros en empresas nacionales

El Código del Trabajo establece una diferencia de tratamiento en razón de la nacionalidad del trabajador relativa a la limitación de la cantidad máxima de trabajadores extranjeros que pueden desempeñarse en una empresa. El artículo 19 señala que si un empleador cuenta con más de 25 trabajadores, a lo menos el 85 por ciento de éstos deben ser de nacionalidad chilena. Por su parte, el artículo 20 establece las reglas para determinar el cómputo de trabajadores nacionales en una empresa. Así, en primer lugar, debe considerarse la totalidad de trabajadores, tanto chilenos como extranjeros, que un empleador ocupa dentro del territorio nacional. En segundo lugar, se excluyen del ámbito de aplicación de esta limitación aquellas empresas que no ocupan más de 25 trabajadores. En tercer lugar, no se contabilizan para el cómputo los trabajadores técnico especialistas. En cuarto lugar, para efectos del cómputo se considera como chileno al extranjero cuyo cónyuge o hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno. Por último, se considera como trabajador chileno al trabajador que siendo de nacionalidad extranjera, tenga más de cinco años de residencia en el país, sin contar las ausencias accidentales.

Esta regulación sobre el número máximo de trabajadores extranjeros, que como se ha señalado anteriormente constituye la única limitación en nuestra legislación laboral que toma en cuenta la nacionalidad como factor de diferenciación solo puede tener asidero bajo un modelo económico caracterizado por barreras proteccionistas de acceso al trabajo en un mercado laboral con baja presencia de trabajadores inmigrantes. Según se ha mostrado hasta ahora, este no sería el contexto actual de los flujos migratorios en Chile que poco a poco se proyecta como un país de llegada de inmigrantes.

Para efectos de esta tesis, se considera que esta norma más allá de limitar el número de extranjeros en empresas chilenas, está enfocada en controlar y desincentivar el ingreso al país de un tipo particular de inmigrante que está relacionado con la figura del trabajador de baja calificación, a la vez que fomenta la llegada de extranjeros calificados o competentes para determinados mercados. Además, está profundamente relacionada con el pensamiento arraigado de que “los trabajadores extranjeros vienen a nuestro país a quitarnos el trabajo a los chilenos”.

Así, esta medida busca asegurar que la mayoría de los puestos de trabajo en las empresas sean ocupados por trabajadores nacionales. Sin embargo, en la práctica se ve que no hay competencia real entre nacionales e inmigrantes. Más bien, existen mercados laborales para inmigrantes en los que no se desempeñan los nacionales. En este sentido, los trabajadores extranjeros tienden a ocupar puestos de trabajo en mercados laborales que los

nacionales no quieren, lo que configura nichos laborales de baja calificación. Como consecuencia de ello, se verifica una marginalización del trabajador inmigrante en sectores informales y precarios de la actividad económica nacional, como por ejemplo la agricultura y la construcción.

La vigencia de esta limitación es expresión de la falta de una política migratoria y una legislación en esta materia que sea coherente con la realidad del fenómeno migratorio a nivel nacional. En este sentido, la modificación en esta materia no puede simplemente ser una respuesta legislativa de carácter reactiva ante el déficit de trabajadores nacionales en un sector determinado de la actividad económica del país como es el de la agricultura, sino que todo lo contrario. Según se ha señalado a lo largo de la presente tesis, estas modificaciones dentro de las cuales cabe el aumento del límite legal del número de trabajadores que se desempeñan en una empresa chilena, tienen que responder a una necesidad de hacerse cargo de los nuevos parámetros de los flujos migratorios junto con una moderna concepción jurídica del fenómeno migratorio y que siempre venga de la mano de una reforma a la legislación migratoria acorde con el estándar internacional de derechos humanos.

Por último, cabe hacer algunas consideraciones respecto a la visa sujeta a contrato de trabajo en cuanto a su adecuación a la situación de los trabajadores migrantes del sector agrícola.

Al respecto, en primer lugar, corresponde señalar que esta visa restringe el derecho al trabajo en su dimensión liberal, es decir, la libertad de buscar en todo momento el mejor empleo para el trabajador, estando obligado a permanecer durante, a lo menos, dos años con el mismo empleador con quien haya suscrito el contrato de trabajo que da lugar a la visa. Además, genera un fuerte vínculo de dependencia, toda vez difícilmente el empleador estará dispuesto a celebrar un contrato de trabajo por dos años o más, encontrándose el trabajador obligado a aceptar las condiciones laborales que imponga el empleador como, por ejemplo, un sueldo por debajo del que opera en el mercado formal conforme la relación de la oferta y la demanda. Asimismo, es altamente desfavorable para el trabajador extranjero el hecho que, en caso de que el vínculo laboral terminase antes de haberse cumplido los dos años, dicho período empiece a correr desde el principio nuevamente. Además, esta visa propende a que el trabajador extranjero caiga, fácilmente, en una situación migratoria irregular, ya que a la serie de requisitos que, restrictivamente, establece nuestra legislación de extranjería para su otorgamiento, se agrega el hecho de que la vigencia de la visa está estrechamente relacionada con la existencia de un contrato de trabajo cuya terminación produce la caducidad de la misma. Los puntos anteriores acentúan las asimetrías de poder en la

relación laboral, ya que el empleador sabe que de él depende, en gran medida, la regularidad migratoria del trabajador extranjero. Por último, esta visa se otorga para períodos de residencia más largos que aquél comprendido en las temporadas de trabajo agrícola. En este sentido, la visa sujeta a contrato de trabajo se relaciona más a la residencia de largo tiempo con ánimo de radicarse permanentemente en el país, que aquella de corto tiempo para realizar labores de corta duración.

Conforme a lo anterior y en relación al tema de esta tesis puede sostenerse que la visa de residencia sujeta a contrato de trabajo no se adapta a la condición de temporero que caracteriza al trabajador inmigrante agrícola. En este sentido, es muy difícil que éste mantenga un vínculo laboral más allá de las labores agrícolas que se realizan en un período o meses determinados durante el año. De esta manera, al finalizar estas faenas transitorias o de temporada se producirá, además, el término de la relación laboral, por lo que el inmigrante se verá en la obligación de tener que celebrar un nuevo contrato de trabajo dentro del plazo de 30 días para no caer en una situación de irregularidad. En el caso de que el inmigrante celebre un nuevo contrato de trabajo con un empleador distinto, se producirá, necesariamente, la interrupción del tiempo acumulado para acceder a la permanencia definitiva.

1.3.2. Visa de residencia temporaria

Según se ha señalado anteriormente, esta visa se otorga al extranjero que cumpla dos requisitos, a saber, (1) que tenga el propósito de radicarse en nuestro país, y (2) que se encuentre en alguno de los siguientes casos: tenga vínculo familiar en nuestro país, intereses o que su avcindamiento se estime útil o ventajoso.

Sin perjuicio de estos casos establecidos en la legislación de extranjería, el Departamento de Extranjería y Migración contempla igualmente otros tipos de permisos de residencia temporaria entre los cuales, para efectos de la presente tesis, se revisará la visa temporaria por motivos laborales.

1.3.2.1. Visa temporaria por vínculo familiar

Nuestra legislación de extranjería entiende que existe un vínculo de familia en los siguientes casos¹⁹⁰:

¹⁹⁰ Artículo 50 inciso 1º en relación con el artículo 102, números 1 al 4, ambos del Decreto Supremo N° 597.

1. El cónyuge de chileno y los padres de él;
2. el cónyuge y los hijos del extranjero que resida en el país con alguna visación o con permanencia definitiva, y los padres del extranjero mayor de 18 años que resida en el país en alguna de las condiciones anteriores;
3. los ascendentes de chilenos; y
4. los hijos extranjeros de chilenos por nacionalización.

Para el otorgamiento de este tipo de visa temporaria es necesario acreditar el vínculo familiar adjuntando a la respectiva solicitud de visación los documentos que sean necesarios como, por ejemplo, certificados de matrimonio y de nacimiento emitidos por el Registro Civil¹⁹¹.

1.3.2.2. Visa temporaria por intereses en el país

Se trata de una categoría de residencia temporaria que se otorga a las personas que tienen intereses en el país y que desempeñen alguna de las actividades establecidas en el artículo 50 inciso 2º letras a), c), d), y e) del Decreto Supremo N° 597. Entre ellas pueden mencionarse las siguientes:

1. Empresarios, inversionistas, comerciantes y, en general, personas de negocios.
2. Periodistas o profesionales de medios de comunicación social.
3. Religiosos pertenecientes a iglesias, órdenes o congregaciones reconocidas en el país.
4. Personas que vienen a someterse a tratamientos médicos en establecimientos especializados.

1.3.2.3. Visa temporaria por utilidad para el país

Este tipo de visa se otorga a las personas cuya residencia se estime útil o ventajosa para el país. Así, el artículo 50 inciso 2º letra b) establece algunos casos que cumplen con este requisito como, por ejemplo, científicos, investigadores, académicos, conferencistas, profesores, profesionales, técnicos y expertos. Se trata de un listado que no es taxativo, por lo que la autoridad administrativa puede considerar otras situaciones en que la residencia de la persona extranjera sea útil o ventajosa para el país. Lo anterior se muestra en la letra f) del mencionado artículo, en virtud del cual se autoriza el otorgamiento de este visado en otros casos que sean debidamente calificados.

¹⁹¹ Artículo 127 N° 5 del Decreto Supremo N° 597.

Luego de examinar el tratamiento normativo que la legislación de extranjería otorga a las visas de residencia temporaria por vínculo familiar, intereses en el país y por utilidad o ventajas para el país, respectivamente, cabe consignar algunas apreciaciones finales en relación con el tema de esta tesis.

En primer lugar, la normativa que regula los requisitos para el otorgamiento de una visa temporaria por intereses y utilidad para el país al establecer casos determinados, lo que hace es diferenciar en el tipo de inmigrante que ingresa al país. Esto deja en evidencia una lógica restrictiva que promueve la permanencia de inmigrantes en la medida que sean útiles para el progreso económico del país y evita la entrada de mano de obra no calificada. Si bien lo anterior se ampara en que el Estado, de acuerdo con el ejercicio de su soberanía, define quién puede ingresar y residir en territorio nacional, sí puede sostenerse que se trata de una regulación que no se ajusta a los desafíos que impone la proyección creciente de los movimientos migratorios hacia nuestro país y que no responde al respeto de los derechos humanos de las personas migrantes. Así, esta normativa reproduce desigualdades dentro del mismo grupo de inmigrantes, ya que los clasifica en categorías que convengan al país. En segundo lugar, el reconocimiento de los motivos migratorios legítimos reconocidos por estas categorías de visados de residencia temporaria, en definitiva, sitúa a los inmigrantes con menos destrezas, conocimientos o competencias en los segmentos periféricos del mercado de trabajo produciéndose una instrumentalización de estas personas bajo condiciones de precariedad laboral.

En el caso de los inmigrantes que buscan oportunidades laborales en el sector de la agricultura, precisamente, por su condición de mano de obra no calificada difícilmente pueden obtener la visa de residencia temporaria en alguna de sus modalidades revisadas anteriormente.

1.3.2.4. Caso especial: visa temporaria por motivos laborales

Se trata de un caso de visa temporaria con carácter especial sancionada por vía administrativa, en el sentido que no está consagrada en la ley y que, por tanto, se diferencia de las categorías revisadas con anterioridad. En efecto, en cumplimiento de los artículos 91 N° 9 del Decreto Ley N° 1.094 en relación con el artículo 178 N° 1 y 4 del Decreto Supremo N° 597, el Departamento de Extranjería y Migración, a través de su Jefe de Servicio, establece la visación temporaria por motivos laborales mediante Oficio Circular N° 07 de 26 de febrero de 2015.

La creación de este tipo de visa temporaria tiene como fundamento la discordancia que existe entre la legislación de extranjería chilena y el estándar internacional de protección de los derechos de los trabajadores migrantes. Al respecto, el Departamento de Extranjería considera que el artículo 25 del Decreto Ley N° 1.094, en relación con el artículo 39 del Decreto Supremo N° 597, que consagran la visación de residencia sujeta a contrato de trabajo, no respetan el artículo 49 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias¹⁹² junto con el derecho fundamental de toda persona a la libertad de trabajo y su protección. La disonancia se produce, ya que la visa mencionada permite que el trabajador extranjero desarrolle actividades remuneradas únicamente con el empleador suscrito en el contrato de trabajo que fundamenta el otorgamiento de este permiso de residencia. Por tanto, y según se señaló anteriormente, la visa de residencia sujeta a contrato no otorga libertad de trabajo, sino que obliga al trabajador a mantenerse con un solo empleador durante toda su vigencia para poder acceder a la permanencia definitiva.

De este modo, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública puede otorgar este tipo de visa de acuerdo con el artículo 49 en relación con la letra f) del artículo 50, ambos del Decreto Supremo N° 597, según se estima que la residencia del extranjero en Chile sea útil o ventajosa o que sus actividades son de interés para el país.

En cuanto a los requisitos que deben cumplir las solicitudes de visa temporaria por motivos laborales para su otorgamiento, se mencionan los siguientes:

- Celebración de un contrato de trabajo que contenga las menciones mínimas establecidas en el artículo 10 del Código del Trabajo. También, debe contar con las cláusulas de vigencia, previsión e impuesto a la renta. Cabe resaltar, que se elimina la obligatoriedad de la cláusula de viaje.
- El trabajador contratado debe ser remunerado en Chile.
- El empleador debe tener domicilio en Chile.
- El contrato de trabajo debe ser suscrito por ambas partes en Chile y firmado ante un ministro de fe.

¹⁹² Artículo 49 de la Convención: “En los Estados de empleo en que los trabajadores migratorios tengan la libertad de elegir una actividad remunerada, no se considerará que los trabajadores migratorios se encuentran en situación irregular, ni se les retirará su autorización de residencia, por el solo hecho del cese de su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo o autorización análoga”.

En definitiva, puede sostenerse que, efectivamente, esta visa presenta condiciones más favorables para el trabajador extranjero en comparación con aquella sujeta a contrato de trabajo. Así, en primer lugar, la visa de residencia temporaria por motivos laborales otorga a su titular mayor regularidad para mantenerse en el país, ya que la terminación de la relación laboral con su empleador no produce la caducidad de la visa. En este sentido, el trabajador puede poner término al contrato sin que por ello pierda su calidad de residente temporario, pudiendo realizar cualquier actividad lícita con más de un empleador durante la vigencia de la visa temporaria. En otras palabras, se separa la vigencia del contrato de trabajo y la propia de la visación de residencia. En segundo lugar, luego de un año con visa de residencia temporaria por motivos laborales su titular puede solicitar la permanencia definitiva, a diferencia de lo que ocurre con aquella sujeta a contrato de trabajo. En tercer lugar, la visa de residencia temporaria por motivos laborales no exige la obligación de informar al Departamento de Extranjería y Migración el término del contrato de trabajo en virtud del cual se otorgó en un principio dicha visa.

Para el trabajador migrante del sector agrícola esta modalidad de visa temporaria tiene relevancia, ya que en consideración a las características mencionadas permite atenuar las restricciones que impone la visa sujeta a contrato de trabajo. Asimismo, entrega una modalidad de migración por causas laborales distinta a la anterior. En efecto, la visa de residencia temporaria por motivos laborales se adapta a la condición de temporero y baja calificación que representan los trabajadores de este sector, mejor que cualquier otro modelo de visado reconocido por nuestra legislación.

1.3.3. Permanencia definitiva

Como ya se ha señalado, este permiso autoriza a los extranjeros a radicarse en el país indefinidamente y realizar todo tipo de actividades lícitas, sin más limitaciones que aquellas establecidas por las disposiciones legales y reglamentarias¹⁹³. Cabe señalar que pueden acceder a esta visa tanto el titular del permiso de residencia como los dependientes de este último.

Para su otorgamiento es necesario cumplir con determinados requisitos. En primer lugar, el solicitante debe tener la intención de radicarse de manera indefinida en Chile, la cual se manifiesta por medio de la respectiva solicitud de permanencia definitiva. Segundo, el interesado debe cumplir con los requisitos propios de las visaciones de residencia que

¹⁹³ Artículo 41 del Decreto Ley N° 1.094.

otorgan el derecho a solicitar la permanencia definitiva. Así, el solicitante debe cumplir previamente, a lo menos, dos años con una visa de residencia sujeta a contrato; un año con una visa de residencia temporaria; o dos años con una visa de estudiante además de acreditar la obtención del respectivo título en Chile¹⁹⁴. Asimismo, es necesario que la visa de residencia se encuentre vigente, ya que debe presentar la solicitud 90 días antes de su vencimiento¹⁹⁵, y que el solicitante no se haya ausentado del país por más de 180 días durante el último año de vigencia de dicha visación¹⁹⁶. En tercer lugar, el solicitante debe acreditar un sustento económico con el objeto de que su permanencia en el país no se convierta en una carga social¹⁹⁷.

Respecto a la permanencia definitiva, cabe señalar que es muy difícil que un trabajador extranjero que se desempeña en el sector de la agricultura realizando faenas transitorias o de temporada contabilice los tiempos suficientes para acceder a este tipo de visa. La temporalidad y estacionalidad propias de este rubro condenan al trabajador agrícola y, particularmente al inmigrante, a radicarse durante un período acotado en Chile y durante el resto del año en su país de origen. De esta manera nunca le va a servir contabilizar los tiempos de la visa sujeta a contrato o la visa temporaria para acceder a la permanencia definitiva, ya que ésta se otorga, fundamentalmente, por la radicación durante un tiempo más prolongado que el que permiten los ciclos de trabajo en la agricultura. De esta manera, incluso la nueva visa de residencia temporaria por motivos laborales otorga una temporalidad restringida al exigir la permanencia de un año, a lo menos, para solicitar la permanencia definitiva; período que no es compatible con el trabajo agrícola que, en general, se desarrolla entre cuatro a seis meses.

2. Conclusiones del capítulo

Este capítulo se detuvo en la revisión de la normativa de extranjería vigente en nuestro país. En particular, se analizaron los diversos tipos de visados que permiten a sus titulares realizar actividades remuneradas en Chile. Conforme a ello, se tomaron en cuenta las visas de residencia sujeta a contrato, residencia temporaria y permanencia definitiva relacionándolas, respectivamente, con la situación de los trabajadores inmigrantes del sector

¹⁹⁴ Artículo 82 inciso 1º del Decreto Supremo N° 597.

¹⁹⁵ Artículo 129 N° 3 del Decreto Supremo N° 597.

¹⁹⁶ Artículo 42 inciso 1º del Decreto Ley N° 1.094.

¹⁹⁷ Artículo 15 N° 4 en relación con el artículo 64 N° 4, ambos del Decreto Ley N° 1.094.

agrícola, con el objeto de determinar cuál de ellas se hace más asimilable a la experiencia de estos trabajadores. A partir de lo anterior, pueden exponerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, nuestro país en el ejercicio de su soberanía, cuenta con una normativa de extranjería que se asocia más a un enfoque de la seguridad nacional que de los derechos humanos de la persona inmigrante. Esta estructura legal no muestra conformidad con la magnitud de los actuales flujos migratorios que llegan al país ni tampoco con el estándar mínimo de protección del derecho internacional de derechos humanos.

En segundo lugar, el estatuto jurídico del trabajador migrante está muy condicionado por el tipo de visa que se le otorgue.

En tercer lugar, este escenario jurídico no se hace cargo de las condiciones de vulnerabilidad del trabajador migrante, ya que, en general, restringe las posibilidades de acceso al trabajo, dificulta la estabilidad en la permanencia por lo que facilita la irregularidad migratoria y produce desigualdades en los extranjeros al clasificarlos en categorías según su mayor o menor calificación. Por tanto, se jerarquiza la estructura del trabajo inmigrante en la cual aquellos que se ubican en los estratos más bajos se asientan en sectores informales del mercado laboral como es la agricultura y sufren mayor precariedad del trabajo.

En cuarto lugar, el procedimiento administrativo migratorio para la obtención de permisos de residencia es deficiente en cuanto tiene una escasa regulación en el Decreto Supremo N° 597 que constituye un cuerpo normativo de carácter reglamentario. Además, otorga un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa en la decisión de otorgar o no un determinado permiso de residencia que en la práctica prevalece sobre la aplicación supletoria de la Ley N° 19.880.

En quinto lugar, en cuanto al tipo de visa de residencia más asimilable a la situación de los trabajadores inmigrantes en el sector de la agricultura, se sostiene que la nueva visa de residencia temporaria por motivos laborales es la que mejor se adapta, ya que ésta se otorga al extranjero que tiene un contrato de trabajo, por lo que no necesita estar dentro de alguna de las categorías de trabajador con calificación que las otras visas temporarias exigen. Por otra parte, la terminación del contrato de trabajo no significa la caducidad de la visa, como sí ocurre con la visa sujeta a contrato de trabajo. Además, la nueva visa temporaria no obliga al trabajador a mantener el vínculo laboral con un solo empleador durante la vigencia de dicha visa. Todo lo anterior permite sostener que la visa temporaria por motivos laborales otorga mayor flexibilidad al extranjero tanto en el desarrollo de su trabajo como en su permanencia en Chile, por lo que se adapta, comparativamente, con un mayor facilidad a las condiciones del trabajador inmigrante que se desempeña en el rubro agrícola. No obstante lo anterior,

aún permanecen algunas dificultades en relación al tiempo de residencia de un año necesario para acceder a la residencia permanente.

En sexto lugar, cabe señalar que ninguna de las visas temporarias revisadas anteriormente fueron elaboradas teniendo en consideración la residencia de corta duración. En este sentido, ninguna de ellas se hace cargo de regular la migración laboral temporal, por lo que claramente no prevé una respuesta para la migración circular.

Por último, se considera que es necesaria la creación de un formato de visa que permita a los extranjeros desarrollarse laboralmente durante un tiempo breve en nuestro país, acotando la temporalidad en la residencia de estos trabajadores determinada por el tipo de labores que realicen. Sin embargo, ello debe ser el resultado de un cambio en el paradigma de la política migratoria chilena sobre cómo comprender la presencia de inmigrantes en nuestro país orientado hacia el respeto de los derechos humanos del inmigrante y que se traduzca en una reforma sustancial de la normativa que regula esta materia. Solo así, podrá regularse la residencia de inmigrantes en Chile de acuerdo con los estándares del derecho internacional y crecimiento sostenido de los flujos migratorios en el último tiempo.

CAPÍTULO 4. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES DEL SECTOR AGRÍCOLA

El objetivo de este capítulo es presentar algunos lineamientos para la protección de los trabajadores migrantes que se desempeñan como temporeros en la agricultura. Para ello, en la primera sección mostraremos algunos puntos problemáticos de la normativa de extranjería chilena en relación con la migración temporal y circular. En la segunda sección justificaremos la creación de un estatuto jurídico de protección para el trabajador migrante del sector agrícola, presentando elementos a considerar para su elaboración. Asimismo, se analizará el régimen de contratación y las condiciones laborales del trabajador migrante que se desempeña como trabajador agrícola de temporada en Chile. Por último, se hará un análisis crítico a la adopción de un modelo de visado para la migración laboral temporal y circular como un mecanismo de control de los flujos migratorios dirigido a reclutar mano de obra extranjera para programas de trabajadores agrícolas temporales. En la tercera sección expondremos distintas propuestas orientadas a la protección de los trabajadores migrantes del sector agrícola que se consideran como alternativas a la elaboración de un estatuto jurídico especial para este grupo de personas.

1. Puntos críticos en la legislación de extranjería vigente

La legislación de extranjería chilena, específicamente el Decreto Ley N° 1.094 y el Decreto Supremo N° 597, presenta un problema principal en relación al caso del trabajador migrante que se desempeña en labores agrícolas de temporada, que influye de manera concreta en una materia particularmente sensible para estas personas como es el disfrute de sus derechos fundamentales. Esto porque nuestra legislación de extranjería establece un sistema rígido de control de los flujos migratorios, principalmente, dirigido a una gestión de la movilidad laboral de largo plazo o con vocación de permanencia. De acuerdo con lo anterior, nuestra normativa no se ajusta adecuadamente a las diferentes modalidades de movilidad contemporáneas, tales como la migración laboral temporal y circular, al no contemplar una figura jurídica bajo la cual puedan ampararse las personas que realizan este tipo de desplazamientos.

Este problema se manifiesta en la tensión existente entre dos diferentes modelos de control de los flujos migratorios. En este sentido, por un lado, están los desplazamientos de personas que requieren una regulación flexible que reconozca ampliamente la libertad de circulación y que permita el ingreso de personas para residir y trabajar por períodos cortos

de tiempo. Por el otro, se encuentra nuestra normativa que establece un rígido marco de regulación a través de requisitos y condiciones para la entrada, permanencia y salida de extranjeros.

Teniendo en cuenta este escenario resulta necesario determinar, desde un punto de vista jurídico, cómo se adapta el trabajador migrante del sector agrícola a esta normativa que no tiene en consideración la flexibilidad o fluidez compatibles con la migración circular y cómo influye esta situación en el disfrute de los derechos de estos trabajadores migrantes.

Como se ha señalado anteriormente, entre los distintos formatos de visados que establece nuestra legislación de extranjería, la visa de residencia temporaria por motivos laborales es la que resulta más compatible con la situación del trabajador migrante del sector agrícola, ya que otorga un grado de flexibilidad que los demás permisos de residencia no contemplan¹⁹⁸. No obstante, este permiso de residencia sigue enmarcándose en un modelo normativo preferencialmente orientado a la gestión de una movilidad de carácter laboral con ánimo de permanencia. Esto trae como consecuencia algunas dificultades en relación con el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros que residen y trabajan por períodos cortos de tiempo en nuestro país. Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que el estatuto jurídico del extranjero y, particularmente, de aquél que ingresa por motivos laborales o económicos, se encuentra fuertemente determinado por el tipo de visa que se le otorgue.

Antes de todo, corresponde señalar que ni el Decreto Ley N° 1.094 ni el Decreto Supremo N° 597 contienen disposiciones que se pronuncien sobre la protección y garantías de los derechos fundamentales respecto de las personas extranjeras. En este sentido, su contenido jurídico se limita a establecer normas sobre control migratorio. Por tanto, resulta necesario buscar el marco de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución Política de la República.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 1 de la Constitución consagra la igualdad de dignidad y derechos a todas las personas sin distinguir entre nacionales y extranjeros. El artículo 5 inciso segundo del texto constitucional efectúa un reconocimiento formal de los derechos de todas las personas e integra al ordenamiento nacional los derechos consagrados en tratados internacionales que son vinculantes para Chile. De esta manera, se reconoce a las personas extranjeras la titularidad de los derechos fundamentales

¹⁹⁸ Lo anterior se desprende de las propias características de dicha visa, en cuanto su vigencia no está sujeta a la relación laboral con un único empleador. Así, el término del contrato de trabajo no significa el cese de la visa, lo que permite al trabajador realizar actividades con distintos empleadores durante el período en que el permiso se otorgue.

garantizados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, entre los cuales se encuentra el principio de igualdad ante la ley.

En materia laboral, el artículo 19, N° 16, de la Constitución establece la libertad de trabajo y su protección, a la vez que prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos¹⁹⁹. Por su parte, los incisos tercero, cuarto, quinto y sexto del artículo 2 del Código del Trabajo consagra el principio de igualdad y no discriminación²⁰⁰.

A partir de las disposiciones indicadas se desprende que los trabajadores migrantes pueden realizar, previo cumplimiento de las normas de extranjería, cualquier actividad laboral que no se encuentre prohibida por las leyes, gozando de igual protección y garantía que los trabajadores nacionales en el ejercicio de sus derechos.

No obstante lo anterior, nuestra legislación de extranjería admite, según se ha señalado en el capítulo anterior, una serie de distinciones que inciden en el ejercicio de los derechos laborales del extranjero. Entre ellas, por ejemplo, el cumplimiento de condiciones especiales en el contrato de trabajo que no se exigen respecto de los trabajadores nacionales, tales como la celebración del contrato ante notario y la mención de cláusulas obligatorias para el obtención de una visa de residencia temporaria por motivos laborales. En este sentido, por ejemplo, la cláusula de vigencia exige que el extranjero cuente con un contrato de trabajo al momento de solicitar la visa o al prorrogar su vigencia, lo que en cierta medida mantiene la dependencia de la vigencia de la visa a la existencia previa de un contrato de trabajo, al menos, en los dos momentos indicados.

Otro obstáculo que presenta es el rechazo o revocación de la visa en el caso de que ésta haya sido otorgada en virtud de declaraciones falsas como puede ser la simulación de la relación laboral con el objeto de obtener una visa de residencia temporaria por motivos

¹⁹⁹ Artículo 19, N° 16, incisos 1° y 2° de la Constitución Política de la República. Sin perjuicio de lo anterior, existen disposiciones que exigen el requisito de la nacionalidad chilena para ciertos empleos, por ejemplo, los vigilantes privados, nocheros, porteros y rondines según lo dispuesto en el Decreto Ley N° 3.607 de 1981, el Decreto Supremo N° 93 de 1985 y el Decreto Supremo N° 1.173 de 1994.

²⁰⁰ Artículo 2 incisos 3° y 4° del Código del Trabajo: "Son contrarios a los principios de las leyes labores los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, edad, sexo, 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 o la ocupación".

laborales²⁰¹. Por último, la prohibición de alojar o celebrar contratos de arrendamiento con extranjeros en situación irregular perjudica indirectamente a los extranjeros que no tienen un contrato de trabajo y restringe la posibilidad de que estas personas puedan acceder a viviendas en buenas condiciones.

Al respecto, DOMÍNGUEZ considera que “las normas especiales que se aplican al contrato laboral de los trabajadores migratorios y a su autorización de residencia violan los derechos mínimos de los trabajadores indocumentados, pues crean un régimen laboral de excepción, menos garantista y suficientemente flexible para negar los derechos del trabajador migrante gracias al desconocimiento del contrato laboral y promueven la irregularidad administrativa de estos trabajadores, al vincular el permiso de trabajo con un empleador específico”²⁰².

En lo que respecta al acceso a la salud, la Constitución consagra este derecho en su artículo 19 N° 9. Sin embargo, su regulación respecto de las personas inmigrantes se efectúa a través de una serie de acuerdos intersectoriales. Estos convenios de colaboración están enfocados a la protección de ciertos grupos que se encuentran en una condición de mayor vulnerabilidad, específicamente, los extranjeros en situación irregular, las mujeres inmigrantes embarazadas y los niños, niñas y adolescentes.

De esta manera, los extranjeros en situación irregular tienen derecho a la atención médica de urgencia²⁰³. Las mujeres embarazadas tienen derecho a ser atendidas en el consultorio que corresponda a su domicilio y a solicitar una visa de residencia temporaria por embarazo²⁰⁴. Los niños, niñas y adolescentes menores de dieciocho años tienen derecho a ser atendidos en establecimientos de salud de la red pública y, además, pueden acceder a

²⁰¹ Esta sanción se aplica en virtud del artículo 64, N° 2, del Decreto Ley N° 1.094 según el cual pueden rechazarse las solicitudes que presenten los peticionarios que hagan declaraciones falsas al solicitar las visaciones y sus prórrogas.

²⁰² DOMÍNGUEZ, C. (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? *Revista Chilena de Derecho*. 43(1): 210.

²⁰³ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2003a). Oficio circular N° 1.179 que informa la suscripción de acuerdos tendientes a resolver situaciones migratorias de ciudadanos extranjeros que se radican, de 28 de enero de 2003; y MINISTERIO DE SALUD. (2008). Oficio ordinario A-14 N° 3.229 sobre atención en salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular, de 11 de junio de 2008.

²⁰⁴ DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2003a). *Op. Cit.*; DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2003b). Oficio circular N° 6.232 que precisa sentido y alcance de Circular N° 1.179 del 18.01.03., de 26 de mayo de 2003; y MINISTERIO DE SALUD. (2008). *Op. Cit.*

un permiso especial de residencia temporaria en la medida que se encuentren inscritos en el consultorio correspondiente a su domicilio²⁰⁵.

Asimismo, la Circular A-15 N° 6, de 9 de junio de 2015, del Ministerio de Salud establece que los establecimientos del sistema público de salud deben otorgar atención y prestaciones a las personas inmigrantes, independientemente, de su situación migratoria en caso de que se trate de mujeres embarazadas hasta los doce meses después del parto, niños hasta los dieciocho años de edad, urgencias médicas respecto de todas las personas y prestaciones de salud pública que abarcan métodos de regulación de la fertilidad, vacunas, atención de enfermedades transmisibles y educación sanitaria.

En cuanto al acceso a una vivienda adecuada, cabe señalar que nuestro texto constitucional no contiene ninguna norma que consagre este derecho expresamente. No obstante, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones sobre acceso a la vivienda consagradas en los distintos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile. Actualmente, los extranjeros se encuentran integrados a los programas del gobierno para acceder a subsidios en la adquisición y arriendo de viviendas. Así lo disponen, respectivamente, el artículo 16 letra b) del Decreto Supremo N° 1 y el artículo 16 letra b) del Decreto Supremo N° 52, ambos del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Sin embargo, en los hechos existe una serie de obstáculos tanto jurídicos como prácticos que dificultan a los inmigrantes que trabajan en el sector agrícola a disfrutar del acceso a una vivienda adecuada.

En este sentido, ya se mencionó la sanción a que están sujetos los particulares que celebren contratos de arrendamiento con extranjeros que se encuentran en situación irregular²⁰⁶. Aun cuando, el trabajador migrante del sector agrícola se encuentre autorizado a celebrar contratos de arrendamiento, los propietarios o arrendadores exigen, generalmente, una serie de documentos y condiciones que los trabajadores migrantes del sector agrícola puede que no posean, tales como número de seguridad social, certificado de ingresos, contrato de trabajo, etc. Asimismo, cabe señalar que solamente pueden postular a los subsidios anteriormente mencionados los extranjeros con permanencia definitiva²⁰⁷.

²⁰⁵ MINISTERIO DE SALUD. (2007). Resolución exenta N° 512, de 30 de noviembre de 2007; y DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2008). Resolución exenta N° 1.914, de 10 de marzo de 2008.

²⁰⁶ Artículo 77 del Decreto Ley N° 1.094 y artículo 156 del Decreto Supremo N° 597.

²⁰⁷ De acuerdo con el artículo 16 letra a) del Decreto Supremo N° 19 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, solamente los extranjeros con permanencia definitiva pueden postular al acceso de los subsidios habitacionales mencionados.

Además, resulta necesario tener en consideración que el trabajador migrante del sector agrícola, por lo general, es un trabajador temporero, es decir, una persona extranjera que trabaja durante períodos cortos de tiempo en el país. Esto significa que en el mercado privado le es muy difícil encontrar un alojamiento para residir durante dicho período, ya que el propietario va a preferir celebrar un solo contrato de arrendamiento por un espacio de tiempo más extenso que, por lo general, consiste en un año. Esta situación conlleva a que, muchas veces, sea el empleador quien dispone de alojamientos para estos trabajadores. Sin embargo, usualmente, éstos consisten en galpones o contenedores insuficientemente adaptados como viviendas.

Por último, en materia de seguridad social se indicó anteriormente que nuestra legislación no distingue entre nacionales y extranjeros respecto de la incorporación al régimen previsional chileno, con la salvedades de los trabajadores técnicos extranjeros, en virtud de la Ley N° 18.156, y los trabajadores extranjeros que se sometan a las normas contenidas en convenios bilaterales o multilaterales de seguridad social²⁰⁸.

De acuerdo con lo anterior, se verifican algunas dificultades respecto de los trabajadores extranjeros que se rigen por la regla general y se encuentren afiliados a una institución previsional en Chile, tales como la prohibición de eximirse de realizar cotizaciones en nuestro país por encontrarse afiliado en su país de origen y la imposibilidad de retirar sus fondos previsionales antes de la edad de jubilación para efectos de trasladarlos en el caso de que el trabajador migrante decida regresar a su país.

Esta situación afecta a los trabajadores migrantes del sector agrícola, ya que, difícilmente, pueden realizar el retiro de los fondos correspondientes a las cotizaciones que enteren durante los períodos que trabajen en nuestro país. Asimismo, cabe tener en consideración que respecto de los trabajadores migrantes del sector agrícola se verifican, además, una serie de trabas que restringen en la práctica que estos trabajadores accedan al régimen de seguridad social en Chile. Entre estas dificultades, pueden mencionarse la probabilidad de

²⁰⁸ De acuerdo con CIFUENTES: “Entendemos a los convenios de seguridad social, como pactos o instrumentos de carácter internacional, suscritos por dos países, salvo que se trate de un convenio multilateral, que buscan resolver todos o parte de los requerimientos de seguridad social que pueden afectar a los trabajadores migrantes. Por esos tratados se persigue la mantención de la eficacia y oportuno reconocimiento de los períodos de afiliación que se han configurado en diferentes países, ya sea, cotizando, trabajando o simplemente residiendo, para dar lugar, en la oportunidad legal correspondiente, al derecho a una pensión por vejez, invalidez, sobrevivencia, muerte, prestaciones por salud, desempleo u otros, en un sistema de seguridad social específico”. Véase CIFUENTES, H. (1998). Tratados internacionales de seguridad social: convenios bilaterales. En: OLEA, M. *et al.* Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer Arteaga. Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, p. 17.

que estos inmigrantes se encuentren en situación irregular y las condiciones de precariedad e informalidad del mercado laboral agrícola en el que, muchas veces, no se cumple con la legislación en esta materia.

En consideración a lo anterior, los puntos críticos en la legislación de extranjería se manifiestan como verdaderas trabas o barreras jurídicas e institucionales que limitan el disfrute de los derechos fundamentales de los migrantes y, particularmente, de aquellos que se radican en nuestro país por períodos cortos de tiempo, como es el caso de los trabajadores migrantes del sector agrícola. En este sentido, puede sostenerse que aún cuando nuestro ordenamiento jurídico lograra una aproximación garantista de los derechos sociales y laborales de los trabajadores migrantes, permanecería un problema estructural de la legislación de extranjería en el sentido que ella está pensada para estancias largas y no para estancias cortas de residencia.

2. Justificación para la creación de un estatuto jurídico del trabajador migrante del sector agrícola

El trabajador migrante del sector agrícola reúne una doble condición de vulnerabilidad la cual deriva de su posición simultánea de migrante y temporero. Ésta determina tanto el régimen jurídico como los mecanismos de protección aplicables a este grupo de personas. Como se ha señalado anteriormente, la situación de vulnerabilidad del inmigrante está estrechamente relacionada con el hecho de que está sujeto a un trato jurídico distinto al de los nacionales²⁰⁹, más restrictivo en cuanto al ejercicio de determinados derechos, ya que está excluido del estatus de ciudadano²¹⁰.

Cabe señalar que esta situación adquiere connotaciones específicas en el caso del trabajador temporal. Conforme a lo anterior, las trabas de distinta índole que afectan, en

²⁰⁹ Sobre este punto, se sigue la diferenciación entre vulnerabilidad estructural y vulnerabilidad social poniendo énfasis en la primera. Según BUSTAMANTE, la vulnerabilidad estructural se refiere a la diferencia entre un nacional y un extranjero/inmigrante en sus relaciones con el Estado en el país de acogida, la cual se deriva del derecho soberano que cada país tiene para definir quién es un nacional y quién no. En esa diferenciación legítima, que establecen las leyes constitucionales de la mayoría de los países, está el origen estructural de la desigualdad en el acceso a los recursos del Estado entre los nacionales y los extranjeros o inmigrantes. Véase BUSTAMANTE, J. (2002). Migración, derechos humanos y vulnerabilidad la migración de México a Estados Unidos; de la coyuntura al fondo. En: SECRETARÍA GENERAL IBEROAMERICANA. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo. Madrid, España, SGI, p. 231.

²¹⁰ Al respecto, se tiene especialmente en consideración la clasificación que realiza Ferrajoli dentro de los derechos fundamentales entre derechos del hombre o de la personalidad y derechos del ciudadano o de la ciudadanía. Véase FERRAJOLI, L. (2004). Derechos y garantías. La ley del más débil. (4a. ed.). Madrid, España, Editorial Trotta, pp. 40-41 y 104-105.

general a los inmigrantes²¹¹, se intensifican en el caso de aquellos que se insertan en trabajos generalmente precarios e informales como la agricultura. Según se ha señalado, la incorporación de inmigrantes como mano de obra en este sector muchas veces está asociada a la irregularidad en la situación migratoria, informalidad contractual, aislamiento social y precariedad en las condiciones laborales que se manifiestan en bajas remuneraciones, extensión de la jornada laboral y deficiencias en materias de vivienda, alimentación, salud y seguridad social. Asimismo, existen casos en nuestro país en que la incorporación de inmigrantes al mercado laboral agrícola ha estado vinculada no solo a la vulneración de sus derechos en el ámbito laboral sino que, además, a la comisión de ciertos delitos como el tráfico ilícito de migrantes²¹².

²¹¹ El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de Naciones Unidas reconoce la vulnerabilidad estructural y señala que entre los principales obstáculos para el pleno disfrute de los derechos humanos de los migrantes se encuentran: (1) Obstáculos institucionales: ausencia de normas en la legislación nacional o su no aplicación; falta de atención concreta a los derechos de los migrantes en virtud de los diversos instrumentos internacionales; la no ratificación de las normas internacionales de derechos humanos; vulneración de los migrantes a causa de la debilidad de las organizaciones; impunidad y denegación de justicia; abusos de los derechos humanos en relación con las expulsiones; formación deficiente en materia de derechos humanos de los funcionarios de aplicación de la ley. (2) Obstáculos sociales: exclusión social; xenofobia y racismo; y prejuicios, estereotipos y chivos expiatorios. (3) Obstáculos económicos: discriminación en el mercado de trabajo; condiciones en determinados sectores económicos como el trabajo sexual, trabajo doméstico, y el trabajo agrícola y de temporada; los efectos de la mundialización. Véase COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1999). Informe del grupo de trabajo intergubernamental de expertos en los derechos humanos de los migrantes, presentado de conformidad con la resolución 1998/16 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/80, 9 de marzo de 1999, párrs. 79-101. Disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/112/85/PDF/G9911285.pdf?OpenElement>> (consulta: 2 diciembre 2016).

²¹² Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, 12 de marzo de 2013, RIT 67-2012 y Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santa Cruz, 8 de junio de 2015, RIT 31-2015. La primera causa trata sobre el ingreso ilegal de 43 ciudadanos peruanos, promovido y facilitado por el empresario, Eugenio Mujica, con el objeto de que trabajasen en su predio agrícola realizando labores de cosecha de ciruelas. Para ello, sostuvo, personalmente, con estas personas una serie de reuniones en Perú prometiéndoles una determinada remuneración, el pago de los pasajes de ida y de regreso a su país, alojamiento y alimentación. Estos extranjeros ingresaron irregularmente al país, ya que en el control migratorio, siguiendo las instrucciones dadas por el empresario, señalaron que su ingreso a Chile era en calidad de turistas siendo que, en realidad, venían a realizar actividades remuneradas. Finalmente, el tribunal resolvió condenar a Eugenio Mujica por el delito de tráfico de migrantes. La segunda causa en contra María Paz Fuenzalida y Blas Cardozo Bogado por ser autores de los delitos de tráfico ilegal de migrantes y trata de personas, versa sobre el ingreso irregular de un grupo de extranjeros de nacionalidad paraguaya, que incluía a dos menores de edad, junto a dos personas brasileñas a nuestro país entre el 11 de abril y el 16 de mayo del año 2011, quienes fueron invitados por Francisco Javier Errázuriz Talavera con el objetivo de reclutar trabajadores agrícolas de temporada en los fundos de propiedad del denominado "Grupo Errázuriz". En el control fronterizo estas personas fueron motivadas por Francisco Errázuriz a señalar que ingresaban al país por motivos turísticos, lo cual era falso, ya que en realidad lo hacían para trabajar. Una vez en sus lugares de trabajo, estas personas estuvieron sometidas a desfavorables condiciones laborales, no se celebraron

De acuerdo con lo anterior, puede reconocerse que los migrantes que trabajan en el sector de la agricultura en Chile se encuentran en una posición especial de vulnerabilidad, ya que se enfrentan a mayores situaciones de riesgo y, por tanto, más posibilidades de sufrir vulneraciones a sus derechos humanos. Estas situaciones se traducen en la necesidad de que el Derecho otorgue un tratamiento específico para intentar resolver la posición de inferioridad y desigualdad de hecho que afectan a las personas que conforman este grupo²¹³.

Cabe señalar que el Derecho internacional de los derechos humanos reconoce la existencia de grupos que presentan necesidades específicas de protección, respecto de los cuales deben establecerse medidas especiales para garantizar el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas²¹⁴. Entre éstos se encuentran, por ejemplo, los niños, las mujeres, las personas ancianas y las personas discapacitadas.

Por tanto, la importancia de identificar a esta categoría de migrantes como un colectivo sujeto a un mayor grado de vulnerabilidad radica en la necesidad de establecer mecanismos específicos que permitan garantizar la protección de los derechos humanos de estas personas. En relación con lo anteriormente señalado, esta sección sostiene la creación de un estatuto jurídico como una medida de protección adecuada para este grupo, entendido como el conjunto de derechos y deberes del que es titular una persona, que para los efectos de la presente tesis constituye el trabajador migrante del sector agrícola, frente al Estado con respecto a interferencias de terceros²¹⁵. Como consecuencia de ello, derivan una serie de

contratos de trabajo, no se les pagaron las cotizaciones previsionales, ni las remuneraciones extras por "trato". Además, percibían un sueldo inferior al mínimo legal, se realizaban una serie de descuentos ilícitos a sus remuneraciones, vivían en condiciones de hacinamiento y recibían escasa comida durante el día. Cabe destacar que el principal imputado en la causa sería Francisco Errázuriz Talavera pero se decretó el sobreseimiento temporal por enajenación mental. El tribunal dictó sentencia absolutoria a favor de ambos acusados por todos los cargos deducidos en su contra. Si bien, se logró establecer una serie de presupuestos fácticos y elementos típicos de las figuras ilícitas imputadas, que incluso alcanzaron para configurar el delito de tráfico de migrantes, no se pudo demostrar en todos los casos la participación culpable atribuida a ambos acusados.

²¹³ Sobre este punto, se sigue el pensamiento de Peces-Barba sobre las circunstancias que afectan a las personas que conforman los grupos vulnerables. Véase PECES-BARBA, G. (1999). Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid, España, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Especial del Estado, p. 181.

²¹⁴ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 37º período de sesiones. (1989). Observación general N° 18 No discriminación, 10 de noviembre de 1989. En: NACIONES UNIDAS. (2008). Instrumentos internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008, p. 234.

²¹⁵ Al respecto, se sigue el pensamiento de Alexy sobre los derechos a la acción positiva del Estado (prestaciones en sentido amplio) que comprenden el derecho a acciones positivas normativas y que, a la vez, pueden ser divididos en (i) derechos a protección, (ii) derechos a organización y procedimientos, y (iii) derechos a prestaciones en sentido estricto. La elaboración del estatuto jurídico se fundamenta, entonces, en la primera categoría de derechos que según Alexy son los derechos que alguien tiene frente al Estado "para que éste le proteja de intervenciones de terceros". En este sentido,

obligaciones que debe cumplir el Estado en relación con el trabajador migrante que se somete a su jurisdicción para realizar una actividad remunerada en el sector agrícola.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde destacar que esta sección, sin pretensión de exhaustividad, está enfocada a proporcionar algunos elementos que se estiman fundamentales para la construcción de dicho estatuto sobre la base de la normativa vigente, tomando en consideración, principalmente, el estándar del Derecho Internacional de los derechos humanos.

2.1. Principios

En esta materia resulta indispensable referirse, en primer término, al principio de igualdad y no discriminación. Según se ha señalado, el derecho internacional permite a los Estados otorgar un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros y entre extranjeros en situación regular e irregular siempre y cuando se cumpla con una serie de requisitos²¹⁶. Sin perjuicio de ello, cuando el principio en cuestión se aplica al trabajador migrante, la situación migratoria en que éste se encuentre deja de ser relevante para justificar la limitación de sus derechos humanos, ya que en su condición de trabajador es titular de los derechos que emanan de la propia relación laboral, independientemente, que la persona inmigrante se encuentre en situación irregular²¹⁷.

En el caso del trabajador migrante del sector agrícola existen dos estatutos que le son aplicables. Por un lado, el estatuto de extranjería y, por el otro, el estatuto laboral. Este último, a diferencia del primero, no puede ser mermado por la condición migratoria del extranjero. Por tanto, este trabajador migrante es titular de todos los derechos humanos laborales que consagra nuestro ordenamiento jurídico sin ningún tipo de distinción. Lo anterior conlleva a que el Estado esté obligado a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar, en la práctica, la igualdad en el ejercicio de estos derechos.

Los principios de legalidad y proporcionalidad son igualmente relevantes en la protección de los derechos de las personas frente a la actuación del Estado. De acuerdo con lo anterior,

los derechos a protección son mandatos para el Estado, es decir, se trata de derechos constitucionales frente al Estado para que éste haga algo ya sea normativamente o fácticamente. Así, la elaboración de un estatuto jurídico estaría dentro de las medidas normativas que el Estado puede adoptar para la protección, en este caso, de los derechos de los trabajadores migrantes del sector agrícola. Véase ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, p. 194-196 y 435-436.

²¹⁶ Que este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos. Véase CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, párr. 119.

²¹⁷ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, párrs. 133 y 134.

la actuación de los órganos administrativos debe sujetarse a una norma de rango legal previamente establecida a través de la función representativa del Congreso como máxima expresión de la voluntad soberana, es decir, los actos que significan la adopción de una medida restrictiva de los derechos humanos deben respetar el principio de legalidad²¹⁸.

Además, la actividad administrativa se encuentra sujeta al principio de proporcionalidad en virtud del cual debe existir una relación razonable entre el medio empleado y los fines de la medida implementada²¹⁹. Ahora bien, este principio se satisface en la medida que se cumplan los criterios de proporcionalidad en sentido estricto, razonabilidad y necesidad.

En primer lugar, la proporcionalidad en sentido estricto consiste en el ejercicio de un juicio de ponderación entre principios o valores²²⁰, esto es, que el sacrificio inherente a la medida restrictiva no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción. En segundo lugar, el criterio de la necesidad significa que la medida debe responder a una imperiosa necesidad social, a la vez que debe demostrarse que la medida utilizada es la menos restrictiva para la consecución del fin perseguido²²¹. Por último, la razonabilidad se refiere, en general, a la “constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado”²²². En este sentido, MARTÍNEZ y ZUÑIGA señalan que existe una relación de género a especie entre la idea de razonabilidad y la de proporcionalidad, ya que ésta resulta una consecuencia o manifestación de aquélla, mediante la cual se puede determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin²²³.

En definitiva, la importancia de los principios de legalidad y de proporcionalidad en el derecho administrativo radica en que permiten determinar si la actuación de la administración es discrecional o arbitraria. Cabe señalar que la discrecionalidad en los actos de la

²¹⁸ LAGES, R. (2012). *Op. Cit.*, p. 116.

²¹⁹ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” v. *Belgium*. *Op. Cit.*, párr 10.

²²⁰ ALEXY, R. (1993). *Op. Cit.*, p. 161.

²²¹ DULITZKY, A. (2007). El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. *Anuario de Derechos Humanos*, (3): 20. Disponible en: <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>> (consulta 11 diciembre 2016).

²²² LÓPEZ, J. (1988). El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Sevilla, España: Instituto García Oviedo, p. 117. *Apud*: SAPAG, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Dikaion*, 22(17): 180. Disponible en: <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1401>> (consulta: 30 diciembre 2016).

²²³ MARTÍNEZ, J. y ZUÑIGA, F. (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 9(1): 201. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art07.pdf>> (consulta: 30 diciembre 2016).

administración, es decir, la libertad para interpretar los enunciados normativos reservada a la autoridad administrativa, se encuentra permitida en la medida que sea conforme a lo establecido en la propia ley. De esta manera, cualquier actuación de la administración deja de ser discrecional y pasa a ser arbitraria cuando no es proporcional en sentido estricto, no es razonable, no es necesaria y, por sobre todo, cuando carece de habilitación legal.

2.2. Derechos y garantías

La definición general de trabajador migrante del sector agrícola presentada en el capítulo segundo de esta tesis, se compone por el contenido jurídico de derechos y obligaciones que se reconocen a las personas que integran este grupo en particular. Pese a que en el Derecho Internacional de los derechos humanos no existe un instrumento específico que reconozca la condición o estatus jurídico de trabajador migrante del sector agrícola, puede sostenerse que, efectivamente, se trata de un sujeto de Derecho²²⁴ que goza de un catálogo de derechos derivado directamente de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares junto con otros instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Cabe señalar que los Estados deben interpretar los derechos y las obligaciones de estos trabajadores migrantes conforme a la aplicación de los principios anteriormente revisados.

De esta manera, dentro del catálogo de derechos reconocido al trabajador migrante del sector agrícola como sujeto activo del estatuto en cuestión, se encuentran el derecho a un trato equitativo en relación con los nacionales del país receptor en materias de contratación, condiciones laborales, remuneración, extensión de la jornada y exigencias de salud y seguridad en el lugar de trabajo. Esta igualdad también comprende el acceso a la justicia, el derecho a la huelga y a la acción sindical, la libertad de asociación y afiliación a las organizaciones que representen a los trabajadores.

Asimismo, se reconoce la libertad de circulación respecto de los trabajadores migrantes. No obstante, resulta necesario distinguir entre trabajadores migrantes en situación irregular y regular. Los primeros, solamente tienen derecho a salir del Estado en que se encuentran y a

²²⁴ Respecto al concepto de sujeto de Derecho, Díez de Velasco, señala lo siguiente: “En lo que se refiere al concepto técnico jurídico de persona o sujeto, el Derecho Internacional no se aparta de la teoría general de la subjetividad jurídica. Si se entiende por sujeto de Derecho aquel que es destinatario de las normas jurídicas, aquel a quien estas normas atribuyen derechos y obligaciones (o, en general, situaciones jurídicas subjetivas, activas o pasivas), sujeto del Derecho Internacional lo es el titular de derechos y obligaciones conferidos por normas jurídicas internacionales”. Véase DIEZ DE VELASCO, M. (2001). Instituciones de Derecho Internacional Público. (13a. ed.). Madrid, España, Tecnos, p. 216.

regresar al Estado de origen y a permanecer en él. Los segundos, junto con los derechos indicados respecto de los trabajadores en situación irregular, además, son titulares del derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado receptor y a escoger en él su residencia.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales corresponde señalar que también se reconocen, únicamente, a los trabajadores migrantes en situación regular. Entre éstos destacan el acceso a la vivienda y a los servicios sociales y de salud.

Por su parte, el Estado tiene la obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos reconocidos a los trabajadores migrantes del sector agrícola sujetos a su jurisdicción, lo que implica el deber de adoptar medidas dirigidas al cumplimiento de esta obligación. Al respecto, la CIDH considera que:

“Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos²²⁵”.

De acuerdo con lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico, los trabajadores migrantes del sector agrícola se encuentran amparados por las garantías indispensables para la protección de sus derechos. Así, en el ámbito laboral se reconoce a los trabajadores extranjeros la titularidad de los mismos derechos de asistencia judicial que a los trabajadores nacionales. Ahora bien, dada la diversidad de instrumentos que regulan los derechos laborales de los trabajadores migrantes tanto a nivel interno como en el derecho internacional, la CIDH ha señalado que debe aplicarse la interpretación de dichas regulaciones que más favorezca al trabajador²²⁶.

No obstante, en sede administrativa, la protección de los derechos de los migrantes presenta importantes deficiencias, principalmente, en relación con el debido proceso en la aplicación de una de las sanciones que conlleva a la mayor afectación de derechos para un extranjero, como es la expulsión del país.²²⁷

²²⁵ Sentencia de la CORTE IDH, de 29 de julio de 1988, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C, Número 4, párr. 166.

²²⁶ “Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente. Véase CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. *Op. Cit.*, párr. 156.

²²⁷ Artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; artículos 8, 10, 11 N° 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos

Al respecto, la legislación de extranjería no establece un procedimiento acorde con las exigencias constitucionales y de derecho internacional en lo que se refiere a notificación de la expulsión, bilateralidad, presentación de pruebas e interposición de recursos, entre otras materias, junto con otorgar un amplio margen de discrecionalidad administrativa, en virtud del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.094²²⁸. De esta manera, resulta fundamental que este espacio de discrecionalidad se constituya a partir de criterios que propendan a la protección y garantía de los derechos de los trabajadores migrantes mediante la aplicación de instrumentos internacionales sobre derechos humanos²²⁹.

2.3. Obligaciones

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares no regula, expresamente, las obligaciones que tiene el trabajador migrante respecto del Estado de empleo. No obstante, éstas pueden inferirse a partir del enunciado de algunos derechos establecidos en la Convención²³⁰. Por otra parte, el artículo 34 se refiere a las obligaciones de los trabajadores migrantes, aunque conservando los términos generales, al señalar lo siguiente:

Civiles y Políticos; artículos 7, 8, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y artículos 18 al 22 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

²²⁸ BASSA, J. y TORRES, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, 13(2):117.

²²⁹ Así lo ha dispuesto la Corte Suprema en una sentencia que se pronuncia sobre un recurso de reclamación presentado por una mujer de nacionalidad peruana contra el Decreto de expulsión N° 119 de 2009 que fue notificado en 2013. La Corte consideró que aun cuando la orden de expulsión se haya fundado en una condena por la comisión de un hurto simple, prevaleció el hecho de que se trataba de una mujer con dos hijos menores de edad para acoger la reclamación. “Que por otro lado, no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de la reclamante, persona que tiene una pareja estable y dos hijos menores de edad, uno de ellos de nacionalidad chilena con problemas de salud que han requerido de hospitalización, de manera de ejecutarse la medida, ciertamente, se transgrede el interés superior de tales menores, al dictaminarse una medida que implicara la separación de su madre y perturbara su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes que se imponen para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta”. Véase Sentencia de 13 de enero de 2013, Rol N° 400-2013, considerando 9. *Apud*: BASSA, J. y TORRES, F. (2015). *Op. Cit.*, p. 119.

²³⁰ En este sentido, el artículo 33 párrafo 1 letra b) de la Convención señala que el trabajador migrante tiene derecho a que el Estado de empleo le proporcione información a cerca de: “los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado”.

“Artículo 34. Ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención [Derechos Humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares] tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de esos Estados”.

En virtud de esta disposición, la Convención reconoce la existencia de un conjunto de obligaciones que el trabajador migrante debe acatar, independientemente, de si se encuentra en situación migratoria regular o irregular y que se refiere al cumplimiento de las leyes y reglamentos que componen el ordenamiento jurídico nacional del país en que se encuentra.

De esta manera, los trabajadores migrantes del sector agrícola están compelidos tanto por la Constitución Política, en general, como por las demás leyes y reglamentos que les sean aplicables, específicamente, las que se refieren a extranjería y trabajo agrícola de temporada.

Así en materia laboral, el trabajador migrante del sector agrícola está obligado a cumplir con los deberes en su condición de trabajador. En este sentido, se encuentra obligado a dar cumplimiento al deber de obediencia, es decir, acatar y obedecer las instrucciones del empleador. Al respecto, THAYER y NOVOA consideran que “se hablaría mejor de la obligación del trabajador de reconocer el derecho de dirección del empleador”²³¹. Conforme a lo anterior, al trabajador le corresponde acatar las órdenes que imparta el empleador, cumplir con las disposiciones que establezca el reglamento interno de la empresa, con cierto comportamiento de respeto, cuidado y diligencia²³².

Además, estos trabajadores deben ejecutar de buena fe el respectivo contrato laboral, a partir de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil del que puede derivarse el deber del trabajador de no utilizar en su propio beneficio los bienes que el empleador le entregue con el objeto de realizar las faenas que correspondan.

2.4. Condiciones laborales del trabajador inmigrante en el trabajo agrícola de temporada

Este apartado revisa el régimen laboral de contratación del trabajador migrante que se desempeña en actividades de temporada en el sector agrícola y se analizan algunos

²³¹ THAYER, W. y NOVOA, P. (2015). Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo, Tomo III. (6a. ed.). Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 121.

²³² Artículo 160 N° 1 letras a), c), d) y e); N° 5; N° 6; y N° 7 del Código del Trabajo.

elementos relevantes de dicha regulación que inciden en las condiciones laborales de esta categoría de trabajadores.

2.4.1. Contrato y afiliación a sistemas de pensión y salud

Como se ha señalado anteriormente, el trabajador migrante del sector agrícola se somete a dos regímenes jurídicos. Por un lado, la normativa de extranjería en cuanto a la obtención de un permiso de residencia que le permita realizar actividades remuneradas y, por el otro, la legislación laboral en lo que respecta a la regulación del trabajo agrícola de temporada. En este último ámbito, se aplican íntegramente las disposiciones generales del Código del Trabajo y, en particular, aquellas sobre los trabajadores agrícolas de temporada²³³.

Conforme lo anterior, el trabajador migrante y el empleador deben celebrar un contrato de trabajo que debe escriturarse dentro de los cinco días siguientes a la fecha de incorporación del trabajador²³⁴. No obstante, si la duración de las faenas para las cuales se contrata al trabajador supera los veintiocho días, el empleador debe enviar una copia del respectivo contrato a la Inspección del Trabajo, dentro de los cinco días siguientes a la escrituración del mismo.

Generalmente, la duración del contrato de trabajadores agrícolas de temporada se concreta con una duración definida. En este sentido, el contrato suele celebrarse a plazo fijo, o bien, por una obra o faena determinadas. La primera modalidad tiene por objeto la ejecución de labores con un plazo fijo de término el cual, por regla general, no puede exceder de un año²³⁵. La segunda modalidad tiene una vigencia que depende del tiempo que demore la realización de la obra o faena específicas²³⁶.

Corresponde destacar que la celebración del contrato de trabajo para el trabajador migrante del sector agrícola constituye un factor fundamental que determina tanto las condiciones laborales a las que se somete como la situación migratoria en que se encuentra.

²³³ Artículos 93 a 95 bis del Código del Trabajo.

²³⁴ Corresponde destacar que en virtud del artículo 9 incisos 1º y 2º del Código del Trabajo, el contrato de trabajo es de carácter consensual, es decir, se perfecciona por el solo acuerdo de las partes. Así, la obligación del empleador de escriturar el contrato dentro de los plazos legales se justifica, por un lado, para otorgar certeza jurídica a las partes sobre los derechos y obligaciones que les corresponden y, por el otro, para fines probatorios pero no para la validez de su existencia. Véase DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2003). Ordinario N° 1124/29, de 27 de marzo de 2003. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62866.html>> (consulta: 14 diciembre 2016).

²³⁵ Artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo.

²³⁶ Artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo.

Respecto del tratamiento previsional y de seguridad social, el trabajador migrante del sector agrícola se rige por el Decreto Ley N° 3.500. En efecto, estos trabajadores se amparan en el sistema de seguridad social y están obligados a efectuar cotizaciones por accidentes del trabajo o enfermedad profesional, seguro de cesantía, prestaciones de salud, pensiones de vejez, invalidez y muerte o supervivencia. Por tanto, el empleador se encuentra obligado a declarar y pagar las imposiciones en el organismo de previsión que corresponda²³⁷.

Como se ha señalado anteriormente, puede darse el caso de que el extranjero esté autorizado a trabajar mientras su solicitud de permiso de residencia temporaria o sujeta a contrato se encuentre en trámite, mediante la entrega de una tarjeta especial de trabajo²³⁸. Ahora bien, si el trabajador migrante no se encuentra afiliado al sistema de pensiones que establece el Decreto Ley N° 3.500, las cotizaciones previsionales se enterarán en la AFP que éste señale. Para ello debe adjuntar una copia del contrato de trabajo, la tarjeta especial de trabajo, en caso de que se le hubiere otorgado, y copia del acta de la Inspección del Trabajo que instruye el pago de las cotizaciones previsionales, ingresando los datos del trabajador con el número de pasaporte, si a la fecha aún no cuenta con una cédula de identidad²³⁹.

En caso de que el trabajador se encuentre autorizado para realizar actividades remuneradas en virtud de un permiso especial de trabajo pero aún no posea su cédula de identidad o RUT, se ha establecido que las AFP deben recibir el pago de las cotizaciones adeudadas con anterioridad al pago a la obtención de la cédula, sin recargos por el retraso en el pago^{240 241}.

²³⁷ “De consiguiente, si el trabajador extranjero presta sus servicios personales, intelectuales o materiales bajo subordinación y dependencia, el empleador está obligado a dar cumplimiento a todas las normas laborales y previsionales vigentes, entre ellas, la del artículo 19 del Decreto Ley N° 3.500, sin que tenga incidencia alguna la circunstancia de que el trabajador no reúna los requisitos de extranjería sobre residencia o permanencia legal”. Véase DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2012). *Op. Cit.*

²³⁸ Artículo 135 bis del Decreto Supremo N° 597.

²³⁹ GONZÁLEZ, X. (2014). Relación laboral de los extranjeros en Chile: cómo se encuentra normada la contratación de los extranjeros en Chile y cuáles son las condiciones que un empleador debe cumplir para tener una correcta relación laboral con un extranjero, cuál es la normativa en materia previsional que los regula. *Revista Manual de Consultas Laborales y Previsionales*, (355): 34.

²⁴⁰ *Ibidem*. Ello se debe a que la imposibilidad de enterarlas en el plazo establecido no es imputable al empleador ni al trabajador, siendo necesario asegurar el entero de imposiciones desde el inicio de la prestación de servicios.

²⁴¹ SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. (2004). Dictamen ordinario N° FIS-707 que informa sobre forma de efectuar cotizaciones a trabajadores extranjeros que al inicio de la relación laboral no cuentan con cédula de identidad, de agosto de 2004. En: DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE

En cuanto a la afiliación de estos trabajadores al seguro público de salud, en primer lugar, resulta necesario señalar que el trabajador migrante debe tener una visa de residencia sujeta a contrato, de residencia temporaria o un permiso de trabajo provisorio durante el tiempo de tramitación del respectivo permiso que lo autorice a realizar trabajos como dependiente. Como se señaló anteriormente, los extranjeros que realicen labores en virtud de un contrato de trabajo en nuestro país se rigen por las normas laborales y previsionales, sin discriminación alguna, por lo que están afectos al pago de la cotización del siete por ciento de sus ingresos mensuales para previsión en salud. Así, para que estos trabajadores se incorporen al sistema público de salud deben tener asignado, previamente, un número de atención provisorio, en virtud de la tarjeta especial de trabajo, o bien, un RUT otorgado de acuerdo a la respectiva visa de residencia. En caso de que el trabajador extranjero no posea RUT, debe presentar el pasaporte para acreditar la identidad de la persona. Además, debe adjuntar las planillas de cotizaciones de pensión canceladas con el número de identificación provisorio entregado por la respectiva AFP, junto con la solicitud de residencia timbrada y vigente.

2.4.2. Extensión de la jornada laboral

Los trabajadores agrícolas de temporada se encuentran sujetos a la jornada ordinaria de trabajo la cual no puede exceder de cuarenta y cinco horas semanales²⁴². Este máximo semanal tampoco puede distribuirse en más de seis ni en menos de cinco días por semana y no puede exceder de diez horas diarias²⁴³. Por regla general, esta jornada no puede distribuirse de manera tal que incluya los días domingo y festivos. Cabe señalar que la jornada constituye un elemento esencial del contrato de trabajo por lo que su duración y distribución deben estar estipuladas en el mismo²⁴⁴.

Así, estos trabajadores no se someten a la jornada especial de los trabajadores agrícolas permanentes que establece el artículo 88 del Código del Trabajo, que permite modificar la distribución del tiempo de trabajo según las modalidades que señale el Decreto Supremo N°

PENSIONES. Boletín estadístico N° 181, Chile, SAFP, p. 18. Disponible en: <http://www.spensiones.cl/portal/informes/581/articles-3205_pdf.pdf> (consulta 16 diciembre 2016).

²⁴² Artículo 22 inciso 1° del Código del Trabajo.

²⁴³ Artículo 28 del Código del Trabajo.

²⁴⁴ Artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo.

45, de 16 de mayo de 1986, del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social²⁴⁵, de acuerdo con las características de la zona o región, condiciones climáticas y demás circunstancias propias de la agricultura.

En materia de descansos, estos trabajadores tienen derecho a descansar dentro de la jornada laboral durante un período, como mínimo, de media hora para la colación²⁴⁶. Asimismo, deben tener descanso entre jornadas, es decir, entre el término de un día laboral y el inicio del siguiente. Por último, los trabajadores tienen derecho a un descanso semanal, el cual tiene lugar fuera de la jornada de trabajo y comprende, por regla general, los días domingos y aquellos que la ley declare festivos²⁴⁷.

2.4.3. Remuneraciones

La remuneración constituye la contraprestación en dinero y las adicionales en especie evaluables en dinero que efectúa el empleador al trabajador por sus servicios prestados y que tiene como causa el contrato de trabajo²⁴⁸. En relación con los trabajadores agrícolas de temporada se aplica la regulación general en materia de remuneración. En efecto, el contrato de trabajo debe contener de manera clara y precisa el monto, forma y período de pago de la remuneración acordada²⁴⁹. El sueldo constituye un tipo de remuneración y se define como el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato²⁵⁰. Corresponde señalar que el monto mensual del sueldo no puede ser inferior al ingreso mínimo mensual establecido para trabajadores contratados por jornada laboral ordinaria completa²⁵¹.

Además, existen otros tipos de remuneración tales como el sobresueldo, comisión, participación y gratificación²⁵². En cuanto a la gratificación legal en relación con la actividad agrícola de temporada se aplica la norma general del artículo 47 del Código del Trabajo. Sin embargo, el enunciado de la norma no se ajusta al caso del trabajador agrícola de temporada, ya que ésta se refiere a la obligación que tiene el empleador, en la medida que

²⁴⁵ CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. (1986). Decreto Supremo N° 45 que aprueba reglamento para la aplicación de los artículos 135 y 136 del Decreto Ley N° 2.200, de 16 de mayo de 1978 (actuales artículos 88 y 89 del Código del Trabajo).

²⁴⁶ Artículo 34 del Código del Trabajo.

²⁴⁷ Artículo 35 inciso 1° del Código del Trabajo.

²⁴⁸ Artículo 41 inciso 1° en relación con el artículo 7, ambos del Código del Trabajo.

²⁴⁹ Artículo 10 N° 4 del Código del Trabajo.

²⁵⁰ Artículo 42 letra a) del Código del Trabajo.

²⁵¹ Artículo 44 inciso 3° del Código del Trabajo.

²⁵² Artículo 42 letras b), c), d) y e) del Código del Trabajo.

se verifiquen los requisitos que indica, de gratificar anualmente a sus trabajadores. El contenido de esta disposición no es compatible con la realidad del trabajo agrícola de temporada, ya que esta actividad se realiza solo durante algunos meses al año acorde con los ciclos de producción.

Al respecto, la Dirección del Trabajo ha señalado que en este caso se aplica el artículo 52 del Código del Trabajo, en virtud del cual debe pagarse a los trabajadores que efectúan actividades en un período inferior a un año, la gratificación en proporción al tiempo laborado²⁵³.

En el caso del trabajador agrícola de temporada, la remuneración puede estar constituida por especies avaluables en dinero las cuales solo pueden ascender hasta un cincuenta por ciento del total de la remuneración²⁵⁴. Por lo general, la remuneración en el trabajo agrícola de temporada se fija a partir del tiempo trabajado o la ejecución de una obra²⁵⁵. En el primer caso, el trabajador percibe una remuneración determinada que está dada por el la duración de la prestación del servicio. En el segundo, la remuneración está sujeta a la cantidad y calidad de la producción del trabajador durante la jornada de trabajo acordada.

El artículo 95 del Código del Trabajo establece una serie de obligaciones que el empleador debe cumplir respecto del trabajador agrícola de temporada y que se refieren a ciertas prestaciones en favor de este último y que resultan fundamentales para el trabajador migrante las cuales, en ningún caso, forman parte de la remuneración.

En efecto, el empleador debe proporcionar al trabajador condiciones adecuadas e higiénicas de alojamiento. Esta obligación es importante respecto de los trabajadores migrantes, ya que, difícilmente, éstos pueden acceder a un lugar habitacional por no contar con los medios económicos suficientes, o bien, por su propia naturaleza de extranjeros temporales. Ahora bien, corresponde destacar que esta obligación no se cumple solamente con el hecho de proporcionar una vivienda o habitación al trabajador temporero, sino que además, es necesario que este lugar cumpla con las condiciones higiénicas suficientes que permitan habitar en él adecuadamente.

Asimismo, el empleador debe otorgar las condiciones que permitan mantener, preparar y consumir alimentos y en caso de que los trabajadores no puedan adquirir estos alimentos, el

²⁵³ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1996a). Ordinario N° 4299/177, de 29 de julio de 1996. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88554.html>> (consulta: 17 diciembre 2016).

²⁵⁴ Artículo 91 del Código del Trabajo. Al respecto, corresponde señalar que la Resolución Exenta N° 170 de 14 de agosto de 1974 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social fija los valores de las regalías que se otorgan a los trabajadores agrícolas.

²⁵⁵ Artículo 44 inciso 1° del Código del Trabajo.

empleador deberá proporcionárselos²⁵⁶. También debe entregar la información suficiente a los trabajadores respecto del uso y manipulación de pesticidas, plaguicidas y otros productos tóxicos que manipule en la realización de sus labores. Además, debe proporcionar a los trabajadores, implementos y medidas de seguridad para protegerse de aquellos y los productos de aseo necesarios para su completa remoción. Por último, el empleador debe poner a disposición de los trabajadores los medios de transporte que se estimen necesarios entre el lugar de alojamiento del trabajador y la ubicación de las faenas.

2.4.4. Libertad sindical

Respecto al derecho de sindicación de los trabajadores migrantes en las actividades agrícolas de temporada, en primer lugar, corresponde indicar que el artículo 19, N° 19, de la Constitución Política²⁵⁷ asegura a todas las personas el derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley. Conforme a lo anterior, la norma no distingue entre trabajadores nacionales y extranjeros en el reconocimiento de este derecho, así como tampoco excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a los trabajadores agrícolas de temporada. Por su parte, el Código del Trabajo reconoce como titular del derecho de asociación sindical a los trabajadores del sector privado²⁵⁸. Al respecto, la Dirección del Trabajo ha señalado que:

“Tanto la norma constitucional [artículo 19, N° 19, de la Constitución Política] como la legal [artículo 212 del Código del Trabajo], citadas, no hacen ninguna clase de discriminación,

²⁵⁶ Esta obligación debe relacionarse con el artículo 28 del Decreto Supremo N° 594, de 29 de abril de 2000, del Ministerio de Salud: “Cuando por la naturaleza o modalidad del trabajo que se realiza, los trabajadores se vean precisados a consumir alimentos en el sitio de trabajo, se dispondrá de un comedor para este propósito, el que estará completamente aislado de las áreas de trabajo y de cualquier fuente de contaminación ambiental y será reservado para comer, pudiendo utilizarse además para celebrar reuniones y actividades recreativas. El empleador deberá adoptar las medidas necesarias para mantenerlo en condiciones higiénicas adecuadas. El comedor estará provisto con mesas y sillas con cubierta de material lavable y piso de material sólido y de fácil limpieza, deberá contar con sistemas de protección que impidan el ingreso de vectores y estará dotado con agua potable para el aseo de manos y cara. Además, en el caso que los trabajadores deban llevar su comida al inicio del turno de trabajo, dicho comedor deberá contar con un medio de refrigeración, coccinilla, lavaplatos y sistema de energía eléctrica”.

²⁵⁷ Artículo 19, N° 19, inciso 1° de la Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria”.

²⁵⁸ Artículo 212 del Código del Trabajo: “Reconócese a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas”.

para los efectos de ejercer el derecho a sindicación, relativa a la nacionalidad de los trabajadores²⁵⁹.

Estas organizaciones sindicales se constituyen y denominan en función de los trabajadores que se afilien a ellas. De acuerdo con el artículo 216, letra d), del Código del Trabajo se establece expresamente que puede formarse un sindicato de trabajadores eventuales o transitorios el cual se define como aquél constituido por trabajadores que realizan labores de dependencia o subordinación en períodos cíclicos o intermitentes²⁶⁰.

En cuanto al derecho a negociar colectivamente cabe señalar que se encuentra consagrado como un derecho fundamental en el artículo 19, N° 16, de la Constitución Política²⁶¹.

A nivel del Código del Trabajo, la negociación colectiva de los trabajadores con contrato de temporada, por obra o servicio ha sido materia de reciente modificación, por medio de la Ley N° 20.940²⁶², vigente a partir del 1 de abril de 2017. Precisamente, uno de los principales cambios introducidos por esta ley consiste en la extensión del ámbito subjetivo del derecho a negociación colectiva eliminándose del catálogo de trabajadores con prohibición de negociar colectivamente a aquellos que se contraten exclusivamente para el desempeño en una obra o faena transitoria o de temporada. Así, los trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, pueden negociar colectivamente conforme al procedimiento de negociación colectiva no reglada establecido en el artículo 314 del Código del Trabajo²⁶³, o

²⁵⁹ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1997). Ordinario N° 1217/59, de 11 de marzo de 1997. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-87991.html>> (consulta: 18 diciembre 2016).

²⁶⁰ Artículo 216 letra d) del Código del Trabajo.

²⁶¹ Artículo 19, N° 16, incisos 5° y 6° de la Constitución Política de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de trabajo y su protección. (...) La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella. No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

²⁶² CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (2016). Ley N° 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales, de 8 de septiembre de 2016.

²⁶³ Artículo 314 del Código del Trabajo: “Negociación no reglada. En cualquier momento y sin restricciones de ninguna naturaleza, podrán iniciarse entre uno o más empleadores y una o más organizaciones sindicales, negociaciones voluntarias, directas y sin sujeción a normas de

bien, de acuerdo con el procedimiento especial de negociación colectiva regulado en las disposiciones del Capítulo II, Título V, Libro IV, del Código del Trabajo.

En todo caso, las empresas tienen la obligación de someterse a este último procedimiento de negociación colectiva cuando la obra o faena transitoria a que se trate tenga una duración superior a doce meses.

Cabe mencionar que tanto el procedimiento de negociación colectiva no reglada del artículo 314 como el procedimiento especial de negociación colectiva regulado a partir del artículo 365 del Código del Trabajo no contemplan derecho a fuero ni derecho a huelga. En este sentido, la organización sindical que se sujeta a una negociación colectiva no reglada se somete a un procedimiento de carácter informal, no reglamentado, sin sujeción a derechos, obligaciones y prerrogativas legales. En cambio, a través del procedimiento especial de negociación, la organización sindical de trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria se sujeta a disposiciones que regulan, entre otras materias, la forma de dar inicio a la negociación y el contenido del proyecto de convenio colectivo, el deber de presentar la respuesta del empleador, las reuniones que se susciten entre las partes con el objeto de llegar a un acuerdo, el procedimiento de mediación llevado a cabo por la Inspección del Trabajo, las materias que aborde la negociación y el término de la misma.

2.4.5. Limitación de contratación de extranjeros

Como se ha señalado en el capítulo anterior, el Código del Trabajo establece una limitación a la nacionalidad enfocada a determinar el porcentaje mínimo de trabajadores chilenos que sirven a un mismo empleador, regulada en sus artículos 19²⁶⁴ y 20²⁶⁵. En este sentido, a lo menos, un 85 por ciento del total de los trabajadores sujetos a un mismo empleador deben ser de nacionalidad chilena, salvo que éste no ocupe más de 25 trabajadores.

procedimiento, para convenir condiciones comunes de trabajo y remuneraciones, por un tiempo determinado”.

²⁶⁴ Artículo 19 del Código del Trabajo: “El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena. Se exceptúa de esta disposición el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores”.

²⁶⁵ Artículo 20 del Código del Trabajo: “Para computar la proporción a que se refiere el artículo anterior, se seguirán las reglas que a continuación se expresan: 1) se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente; 2) se excluirá al personal técnico especialista; 3) se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y 4) se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales”.

Para el objeto de determinar el cómputo, se considera la totalidad de trabajadores, sean nacionales o extranjeros, que ocupa un empleador dentro del territorio nacional, exceptuándose, según se ha señalado, el caso del empleador que no ocupa más de 25 trabajadores. Se excluye para estos efectos, al personal técnico especialista que sea extranjero, por lo que sólo deben contabilizarse en el cálculo a los chilenos y los extranjeros no especialistas. Por último, se considera como chileno al extranjero no especialista cuyo cónyuge o hijos sean chilenos, o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno; y al extranjero residente por más de cinco años en el país.

Respecto a lo que debe entenderse por personal técnico extranjero la Dirección del Trabajo señala lo siguiente:

“Dentro del concepto de ‘personal técnico especialista’ el fiscalizador deberá considerar incluido el personal ‘calificado’ de la empresa, es decir, a todo aquel trabajador que preste servicios que sean el resultado de la aplicación de un conocimiento o de una técnica que importe un nivel significativo de especialización o estudio”²⁶⁶.

Asimismo, en cuanto a la naturaleza jurídica de la regulación que limita la contratación de trabajadores extranjeros, la Dirección del Trabajo entiende que:

“En Chile no procede ninguna discriminación o diferencia, en lo que a trabajo se refiere, que no encuentre su origen en casos específicamente contemplados en una ley.

De esta forma, no existe un impedimento relacionado con la nacionalidad en sí de un individuo, sino que solamente existe una proporción, dentro del personal total de una empresa que debe ser servida por trabajadores del país”²⁶⁷ (*sic*).

En el ámbito del trabajo agrícola, ciertamente, las características estacionales, climáticas y geográficas sumadas a las problemáticas de explotación laboral referentes a la informalidad del trabajo, los bajos salarios y la prolongación de las jornadas laborales, entre otras, han posicionado este rubro como uno en el que los trabajadores nacionales no quieren desempeñarse.

Así, desde un tiempo a esta parte, ha surgido la posibilidad de aumentar el límite de trabajadores extranjeros que establece el artículo 19 del Código del Trabajo con el objeto de suplir el déficit de mano de obra nacional existente en ciertos sectores del mercado laboral

²⁶⁶ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1996b). Ordinario N° 6307/282, de 15 de noviembre de 1996. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88707.html>> (consulta: 13 julio 2017).

²⁶⁷ DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1993). Ordinario N° 6.308/357, de 14 de noviembre de 1993. *Apud*: SÁEZ, F. (2001). El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales. En: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Boletín Oficial N° 154, Santiago, Chile, p. 8. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-62324_recurso_1.pdf>(consulta: 13 julio 2017).

nacional, como ocurre con la agricultura. Sin embargo, puede considerarse que una modificación como ésta vendría a legitimar el asentamiento de inmigrantes en nichos laborales de explotación y precarización. De esta manera, resulta necesario que dicho aumento del límite legal de trabajadores extranjeros en empresas nacionales venga asociado, más bien, a una reforma sustancial de la legislación de extranjería vigente junto con la definición concreta de una política migratoria acorde con la protección de los derechos humanos del inmigrante. De no ser así, se caería en el mismo error de adoptar medidas que atienden una necesidad circunstancial pero que no resuelven los problemas de fondo de nuestra legislación migratoria.

2.5. Críticas a la adopción de un modelo de visa para la migración laboral temporal y circular impulsado por programas de reclutamiento de trabajadores temporales

La adopción de programas de migración laboral temporal y circular que faciliten la incorporación de trabajadores migrantes en la actividad agrícola con el objeto de suplir las necesidades de mano de obra, ha sido una práctica incentivada e implementada, en su mayoría, por países occidentales, principalmente de Norteamérica y Europa, a partir de la segunda mitad del siglo pasado²⁶⁸.

El principal argumento que presentan los países de empleo para justificar la aplicación de estos programas se funda en el concepto de la “triple ganancia”²⁶⁹. Esta idea supone que la circularidad migratoria representa un beneficio compartido para los actores involucrados, es decir: el país receptor, el país de origen y los migrantes. De esta manera, el país receptor satisface la demanda de trabajadores en sectores intensivos y de alta estacionalidad a la vez que reduce el flujo de migrantes en situación irregular. Por su parte, el país de origen obtiene divisas a través del envío de remesas por parte del trabajador desde el país de empleo. Por último, estos programas permiten a la persona migrante acceder a un trabajo con un ingreso, posiblemente, mayor al que percibiría en su país de origen, además de adquirir conocimientos específicos en el rubro.

²⁶⁸ Así, entre estos programas pueden mencionarse los contratos en origen en España, el PTAT en Canadá, el H-2A en Estados Unidos y los contratos OMI en Francia.

²⁶⁹ VERTOVEC, S. (2007). Circular Migration: The Way Forward in Global Policy? *Working Papers*, Volume 4, p. 2. Disponible en: <<https://www.imi.ox.ac.uk/publications/wp-04-07>> (consulta: 19 diciembre 2016).

Asimismo, distintas organizaciones internacionales muestran una postura a favor de la implementación de estos programas²⁷⁰. En este sentido, la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales ha recomendado lo siguiente:

“Los Estados y el sector privado deben considerar la opción de introducir programas de migraciones temporales cuidadosamente diseñados como medios para colmar necesidades económicas de los países de origen y de destino”²⁷¹.

Sin embargo, el estudio de los programas para la migración laboral temporal y circular permite visibilizar un discurso que se queda en lo retórico, ya que el argumento del beneficio compartido esconde un modelo de gestión utilitarista de la circulación de mano de obra que beneficia principalmente al país de empleo²⁷². En efecto, con estos programas de migración temporal los Estados receptores aseguran, por un lado, el ingreso disciplinado de extranjeros en situación regular para cubrir la demanda de mano de obra en mercados laborales de difícil ocupación y, por el otro, reducen los efectos negativos en cuanto a los costos de prestación de derechos asociados a la permanencia definitiva de inmigrantes y restringen su residencia mediante la obligación de retorno al término de la temporada de trabajo²⁷³.

Ahora bien, centrando la atención en el tercer actor dentro del contexto de la triple ganancia, se presentan algunas críticas a la implementación de estos programas en Chile desde una perspectiva de los derechos humanos de los trabajadores migrantes.

En primer lugar, corresponde señalar que la situación regular de estos migrantes circulares depende directamente de la vigencia del contrato con sus empleadores. Lo anterior implica que estos sistemas de reclutamiento y suministro de trabajadores para el

²⁷⁰ SÁNCHEZ, E. y FAÚNDEZ, R. (2011). Migración laboral temporal y circular y codesarrollo: estudio de caso de una articulación posible. *Migraciones*, 30(2011): 47.

²⁷¹ COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES. (2005). Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar, p. 17. Disponible en: <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/222.html> (consulta: 19 diciembre).

²⁷² MORICE, A. (2004). Le travail sans le travailleur. *Plein Droit*, (61): 2. Apud: DÉCOSSE, F. (2015). Migración circular, (in)movilidad laboral y unfree labour: una reflexión a partir del caso de los contratos OMI en Francia. En: SÁNCHEZ, M. y LARA, S. (Eds.). Los programas de trabajadores agrícolas temporales ¿Una solución a los retos de las migraciones en la globalización?, México, Instituto de Investigaciones Sociales y Universidad Nacional Autónoma de México, p. 266. “(...) el ‘utilitarismo migratorio’, es decir, la ‘propensión de las sociedades a resolver la cuestión migratoria principalmente a partir del beneficio que esperan sacar del uso de la fuerza de trabajo de los migrantes’” (traducción de Frédéric Décosse). Disponible en: http://ru.iis.sociales.unam.mx/jspui/bitstream/IIS/5229/1/progr_trabaj_agricolas.pdf (consulta: 19 diciembre 2016).

²⁷³ LÓPEZ, A. y SÁNCHEZ, E. (2014). Contratación en origen de latinoamericanos en España: un marco flexible de gestión. *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, (106-107): 196. Disponible en: http://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/106_107/contratacion_en_origen_de_latinoamericanos_en_espaa_un_marco_flexible_de_gestion (consulta 20 diciembre 2016).

sector agrícola tengan un impacto negativo en el reconocimiento y protección de los derechos de los extranjeros que participan en ellos, en el sentido que restringen su libertad de trabajo y de movimiento dentro del mercado laboral.

Los trabajadores migrantes que son reclutados para desempeñarse durante un período determinado en estos programas laborales solo pueden realizar trabajos en el país receptor para el empleador con quien celebraron el respectivo contrato. Lo anterior se debe a que la autorización para residir temporalmente en el país depende directamente de la vigencia de dicho vínculo laboral, lo que obliga al trabajador a regresar a su país de origen una vez que se produce el término del contrato. A su vez, esto impide que el trabajador se desempeñe en actividades fuera del marco de estos programas en el país receptor si no es de manera irregular. De esta manera, estos programas incorporan la misma fórmula de la visa sujeta a contrato de trabajo, en el sentido que el permiso de residencia depende completamente de la vigencia del contrato laboral.

Como puede inferirse de lo señalado, el ingreso de estos trabajadores con permiso para radicarse temporalmente en el país receptor está sujeto a obligaciones y prohibiciones que restringen su libertad de circulación dentro del mismo. En este sentido, por una parte, los trabajadores deben permanecer en las zonas geográficas correspondientes a sus lugares de trabajo. Por la otra, tienen la obligación de regresar al país de origen al finalizar la temporada. Conforme a lo anterior, en el marco de estos programas no se acepta la movilidad libre y autónoma de los trabajadores migrantes, sino que su circulación está limitada a un sector económico específico, una zona geográfica y una duración determinada.

En segundo lugar, los migrantes circulares suelen estar sujetos a un estatuto jurídico distinto al de los demás trabajadores migrantes lo que se traduce en el reconocimiento limitado de derechos económicos y sociales. Esto se debe a que no existe claridad acerca de si estos migrantes se rigen por el estatuto de los extranjeros propiamente tales, o bien, por el correspondiente al de residentes permanentes o temporarios. La duda es legítima, ya que, por un lado, los migrantes circulares tienen derecho a realizar una actividad remunerada pero, por el otro, solo tienen permiso a residir en el país durante un período corto de tiempo²⁷⁴.

En tercer lugar, las condiciones laborales de estos trabajadores suelen ser menos favorables en relación a la de los nacionales. Si bien, en un plano formal los migrantes

²⁷⁴ CARENS, J. (2008). Live-in Domestic, Seasonal Workers, Foreign Students, and Others Hard to Locate on the Map of Democracy. *Journal of Political Philosophy*, 16(4): 424-425.

circulares son titulares de unos mismos derechos laborales, en el contexto cotidiano estos trabajadores sufren de un trato desigual. Cabe señalar que los migrantes circulares están sometidos a una serie de factores que, en la práctica, obstaculizan el acceso a unas adecuadas condiciones de trabajo, entre ellas, puede mencionarse la limitación temporal del permiso de residencia, aislamiento geográfico, intensidad del ritmo de trabajo, dependencia con el empleador y la propia condición de circularidad²⁷⁵.

Dentro de otro grupo de críticas, también puede considerarse que el proceso de inserción laboral de migrantes en este tipo de programas depende exclusivamente de la necesidad de mano de obra por parte de las empresas agrícolas. En este sentido, más que permitir el ingreso de extranjeros en el país receptor y hacerse cargo del fenómeno migratorio que ello implica, se efectúa una importación de trabajadores según la cantidad que se requiera en ciertos mercados laborales. Si bien estos programas pretenden ser generosos en el sentido de dar cuidado y protección a las personas migrantes, lo que hacen es perpetuar un *status quo* que no es favorable para los trabajadores migrantes, ya que lo que se está promoviendo es la liberalización de mano de obra barata. De este modo, las empresas mantienen los costos de producción en un nivel que permita obtener ganancias a través de la disminución de los sueldos de los trabajadores junto con el aumento de la intensidad laboral.

3. Propuestas dirigidas a la protección de los trabajadores migrantes del sector agrícola

Aun cuando a lo largo de esta tesis sostengo que la elaboración de un estatuto jurídico para el trabajador migrante del sector agrícola constituye la medida más adecuada dirigida a proteger y garantizar los derechos de esta categoría de trabajadores migrantes, no resultaría pertinente dejar de considerar ciertas variantes del mismo que podrían dejarse ver como complementarias o, en su momento, alternativas a la propuesta original. En este sentido podrían implementarse los siguientes mecanismos:

a) Elaboración de un instrumento jurídico internacional especial sobre trabajadores migrantes temporales y circulares: la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares otorga un marco normativo general para las distintas categorías de trabajadores migrantes que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación subjetivo. En este sentido, y sin perjuicio de la importancia

²⁷⁵ ZAPATA, R., FAÚNDEZ, R. y SÁNCHEZ, E. (2012). Circular Temporary Labour Migration: Reassessing Established Public Policies. *International Journal of Population Research*, Volume 2012, p. 9.

que este instrumento tiene en el reconocimiento de principios, derechos y garantías para la protección de todos estos trabajadores migrantes, la convención no se encarga de regular de manera particular la migración laboral temporal y circular.

A su vez, las dos convenciones de la OIT que se refieren específicamente a los trabajadores migrantes fueron elaboradas teniendo en consideración el modelo de la migración permanente²⁷⁶. Sin perjuicio de lo anterior, los trabajadores migrantes temporales tienen derecho a acogerse a los instrumentos de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales y a lo dispuesto en la Convención N° 97 en lo que se refiere a la igualdad de trato. Sin embargo, el artículo 11, párrafo 2º, letra e) del Convenio N° 143 excluye a los trabajadores migrantes temporales de la aplicación de la Parte II del mismo convenio que estipula la igualdad de oportunidades y de trato para todos los residentes admitidos regularmente²⁷⁷.

Ante este escenario, algunos autores han llegado a sostener que, sin embargo, jamás ha existido una incorporación sólida e indisputable de los migrantes temporales en el sistema normativo constituido por estos instrumentos para la protección de sus derechos fundamentales²⁷⁸.

Por todo lo anterior, resulta imperiosa la elaboración de un instrumento jurídico internacional de carácter especial desde la OIT como un mecanismo para la protección de los trabajadores migrantes temporales y circulares, en cuanto al reconocimiento de un catálogo de derechos mínimos junto con el establecimiento de estándares respecto de criterios y requisitos reguladores de los permisos de trabajo, ingreso y estancia en el país receptor y salida de los trabajadores migrantes temporales. Asimismo, es fundamental que dentro de este marco normativo estén contempladas las actividades que se realizan, generalmente, en ciclos estacionales tales como la agricultura durante la temporada de siembra y cosecha, el turismo en el período de vacaciones, la pesca y la construcción, entre otros.

²⁷⁶ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 92ª reunión (2004). *Op. Cit.*, párr. 282.

²⁷⁷ Artículo 11, párrafo 2º, letra e) del Convenio N° 143: "A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión *trabajador migrante* comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante. La presente parte del Convenio no se aplicará a: las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.

²⁷⁸ ZAPATA, R., FAÚNDEZ, R. y SÁNCHEZ, E. (2012). *Op. Cit.*, p. 7.

En este sentido, puede tenerse en consideración la Directiva 2014/36/UE como un ejemplo normativo que regula tanto las condiciones de entrada y estancia como la definición de derechos laborales de los migrantes para fines de empleo, en este caso de nacionales de un tercer país de la Unión Europea que ingresan a un país miembro.

b) Nueva ley de migraciones y estatuto jurídico del trabajador agrícola de temporada: el análisis sectorizado de la situación de los trabajadores migrantes del sector agrícola en Chile ha permitido dejar en evidencia algunos problemas de nuestra normativa de extranjería. Entre otras cosas, estos puntos se relacionan con los fundamentos sobre los cuales dicha legislación se cimenta, la rigidez en el otorgamiento y prórroga de visados y la protección de los derechos de las personas extranjeras. De acuerdo con lo anterior y en relación con el tema de esta tesis, puede considerarse como una medida alternativa la creación de una ley de migraciones que desarrolle un tratamiento de la migración sobre la base de una visión de derechos humanos, es decir, en la que prime una perspectiva humanitaria del proceso migratorio y no puramente económica. Además, es importante que esta legislación incorpore un marco flexible que establezca distintos formatos de visados a través del reconocimiento de los diferentes motivos migratorios entre los cuales se incluya la migración laboral temporal y circular. Por último, esta legislación debe consagrar como principios rectores la igualdad y no discriminación, la legalidad y la proporcionalidad junto con garantizar el disfrute de los derechos de los migrantes, específicamente, el derecho a un debido proceso, derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al trabajo de acuerdo con el estándar internacional de protección de los trabajadores migrantes.

Paralelamente, resulta conveniente la implementación de mecanismos orientados a la protección de los trabajadores agrícolas permanentes y temporales. En este sentido, puede adoptarse un estatuto del trabajador agrícola como una medida orientada a mejorar las condiciones laborales de estos trabajadores a través de la promoción de la formalización de los contratos de trabajo, el efectivo ejercicio del derecho a sindicación y a negociación colectiva. Del mismo modo, es indispensable establecer programas o campañas que informen al trabajador acerca de sus derechos y obligaciones y el fortalecimiento de la Inspección del Trabajo. Una iniciativa en esta dirección es el proyecto de ley presentado en 2011 por el gobierno de Sebastián Piñera que efectúa modificaciones a las normas sobre trabajadores agrícolas en el Código del Trabajo en materias de jornada diaria, celebración de

pactos colectivos, registro de trabajadores agrícolas de temporada, contrato indefinido y rentas, entre otras²⁷⁹.

c) Marco no vinculante sobre migración laboral temporal y circular: en términos generales, las recomendaciones y principios rectores sobre migración laboral tienen, principalmente, en consideración los intereses y necesidades de los países de origen y de destino. Estos instrumentos se enfocan en canalizar los aportes de la migración circular para el desarrollo de los países receptores, o bien, proteger y promover la naturaleza temporal y circular de este tipo de migraciones. En este sentido, resulta indispensable la configuración de un marco específico y de carácter no vinculante sobre migración laboral temporal y circular desde un enfoque de los derechos humanos del trabajador migrante. Este instrumento puede tener el carácter de una recomendación, o bien, puede consistir en un conjunto de principios y directrices que proporcione orientación a los Estados respecto de la definición de políticas y medidas para la migración laboral temporal y circular sobre la base de los derechos de los trabajadores migrantes.

4. Conclusiones del capítulo

Este capítulo focaliza el análisis en la protección jurídica que otorga nuestro ordenamiento a los trabajadores migrantes que se desempeñan en el sector agrícola. A partir del estudio sectorizado de este colectivo de migrantes se han podido constatar una serie de problemáticas concretas en nuestra legislación en materia de protección y garantías de los derechos de este grupo.

En primer lugar, la migración circular en Chile se enfrenta a una legislación que es incompatible con esta modalidad migratoria, ya que establece un marco poco flexible, más bien, rígido en materia de requisitos y condiciones para el ingreso, permanencia y salida de extranjeros, a la vez que constituye una regulación dirigida, principalmente, a la migración laboral de carácter permanente o de largo plazo. Así, tanto el Decreto Ley N° 1.094 y el Decreto Supremo N° 597 no se configuraron teniendo en consideración los movimientos circulares o temporales de corta duración.

²⁷⁹ GOBIERNO DE CHILE. (2011). Proyecto de Ley que modifica las normas de los trabajadores agrícolas establecidas en el Código del Trabajo. Boletín N° 7976-13, de 5 de octubre de 2011. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8378> (consulta: 26 diciembre 2016). El proyecto ingresó el 5 de octubre de 2011 a la Cámara de Diputados. Sin embargo, permanece en trámite legislativo sin pasar del primer trámite constitucional.

En segundo lugar, la Constitución Política reconoce a las personas extranjeras, sobre la base del principio de igualdad, la titularidad de los derechos fundamentales consagrados en su artículo 19 y los derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile. Este principio es plenamente aplicable a la normativa del trabajo permitiendo a cualquier trabajador extranjero gozar de igual protección y los mismos derechos que los trabajadores nacionales. No obstante lo anterior, los trabajadores migrantes del sector agrícola enfrentan en la práctica una serie de barreras jurídicas y administrativas que limitan el ejercicio de sus derechos y que tienen como principal fundamento la existencia de un ordenamiento de extranjería de carácter rígido que no es compatible con las necesidades de flexibilidad de esta categoría de trabajadores.

En tercer lugar, resulta pertinente la elaboración de un estatuto jurídico del trabajador migrante del sector agrícola enfocado a la protección y garantía de sus derechos fundamentales, reconociéndolos como un grupo con necesidades específicas de protección y encargándose de la doble situación de vulnerabilidad que, desde un plano subjetivo, afecta a estas personas dada su condición de extranjeros y trabajadores temporales.

En cuarto lugar, la implementación de permisos de trabajo en el contexto de programas laborales para trabajadores migrantes temporales y circulares con el objeto de cubrir la escasez de mano de obra en el sector agrícola no constituye una medida que se encuentre dirigida a proteger y garantizar los derechos de los extranjeros que se desempeñan en esta actividad. Al contrario, estos programas buscan satisfacer los distintos intereses del país receptor en materia económica y de extranjería, sin hacerse cargo del fenómeno migratorio que implica la presencia de extranjeros. Así, a través de la adopción de una visa o permiso de trabajo en el marco de estos programas laborales, no solo se mantienen los problemas estructurales que afectan a los extranjeros, sino que institucionaliza la condición de vulnerabilidad de estos últimos para efectos de obtener ventajas comparativas en el mercado laboral.

Por último, existen otras variantes a la elaboración de un estatuto jurídico de los trabajadores migrantes del sector agrícola que podrían implementarse a nivel interno o internacional en forma complementaria o, en su caso, alternativa como medidas dirigidas a otorgar protección y garantizar los derechos de este tipo de trabajadores migrantes, tales como la elaboración de un instrumento jurídico internacional especial sobre trabajadores migrantes temporales y circulares, la creación de un marco no vinculante sobre esta modalidad de migración que oriente las decisiones de los Estados en esta materia, o bien, establecer una nueva ley de migraciones con un enfoque de derechos humanos junto con

elaborar un estatuto jurídico del trabajador agrícola de temporada que incorpore la situación de los extranjeros que se desempeñan como tales.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido por objeto focalizar el estudio de la migración laboral en una categoría específica de trabajador migrante a saber, el que se desempeña como temporero en el sector agrícola. En esta tesis he intentado defender la necesidad de elaborar mecanismos particulares de protección de los derechos de este tipo de migrante y el deber de los Estados y la comunidad internacional de garantizar su ejercicio, explicando la situación de especial vulnerabilidad a la que se enfrenta este grupo y las consecuencias que esto acarrea para el disfrute de sus derechos.

En el capítulo primero, he explicado la relación entre la inmigración y el trabajo agrícola, recurriendo a la teoría del mercado laboral dual para justificar la presencia de inmigrantes en los segmentos más bajos de la estructura económica, tanto desde una perspectiva general como de una específica. En el caso de Chile, he demostrado que tal situación constituye un fenómeno dentro de los movimientos migratorios, y que en la actualidad se produce en nuestro país con características similares.

En el segundo capítulo revisé el sistema jurídico-internacional de protección aplicable a esta categoría de trabajadores migrantes, con el objeto de demostrar que el estándar internacional de Derechos Humanos con sus garantías, constituye la vía más adecuada para abordar la condición de vulnerabilidad de este colectivo.

En el capítulo tercero revisé la legislación de extranjería chilena con el objeto de constatar la compatibilidad del sistema legal chileno con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado.

Finalmente, en el cuarto capítulo verifico si este modelo otorga efectivamente la protección que necesitan los trabajadores migrantes que laboran en la agricultura en nuestro país.

En esta última parte de la tesis me haré cargo de confirmar las hipótesis planteadas en la introducción del presente trabajo.

En primer lugar, se ha podido comprobar que el Estado, en su faceta legisladora y administradora, ha actuado de manera insuficiente en la protección de los derechos de los trabajadores migrantes. Si bien algunas materias han sido reguladas por el Estado como es el caso de la creación de la visa de residencia temporaria por motivos laborales a través de la Circular N° 07, y la iniciativa de elaborar un anteproyecto de ley de migraciones, puede sostenerse que la normativa base conserva materias fundamentales que no garantizan el ejercicio de los derechos de los inmigrantes, principalmente, en lo que se refiere al

procedimiento administrativo de otorgamiento y prórroga de visas y de expulsión de extranjeros, el cual no se ajusta a las exigencias de un debido proceso racional y justo, sino que se construye a partir de amplios espacios de discrecionalidad en la decisión administrativa.

En cuanto al rol administrador del Estado, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce la igualdad de derechos entre personas nacionales y extranjeras, respecto de estos últimos puede sostenerse que, en la práctica, en materia de derecho al trabajo, seguridad social y salud se verifican trabas importantes que restringen su pleno ejercicio.

En segundo lugar, se ha probado que la legislación de extranjería no resulta compatible con la migración laboral temporal de corta duración, sino que está pensada para permitir el acceso de inmigración calificada con ánimo de residencia por períodos de larga duración. Con lo anterior, se establece un rígido marco normativo de control de los movimientos migratorios con un alto criterio de selectividad en el ingreso y permanencia de extranjeros. Si bien la visa de residencia temporaria por motivos laborales otorga mayor flexibilidad a su titular constituyendo, entre los distintos modelos de visados, la alternativa más adecuada para los extranjeros que se radican durante un período corto de tiempo en nuestro país, se verifica que su implementación está orientada, en gran medida, a subsanar los aspectos negativos de la visa sujeta a contrato de trabajo más que a compatibilizar nuestra normativa con la fluidez que la migración laboral temporal y circular necesita.

En tercer lugar, se ha podido probar que a pesar de que Chile es parte de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, se puede sostener que nuestro país no establece un sistema de protección de los derechos de los trabajadores migrantes en conformidad con una moderna concepción jurídica del fenómeno migratorio ni con las tendencias en materia de migración laboral temporal en el Derecho Internacional. Así por ejemplo, Chile no ha ratificado los Convenios N° 97 y N° 143 de la OIT sobre trabajadores migrantes.

Se reconoce que la legislación nacional hace bien en establecer una garantía genérica de igualdad en la titularidad y ejercicio de derechos entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, considero que respecto a los trabajadores migrantes del sector agrícola no basta con someterlos a este sistema básico de garantías, sino que es muy importante implementar mecanismos adicionales de protección para esta categoría de trabajador migrante que permitan hacerse cargo de la denominada “vulnerabilidad estructural” que los afecta, asegurando especialmente, derechos como salud, alimentación, vivienda, trabajo y seguridad social.

Finalmente, en cuarto lugar se ha comprobado que en el Derecho internacional de los Derechos Humanos se muestra una propensión a reconocer la existencia de grupos con necesidades específicas de protección, como niños, mujeres y personas discapacitadas, entre otros. Si bien dentro de estos grupos no se encuentra la categoría de trabajador migrante del sector agrícola, considero que podría incorporárseles, tomando en cuenta las situaciones de riesgo y de vulneración de derechos a las que se enfrentan. De esta manera, sostengo que a nivel interno, la elaboración de un estatuto jurídico para esta categoría de trabajador migrante constituye la medida más adecuada para cautelar la protección y garantía de sus derechos. Por otra parte, postulo que a nivel internacional, específicamente en el marco de la OIT, puede adoptarse un instrumento jurídico de carácter especial como mecanismo para la protección de los trabajadores migrantes temporales y circulares. Por último, mantengo que a nivel nacional, la adopción de una visa o permiso de trabajo dentro del contexto de la implementación de programas para trabajadores temporales dirigidos a satisfacer la escasez de mano de obra en el sector agrícola tendría un fuerte impacto negativo en el ejercicio y protección de los derechos de los extranjeros que trabajan en ellos, principalmente en su libertad de trabajo y de movimiento en el mercado laboral.

En conclusión, a partir de lo anteriormente señalado, sostengo que no es suficiente constatar la situación de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes en los mercados de trabajo precarizados en nuestro país, sino que resulta necesario encontrar mecanismos, en este caso, jurídicos, que permitan abordar adecuadamente los problemas que afectan a esta categoría de trabajador migrante. Una aproximación a ello, podría partir por plantearse la siguiente pregunta: ¿por qué queremos incentivar la llegada de inmigrantes para insertarlos en estos mercados? A mi juicio, la resolución a esta interrogativa exige alcanzar consensos en la adecuación de la fuerza de trabajo a los objetivos productivos de los empresarios agrícolas y de supervivencia del sector, con la protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes. Sin embargo, considero que este consenso no significa compatibilizar las necesidades de mano de obra del mercado de trabajo con la protección de los inmigrantes, sino que se trata de que la protección de los derechos de los trabajadores migrantes del sector agrícola prevalezca por sobre intereses políticos y económicos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS DE LIBROS

ALEXY, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 607 p.

ANRÍQUEZ, G. *et. al.* (2014). Empleo estacional en la fruticultura en Chile: evidencia, desafíos y políticas. Santiago, Chile, Fundación para la Innovación Agraria (FIA), 174 p. Disponible en: <<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2016/01/FIA-Informe-Final-Mano-de-Obra.pdf>>

BASSA, J. Y TORRES, F. (2015). Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento de los flujos migratorios. *Estudios constitucionales*, 13(2): 103-124.

BELLOLIO, A., FRANCO, M. y RAMÍREZ, J. (2012). Migraciones en Chile: diagnóstico y lineamientos de propuestas. Santiago, Chile, Libertad y Desarrollo, 40 p. Disponible en: <<http://www.veltec.cl/lyd1/pdf/p000129-1.pdf>>

BONET, J. (2004). La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En: GÓMEZ, F. y PUREZA, J. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del s. XXI. Bilbao, España, Universidad de Deusto, 836 p.

BUSTAMANTE, J. (2002). Migración, derechos humanos y vulnerabilidad la migración de México a Estados Unidos; de la coyuntura al fondo. En: SECRETARÍA GENERAL IBEROAMERICANA. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo. Madrid, España, SGI, pp. 223-236.

CANO, M. (2010). Protección internacional de los derechos humanos de los trabajadores migratorios. *Persona y Derecho* (63):.137-162.

CANO, M., MARTÍNEZ, J. y SOFFIA, M. (2009). Conocer para legislar y hacer política: los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio. Santiago, Chile, CEPAL, 84 p.

Disponible

en:

<http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7228/1/S0900516_es.pdf>

CARENS, J. (2008). Live-in Domestic, Seasonal Workers, Foreign Students, and Others Hard to locate on the Map of Democracy. *Journal of Political Philosophy*, 16(4): 419-445.

CARO, P. (2012). Magnitud y características de la participación laboral en el empleo temporal agrícola en Chile. *Si Somos Americanos*, 12(2): 51-83. Disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/ssa/v12n2/art03.pdf>>

CIFUENTES, H. (1998). Tratados internacionales de seguridad social: convenios bilaterales. En: OLEA, M. *et al.* Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer Arteaga. Santiago, Chile, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, pp. 16-38.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. (2009). Los países menos adelantados: el Estado y la gobernanza del desarrollo. Ginebra, Suiza, Naciones Unidas, 194 p. Disponible en: <http://unctad.org/es/Docs/ldc2009_sp.pdf>

DE LUCAS, J. (2002). La herida original de las políticas de inmigración: a propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración. *Isegoría: Revista de Filosofía, Moral y Política*, (26): 59-84.

DÉCOSSE, F. (2015). Migración circular, (in)movilidad laboral y unfree labour: una reflexión a partir del caso de los contratos OMI en Francia. En: SÁNCHEZ, M. y LARA, S. (Eds.). Los programas de trabajadores agrícolas temporales ¿Una solución a los retos de las migraciones en la globalización?, México, Instituto de Investigaciones Sociales y Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 259-283. Disponible en: <http://ru.iis.sociales.unam.mx/jspui/bitstream/IIS/5229/1/progr_trabaj_agricolas.pdf>

DELLACASA, F., y HURTADO, J. (2015). Derecho migratorio chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 261 p.

DIEZ DE VELASCO, M. (2001). Instituciones de Derecho Internacional Público. (13a. ed.). Madrid, España, Tecnos, 949 p.

DOMÍNGUEZ, C. (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? *Revista Chilena de Derecho*. 43(1): 189-217.

DULITZKY, A. (2007). El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana. *Anuario de Derechos Humanos*, (3): 15-32. Disponible en: <<http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13452/13720>>

FERNÁNDEZ, J. (1991). Extranjería: principios de derecho internacional general. *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, (11): 39-51.

FERRAJOLI, L. (2004). Derechos y garantías. La Ley del más débil. (4a. ed.). Madrid, España, Editorial Trotta, 180 p.

FIGUEROA, R. (2009). Justificación del rol de las Cortes haciendo justificables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud. *Revista Chilena de Derecho*, 36(2): 313-342.

GIBSON, J. y MCKENZIE, D. (2010). The Development Impact of a Best Practice Seasonal Worker Policy. Policy Research, Working Paper N° 5488, 32 p. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/DEC/Resources/RSE_Impact_RESTAT_Final_Revision_Jan_2013.pdf>

GONZÁLEZ, X. (2014). Relación laboral de los extranjeros en Chile: cómo se encuentra normada la contratación de los extranjeros en Chile y cuáles son las condiciones que un empleador debe cumplir para tener una correcta relación laboral con un extranjero, cuál es la normativa en materia previsional que los regula. *Revista Manual de Consultas Laborales y Previsionales*, (355): 21-71.

IZCARA, S. (2009). La situación sociolaboral de los migrantes internacionales en la agricultura: irregularidad laboral y aislamiento social. *Estudios Sociales*, 17(33): 85-109. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/estsoc/v17n33/v17n33a3.pdf>>

IZCARA, S. (2010). Los jornaleros tamaulipecos y el programa H-2A de trabajadores huéspedes. D.F., México, Plaza y Valdés Editores, 212 p.

IZCARA, S. (2012). El aislamiento social de los trabajadores con visas H-2A: el ejemplo de los jornaleros tamaulipecos. *Región y Sociedad*. 24(53): 259-292. Disponible en: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/regsoc/v24n53/v24n53a9%20.pdf>>

IZCARA, S. y ANDRADE, K. (2004). Inmigración y trabajo en la agricultura: trabajadores tamaulipecos en Estados Unidos y jornaleros magrebíes en Andalucía. *Mundo Agrario Revista de Estudios Rurales*, 4(8): 1-21. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.582/pr.582.pdf>

LAGES, R. (2012). La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público. *Revista Tribuna Internacional*, 1(2): 107-128.

LARA, M. (2014). Evolución de la legislación migratoria en Chile: claves para una lectura (1824-2013). *Revista de Historia del Derecho*, (47): 59-104.

LEGARRETA, P. (2008). Los programas de los trabajadores huéspedes: las visas H-2 en Estados Unidos. *Papeles de la Población*, 14(55): 117-144..

LÓPEZ-SALA, A. y GODENAU, D. (2015) En torno a la circularidad migratoria: aproximaciones conceptuales dimensiones teóricas y práctica política. *Migraciones*, (38): 9-34.

LÓPEZ, A. y SÁNCHEZ, E. (2014). Contratación en origen de latinoamericanos en España: un marco flexible de gestión. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (106-107): 193-213. Disponible en: <http://www.cidob.org/es/articulos/revista_cidob_d_afers_internacionals/106_107/contratacion_en_origen_de_latinoamericanos_en_espana_un_marco_flexible_de_gestion>

MARTIN, P. (2006). Managing Labor Migration: Temporary Worker Programs for the 21st Century, 44 p. Disponible en: <http://www.un.org/esa/population/migration/turin/Symposium_Turin_files/P07_Martin.pdf>

MARTÍNEZ, J. (2008) América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo. Santiago, Chile, CEPAL, 368 p.

MARTÍNEZ, J. y ZUÑIGA, F. (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*, 9(1): 199-226. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n1/art07.pdf>

MASSEY, D. *et al.* (2008). Teorías de migración internacional: una revisión y aproximación. *ReDCE*, (10): 435-478.

NASH, C. (2011). Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. *Estudios Constitucionales* (1): 65-118.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2014). Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular. Ginebra, Suiza, ONU, 155 p. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf

OLEA, H. (2007). Derechos humanos y migraciones: un nuevo lente para un viejo fenómeno. *Anuario de Derechos Humanos*, (3):.197-210.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN (FAO), ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, (OIT) y UNIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA ALIMENTACIÓN, AGRÍCOLAS, HOTELES, RESTAURANTES, TABACO Y AFINES (UITA). (2007). Trabajadores agrícolas y su contribución a la agricultura y el desarrollo rural sostenibles. Ginebra, Suiza, OIT, 108 p. Disponible en: ftp://ftp.fao.org/SD/SDA/SDAR/sard/esp_agricultural_workers.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). (2015). Estimaciones mundiales de la OIT sobre los trabajadores y las trabajadoras migrantes. Ginebra , Suiza, OIT, 100 p. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_436343.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). (2006a). Derecho internacional sobre migración, Glosario sobre migración. Ginebra, Suiza, OIM, 87 p. Disponible en: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE). (2009). Perspectivas Económicas de América Latina 2010. París, Francia, OCDE, 272 p. Disponible en: <http://www.oecd-ilibrary.org/development/perspectivas-economicas-de-america-latina-2010_9789264076419-es>

PECES-BARBA, G. (1999). Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid, España, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Especial del Estado, 720 p.

REDAGRÍCOLA. (2015). Situación de la mano de obra agrícola en Chile y perspectivas. *Revista Redagrícola*, N° 72, 100 p. Disponible en: <<http://www.redagricola.com/virtual/RACHILE721/index.html>>

SÁEZ, F. (2001). El reconocimiento de los derechos fundamentales al interior de la empresa en las reformas laborales. En: DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Boletín Oficial N° 154. Santiago, Chile, pp. 5-14. Disponible en: <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-62324_recurso_1.pdf>

SÁNCHEZ, B. (2011). La política migratoria en España: un análisis de largo plazo. *Revista Internacional de Sociología*, 69(1): 243-268. Disponible en: <<http://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/393/403>>

SÁNCHEZ, E. y FAÚNDEZ, R. (2011). Migración laboral temporal y circular y desarrollo: estudio de caso de una articulación posible. *Migraciones*, 30(2011): 43-70.

SAPAG, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Dikaion*, 22(17): 157-198. Disponible en: <<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1401>>

SOLIMANO, A. (2012). Incorporación laboral de los migrantes en la región Metropolitana de Chile. Santiago, Chile, OIM, 77 p.

STEFONI, C. (2001). Inmigración en Chile. Nuevos desafíos. En STEFONI, C. y ZAMORA, M. (Eds.), Chile 2001-2002. Impactos y desafíos de las crisis internacionales. Santiago, Chile, FLACSO-Chile, pp. 241-265.

SUBERCASEAUX, J. y CONTRERAS, M. (2013). El gran desafío de fruticultura: déficit de la mano de obra. *Revista Agronomía y Forestal UC*, (47): 17-21.

SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. (2004). Dictamen ordinario N° FIS-707 que informa sobre forma de efectuar cotizaciones a trabajadores que al inicio de la relación laboral no cuentan con cédula de identidad, de agosto de 2004. En: DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. Boletín estadístico N° 181, Chile, SAFP, 169 p. Disponible en: <<http://www.spensiones.cl/apps/boletinEstadistico/files/pdf/bee00181.pdf>>

TARAN, P. y GERONIMI, E. (2002). Globalización y migraciones laborales: importancia de la protección. Ginebra, Suiza, OIT, 49 p.

THAYER, W. y NOVOA, P. (2015). Manual de Derecho del Trabajo, Derecho Individual del Trabajo, Tomo III. (6a. ed.) Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 217 p.

TORRES, V. (2011). La otra cara de los abusos de Francisco J. Errázuriz. Las presiones de los empresarios agrícolas por abrir las fronteras a trabajadores extranjeros. CIPER. 5 de julio de 2011. Disponible en: <<http://ciperchile.cl/2011/07/05/las-presiones-de-los-empresarios-agricolas-por-abrir-las-fronteras-a-trabajadores-extranjeros/>>

TREJOS, R., ARIAS, J. y VARGAS, E. (2004). Más que alimentos en la mesa: la real contribución de la agricultura a la economía. San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Cooperación de la Agricultura (IICA), 43 p. Disponible en <http://biblioteca.icap.ac.cr/BLIVI/COLECCION_UNPAN/BOL_FEBRERO_2013_59/IICA/2004/alimentos_mesa.pdf>

VERTOVEC, S. (2007). Circular Migration: The Way Forward in Global Policy? *Working Papers*, Volume 4, 9 p. Disponible en: <<https://www.imi.ox.ac.uk/publications/wp-04-07>>

VITTIN-BALMA, C. (2002). Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT. *Educación obrera*, N° 129, pp. 7-14.

ZALAUQUETT, J. (2002). Migraciones y derechos humanos. En: SECRETARÍA GENERAL IBEROAMERICANA. Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo. Madrid, España, SGI, pp. 211-222.

ZAPATA, R., FAÚNDEZ, R. y SÁCHEZ, E. (2012). Circular Temporary Labour Migration: Reassessing Established Public Policies. *International Journal of Population Research*, Volume 2012, 13 p.

DOCUMENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. (1999). Informe del grupo de trabajo intergubernamental de expertos en los derechos humanos de los migrantes, presentado de conformidad con la resolución 1998/16 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/80, 9 de marzo de 1999. Disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/112/85/PDF/G9911285.pdf?OpenElement>>

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. 54º período de sesiones (1998). Principios rectores de los desplazamientos internos. E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998. Disponible en:

<<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022>>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2005). Séptimo informe de progreso de la relatoría especial sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias correspondiente al período entre enero y diciembre de 2005. Disponible en: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2005sp/cap.5c.htm#>>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2000). Observación general N° 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. (2008). Observación general N° 19 El derecho a la seguridad social (artículo 19). E/C.12/GC/19, de 4 de febrero de 2008.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. (2009). Comentario general N° 27 Libertad de circulación (artículo 12). CCPR/C/21/Rev.1/ADD, 2 de noviembre de 1999.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 37º período de sesiones. (1989). Observación general N° 18 No discriminación, 10 de noviembre de 1980. En: NACIONES UNIDAS. (2008). Instrumentos internacionales de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol.I), 27 de mayo de 2008, pp. 234-236.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 105ª reunión (2016). Estudio general sobre los instrumentos de los trabajadores migrantes, tercer punto del orden del día. Disponible en: http://www.ioe-emp.org/fileadmin/ioe_documents/publications/ILO_ILC/2016_ILC/ES/CIT_2016_-_Informe_III-1B_-_Estudio_General_sobre_los_instrumentos_de_los_trabajadores_migrantes.pdf

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 101ª reunión (2012). Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa 2008, tercer punto de la orden del día. <Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_174832.pdf>

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión (1999). Trabajadores migrantes, tercer punto del orden del día. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b2.htm#I.A.1>.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 92ª reunión (2004). En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, sexto punto del orden del día. Disponible en: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc92/pdf/rep-vi.pdf>>

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 17º período de sesiones (2011). Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Jorge Bustamante: Misión Japón. A/HRC/17/33/ADD.3, de 21 de marzo de 2011.

DOCUMENTOS DE ORGANISMOS NACIONALES

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2003a). Oficio circular N° 1.179 que informa la suscripción de acuerdos tendientes a resolver situaciones migratorias de ciudadanos extranjeros que se radican, de 28 de enero de 2003.

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2003b). Oficio circular N° 6.232 que precisa sentido y alcance de Circular N° 1.179 del 18.01.03., de 26 de mayo de 2003.

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2008). Resolución exenta N° 1.914, de 10 de marzo de 2008.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1993). Ordinario N° 6.308/357, de 14 de noviembre de 1993. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88707.html>>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1996a). Ordinario N° 4299/177, de 29 de julio de 1996. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-88554.html>>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1996b). Ordinario N° 6307/282, de 15 de noviembre de 1996.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1997). Ordinario N° 1217/59, de 11 de marzo de 1997. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-87991.html>>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (1998). Ordinario N° 5848/386, de 26 de noviembre de 1998. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86814.html>>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2003). Ordinario N° 1124/29, de 27 de marzo de 2003. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-62866.html>>

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. (2012). Ordinario N° 1539/017, de 28 de marzo de 2012. Disponible en: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-100564.html>>

GABINETE PRESIDENCIAL. (2008). Instructivo presidencial N° 009 que imparte instrucciones sobre la política nacional migratoria, de 22 de septiembre de 2008.

GABINETE PRESIDENCIAL. (2015). Instructivo presidencial N° 005 sobre lineamientos e instrucciones para la política nacional migratoria, de 6 de noviembre de 2015.

GOBIERNO DE CHILE. (2011). Proyecto de Ley que modifica las normas de los trabajadores agrícolas establecidas en el Código del Trabajo. Boletín N° 7976-13, de 5 de octubre de 2011. Disponible en: <https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8378>

MINISTERIO DE SALUD. (2007). Resolución exenta N° 512, de 30 de noviembre de 2007.

MINISTERIO DE SALUD. (2008). Oficio ordinario A-14 N° 3.229 sobre atención en salud de población inmigrante en riesgo social y situación de permanencia no regular, de 11 de junio de 2008.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. (2015). Oficio circular N° 07 que instruye sobre visación temporaria por motivos laborales, de 26 de febrero de 2015.

LEYES, DECRETOS LEYES, DECRETOS SIMPLES Y DECRETOS SUPREMOS

CHILE. Ministerio de Salud. (2000). Decreto N° 594 que aprueba reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, de 29 de abril de 2000.

CHILE. Ministerio del Interior. (1975). Decreto Ley N° 1.094 que establece normas sobre extranjeros en Chile, de 19 de julio de 1975.

CHILE. Ministerio del Interior. (1984). Decreto Supremo N° 597 que aprueba nuevo reglamento de extranjería, de 24 de noviembre de 1984.

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. (1986). Decreto Supremo N° 45 que aprueba reglamento para la aplicación de los artículos 135 y 136 del Decreto Ley N° 2.200, de 16 de mayo de 1978.

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. (2003). Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, de 16 de enero de 2003.

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (1968). Ley N° 16.744 que establece normas sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de 1 de febrero de 1968.

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (1982). Ley N° 18.156 que establece la exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y deroga la Ley N° 9.705, de 25 de agosto de 1982.

CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (2016). Ley N° 20.940 que moderniza el sistema de relaciones laborales, de 8 de septiembre de 2016.

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2003). Ley N° 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, de 29 de mayo de 2003.

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (2005). Decreto N° 100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, de 22 de septiembre de 2005.

SENTENCIAS

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *“Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium*, 23 de julio de 1968, Serie A.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Marckx vs. Bélgica*, 13 de junio de 1978, Serie A, Volumen 31.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes Indocumentados. 127 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Opinión Consultiva OC-4/84 de 11 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, 28 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, Número 4.

CORTE SUPREMA. *Ajahuana con Fisco de Chile*, Rol N° 32081-2014, sentencia de 27 de abril de 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 2273, sentencia de 4 de julio de 2013.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTA CRUZ. (2013). *Ministerio Público de Santa Cruz con Eugenio Mujica Mujica*, RIT N° 67-2012, sentencia de 12 marzo de 2013.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTA CRUZ. (2015). *Ministerio Público de Pichilemu con María Paz Guerra Fuenzalida y Blas Andrés Cardozo Bogado*, RIT N° 31-2015, sentencia de 8 de junio de 2015.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c./ Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985 (demandas n° 9214/80; 9473/81; 9474/81), 45 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2012. Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia 24 de octubre de 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia 19 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA, Sala Segunda (Penal). 2014. Nº 11521/2014 (Otros). Resolución nº 116034, 12 de Junio de 2014.

CORTE SUPREMA, Sala Segunda (Penal). 2015. Nº 4065/2015 (Otros). Resolución nº 45332, 30 de marzo de 2015.

JUZGADO DE LETRAS Y GARANTÍA DE PERALILLO. Rosa y otros c/ Errázuriz y otro. Sentencia nº T-3-2011, 20 de Septiembre de 2011.

OFICINA DE ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/47.

TRATADOS INTERNACIONALES, DECLARACIONES Y RECOMENDACIONES

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES A.G. res. 45158, anexo, 45 U.N. GAOR Supp. (No. 49A) p. 262 ONU Doc. A/45/49 (1990).

CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS, 189 U.N.T.S. 150, entrada en vigor 22 de abril de 1954.

CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS), 1975. OIT, Nº 143. Adoptado el 24 de junio de 1975, entrada en vigor 9 de diciembre de 1978.

CONVENIO SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (REVISADO), 1949. OIT, Nº 97. Adoptado el 1 de julio de 1949, entrada en vigor 22 de enero de 1952.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 (1948)

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, entrada en vigor 23 de marzo de 1976.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No.16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976.

RECOMENDACIÓN SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES (REVISADA), 1949. OIT, N° 86. Adoptada el 1 de julio de 1949.

RECOMENDACIÓN SOBRE LOS TRABAJADORES MIGRANTES, 1975. OIT, N° 151. Adoptada el 24 de junio de 1975.

DOCUMENTOS WEB

ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). (2016). Tendencias globales: desplazamiento forzado en 2015, 66 p. Disponible en: <<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2016/10627>>

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES. (2005). Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar, 94 p. Disponible en: <<http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/222.html>>

DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2010). Informe anual, 17 p. Disponible en: <<http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Informe%20Estimacion%20Poblacion%20Extranjeros%202008.pdf>>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2003). Síntesis de resultados Censo 2002, 50 p. Disponible en: <<http://www.ine.cl/cd2002/sintesis censal.pdf>>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. (2014). Nueva Encuesta Suplementaria de Ingresos 2014, 35 p. Disponible en: <http://www.ine.cl/filenews/files/2015/septiembre/sintesis_NESI_2014.pdf>

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. (2016). Encuesta de caracterización socioeconómica nacional, CASEN 2015. Presentación Inmigrantes, 39 p. Disponible en: <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/casen_nmigrantes_2015.pdf>

OFICINA DE ESTUDIOS Y POLÍTICAS AGRARIAS DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA. (2015). Evolución de la calidad del empleo en trabajadores agrícolas, 8 p. Disponible en: <http://www.odepa.cl/wp-content/files_mf/1436889012Evoluci%C3%B3ndelacalidaddeempleo2015.pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). (2006b). Derecho Migratorio Internacional, 17 p. Disponible en: <http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf>

SECCIÓN DE ESTUDIOS DEL DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN. (2016). Migración en Chile 2005-2015, 192 p. Disponible en: <<http://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/02/Anuario-Estad%C3%ADstico-Nacional-Migraci%C3%B3n-en-Chile-2005-2014.pdf>>

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). Trends in International Migrant Stock: The 2015 Revision. Disponible en: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml>>

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2015). Trends in International Migrant Stock: Migrants by Destination and Origin, Table 16. Total migrant stock at mid-year by origin and by major area, region, country or area of destination.

POP/DB/MIG/Stock/Rev.2015. Disponible en:
<<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/data/estimates2/estimates15.shtml>>

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. International Migration Wallchart 2015. Disponible en:
<<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/wallchart/docs/MigrationWallChart2015.pdf>>

UNITED NATIONS. Status of Treaties, International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families. Disponible en:
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=en>