



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

Trabajadores migrantes en Chile: Efectos jurídico-laborales de la irregularidad migratoria

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

Autores

Fernando Felipe Aljaro García
Manuel Andrés Guerra Castillo

Profesora Guía

Rita Lages de Oliveira

Santiago, Chile

2017

Este trabajo es de todos quienes, de muchas maneras, me han acompañado durante estos arduos años.

De mi familia, cuyo respaldo incondicional me ha dado el valor para tomar las decisiones más importantes. Es gracias a ustedes que estoy cumpliendo esta etapa, su amor es el que me fortalece.

De mi compañera, Rosi, de quien he recibido constantes lecciones sobre lo que significa ser realmente un equipo, así como amar sin ningún temor o límite. No creo poder expresar con palabras todo lo agradecido que estoy de caminar a tu lado.

De mis amigos, por todas esas risas, bailes y conversaciones imprescindibles. Agradezco profundamente ser parte de ustedes, solamente me arrepiento de no conocerlos desde antes.

De la Escuela Sindical y toda su gente, trabajadores y trabajadoras, cuyas luchas le dan sentido a esta carrera que, a ratos, se torna gris y tediosa. Me llena de orgullo todo lo que vamos logrando, gracias por ayudarme a mantener la esperanza intacta.

De Manuel, con quien vivimos lo bueno y lo malo de trabajar juntos. Tu amistad sigue siendo una de las fundamentales, compañero, y ojalá que nuestro trabajo solo se fortalezca con el tiempo.

Fernando

Agradezco a mi madre, padre y hermana, por forjarme desde el ejemplo cotidiano y acompañarme desde los primeros pasos. Gracias por abrirme los ojos, por ponerme los pies en la tierra y, sobre todo, por enseñarme a hacer las cosas por amor.

A mis compañeras y compañeros de la Escuela Sindical, por su amistad y por su aguante. Por ponerle alegría y consecuencia a una carrera que pierde el sentido cuando el norte no está claro. Me enorgullece ser parte de ustedes y ver cómo vamos creciendo juntos desde lo colectivo.

A las y los trabajadores que tengo la suerte de conocer, por su entrega incansable, por compartirnos sus experiencias y luchar hasta que la dignidad se haga costumbre.

A Fernando, por ser un gran amigo y maestro en este camino. Gracias por las palabras precisas y la paciencia en los malos momentos, este es solo el primer paso de un trabajo mancomunado.

A todas y todos por sus conversaciones y acordes propios que alegran la existencia. Si lo pensamos bien, ningún esfuerzo es verdaderamente individual.

Manuel

INDICE

RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: LA MIGRACIÓN LABORAL EN CHILE	20
1.- La presencia migratoria en Chile, dimensionando el fenómeno	20
2.- La Migración Laboral en Chile	22
3.- Breve historia de la política migratoria chilena hasta la actualidad	24
CAPÍTULO II: ESTATUTO DEL TRABAJADOR MIGRATORIO IRREGULAR	29
1.- Derecho internacional vigente en Chile	29
1.1.- Obligaciones internacionales adquiridas por Chile sobre Derechos Humanos.....	29
1.1.1.- Sistema universal de protección de derechos humanos	30
1.1.2.- Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos	40
1.1.2.1.- Opinión consultiva número OC-18/03.....	43
2.- Derecho interno	46
2.1.- Constitución Política de la República.....	47
2.1.1.- Principio de igualdad ante la ley.....	47
2.2.- Ley laboral: el Código del Trabajo	49
2.2.1.- Principio de Igualdad en materia laboral	50
2.3.- Legislación previsional: Ley 3.500, convenios de seguridad social y otras leyes	51
2.4.- Legislación migratoria: ley de extranjería y su correspondiente reglamento	55
2.4.1.- Entrada de extranjeros al país	55
2.4.2.- Tipos de visados y sus correspondientes autorizaciones para realizar actividades remuneradas.....	58
2.4.2.1.- Residente	59
2.4.2.2.- Visa sujeta a contrato de trabajo y contratación de extranjeros	60
2.4.2.3.- Residente temporario	65
2.4.2.3.1.- Visa por motivos laborales	66
2.4.2.3.2.- Visa Mercosur	68
2.4.3.- Permanencia definitiva.....	70
2.4.4.- Irregularidad y expulsión de migrantes en Chile	71
2.4.4.1.- Casos en los que procede la expulsión	73

2.4.4.2.- Procedimiento de expulsión y sus etapas.....	79
2.4.4.3.- Recursos contra la resolución que decreta la expulsión.....	81
CAPÍTULO III: EFECTOS JURÍDICOS DE LA IRREGULARIDAD MIGRATORIA EN LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL	87
1.- INFORMALIDAD LABORAL COMO CONSECUENCIA DE LA IRREGULARIDAD MIGRATORIA	87
1.1.- La informalidad laboral en Chile	87
1.2.- Factores de la legislación migratoria que favorecen la informalidad laboral.....	91
1.3.- Consecuencias jurídicas de la irregularidad migratoria y la informalidad laboral en los migrantes	97
1.3.1.- Desprotección jurídica	97
1.3.2.- Infracciones a la legislación migratoria.....	102
1.3.2.1.- Realización de actividades remuneradas sin autorización previa	102
1.3.2.2.- Simulación contractual orientada a la regularización del status migratorio	105
1.4.- Respuesta estatal	112
1.4.1.- Autoridad administrativa	113
1.4.1.1.- Departamento de Extranjería	114
1.4.1.2.- Dirección del Trabajo	117
1.4.2.- Tribunales de Justicia	120
2.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES LABORALES ADEUDDAS, EN EL CONTEXTO DE UNA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL	124
2.1.- Término de la relación laboral.....	124
2.2.- Prestaciones laborales pendientes	131
2.3.- Cotizaciones seguridad social	136
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	143
1.- Conclusiones	143
2.- Recomendaciones	146
2.1.- Recomendaciones de carácter general.....	146
2.2.- Recomendaciones de carácter especial.....	147
BIBLIOGRAFÍA	152

RESUMEN

El crecimiento de la población migrante en Chile se desarrolla en un contexto en que la normativa migratoria impuesta por la dictadura cívico-militar sigue vigente. Dado el carácter predominantemente laboral de la migración, profundizar en la relación ‘migrante’ y ‘trabajo’ es esencial, pues este último constituye un factor relevante para el proyecto migratorio. Bajo dicho orden, quienes reúnen la condición de ‘trabajador migrante irregular’ se constituyen como sujetos de derecho de especial vulnerabilidad ante el ordenamiento jurídico y social. El objetivo de esta Memoria es determinar cuáles son las consecuencias y efectos jurídico-laborales que se suscitan a propósito de los trabajadores migrantes en situación irregular. Para ello, describimos brevemente cuál es el panorama actual de la inmigración laboral en Chile, analizando de forma crítica, cuál es la regulación internacional y nacional que les resulta aplicable, a la luz del principio de igualdad y no discriminación. Una vez determinado su estatuto jurídico, problematizamos en las consecuencias jurídicas que produce la normativa migratoria en los trabajadores migrantes en situación irregular. Como resultado de esta investigación, afirmamos que la legislación migratoria efectivamente contribuye e incide en la vulneración del ejercicio de los derechos laborales de los migrantes, manifestándose tanto en la estimulación de informalidad laboral, como en el incumplimiento de las normas del trabajo al momento de expulsar a los migrantes. Finalmente, ante los problemas jurídicos descritos, proponemos diversas recomendaciones para poner fin a este espacio de vulneración de derechos.

INTRODUCCIÓN

El derecho laboral hace su aparición mundial en el período en que el trabajo dominado por los gremios profesionales estaba en declive, mientras surgía una nueva lógica en las relaciones laborales. A finales del siglo XVIII, dos tipos de “revoluciones” explotan, dando paso a nuevos paradigmas cuya influencia podemos percibir hasta el día de hoy, estas son la revolución industrial y las revoluciones liberales.

La revolución industrial, con el avance tecnológico aplicado a las nuevas maquinarias, tuvo un papel fundamental en las nuevas dinámicas del trabajo. Según la doctrina, este fenómeno produjo “el desplazo de la mano de obra como principal factor de la producción industrial y, a la vez, se logró incrementar exponencialmente –en apariencia indeterminadamente- la capacidad de producción de cualquier cantidad de trabajo humano que se quisiese aplicar sobre un instrumento mecánico de producción”¹. Este fuerte impacto acarrió la sustitución de las personas por las máquinas en el trabajo y, en comparación al pasado, las industrias requerían una menor cantidad de trabajadores para producir mayores cantidades, por lo que los puestos de trabajo disponibles disminuyeron considerablemente ante una demanda de empleo en constante crecimiento.

Junto a la revolución industrial, las revoluciones burguesas (cuyo ejemplo más conocido es la revolución francesa) sumaron factores que moldearon las nuevas formas de trabajo. Las recientes ideas sobre igualdad y libertad que aparecen luego del derrocamiento de los “antiguos regímenes” derivaron en una nueva idea sobre la libertad de trabajo como paradigma del trabajo asalariado, junto a la idea de mercado de trabajo² que terminaron por desligar y liberalizar el fenómeno laboral de las antiguas ataduras y monopolios de los gremios profesionales. Así, como respuesta a estos dos eventos de

¹ ACKERMAN, Mario. y TOSCA, Diego. 2005. Tratado de Derecho del Trabajo, Vol. I. Buenos Aires: Rubinzal. Culzoni, p. 70.

² Se ha planteado que son cuatro los factores principales en la génesis del derecho laboral, que son: La revolución liberal (libertad de trabajo, trabajo asalariado y mercado de trabajo); el cambio de sistema productivo producto de la revolución industrial; la cuestión social; y un componente ideológico en el “movimiento por la reforma social”. En: MARTÍN, Antonio; SAÑUDO, Fermín y GARCÍA, Joaquín. 2008. Derecho del Trabajo. 17ª edición. Madrid: Tecnos, p. 71.

resonancia mundial, surge un nuevo trabajador, libre y no necesariamente especializado, que venderá su fuerza de trabajo a un empleador que actuará según las leyes del mercado.

Este exceso de oferta de mano de obra y la libertad de trabajo y contratación, se traducen en la libertad de los empleadores para imponer condiciones de trabajo que, lamentablemente, serán aceptadas en su mayoría por trabajadores que preferirán trabajar en condiciones inhumanas antes que perder su sustento económico. En este contexto, la explotación extrema de los trabajadores no se hizo esperar, puesto que en la época de la “cuestión social” no era extraño encontrarse con jornadas de trabajo que excedían las 16 horas diarias, trabajo de menores de 7 años, ausencia de condiciones de seguridad y salud mínimos en los lugares de empleo, pago en fichas canjeables por productos de las pulperías bajo propiedad del mismo empleador, etc.

Ante esta crisis en las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores de la época es que surge el derecho laboral, “como una respuesta orgánica de la sociedad industrial capitalista al problema de la explotación laboral masiva, con la idea de que no es posible concebir una organización social que se establezca con una proporción importante de personas en semejante estado de contradicción”³. Entonces, será la protección de los trabajadores explotados (junto con el apaciguamiento de los fuertes movimientos sociales conformados por trabajadores inspirados principalmente por ideas socialistas y comunistas⁴) lo que fundamenta la aparición de esta rama del derecho como una disciplina autónoma y que se basa en principios distintos a los del derecho común.

El derecho del trabajo existe desde el presupuesto de que en la relación laboral existen dos sujetos principales cuya correlación de poder es intrínsecamente asimétrica. El trabajador será reconocido como la parte más débil dentro de la relación, pues depende económicamente de un empleador que además tendrá facultades de control y mando sobre sus labores. Con el fin de evitar los crueles excesos cometidos en épocas pasadas (aun cuando se sigue reconociendo la libertad de trabajo) se establece un orden público de protección de los derechos de los trabajadores, instaurando mínimos legales respecto de las condiciones de trabajo y otros aspectos como irrenunciables, por lo que cualquier

³ ACKERMAN, Mario. 2005., pp. 71-72.

⁴ La idea de un derecho laboral para amortiguar los movimientos sociales se confirma en pensamientos que parte de la doctrina sostiene. En este sentido se ha establecido que “es preferible conceder los beneficios por anticipado, forma orgánica y debidamente estudiados y financiados, que concederlos como consecuencia de un movimiento obrero” en: HUMERES, Héctor. 1997. Derecho del trabajo y de la seguridad social. 15ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 21.

contrato cuyo contenido esté por debajo esos mínimos acarrea la nulidad de sus cláusulas ilegales y la sanción del empleador que se aprovechó de ellas.

Por todo esto, dentro de esta rama del derecho, el principio protector, entendido como “una directriz política o preferencia etiológica que reclama que en las relaciones laborales se otorgue una tutela o amparo preferente a las personas que trabajan”⁵, adquiere especial trascendencia. Esta categórica protección legal a los derechos del trabajador aumenta su necesidad a medida que decrece su poder de presión sobre el empleador y que, en los casos más extremos, pero no necesariamente más inusuales, llevan a los trabajadores a aceptar condiciones laborales que infringen los mínimos legales.

El presente trabajo surge desde la especial posición de un trabajador que parece ser dejado de lado por la doctrina nacional en la materia. Un tipo de trabajador que, además de encontrarse en una intrínseca posición de desigualdad frente al empleador, reúne otra condición especial de vulnerabilidad: los trabajadores migrantes.

Las migraciones se han definido como “el movimiento de una persona o grupo de personas de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen”⁶. Si bien esta definición es correcta en cuanto a lo formal, las migraciones tienen causas y efectos tales que sobrepasan ampliamente el mero movimiento geográfico de personas.

Como fenómeno de antigua data, las migraciones son un factor esencial a la hora de comprender la composición del mundo actual. Al día de hoy no hay país que no haya sido afectado por las migraciones en sus ámbitos sociales, económicos, políticos o culturales, y desde que las nuevas tecnologías han acortado drásticamente las distancias en cuanto a movilización y comunicación, los tiempos venideros parecen traer un mundo sustancialmente más heterogéneo y multicultural en su composición.

Entre las personas que optan por migrar, nos encontramos con variadas razones o motivaciones para dejar su país de origen: inestabilidad política, pobreza y falta de oportunidades, reunificación familiar, etc., pero el ámbito común en todas ellas es la búsqueda de elementos o herramientas que no se encuentran en el propio territorio⁷.

⁵ ACKERMAN, Mario. 2005., p. 319.

⁶ OIM. 2016. Misión en Colombia Conceptos Generales sobre Migración. [en línea]: <http://www.oim.org.co/conceptos-generales-sobre-migracion.html> [consulta: 30/09/2015].

⁷ En este sentido, el profesor Roberto S. Aruj reconoce “La decisión migratoria, entonces, estaría fundada en una compleja combinación de factores internos y externos; entre los externos más significativos destacamos:

Dejando de lado las migraciones con fines turísticos, entendemos que el dejar el país de nacimiento abarca todo el universo privado de la persona que asume esta decisión. Dejando atrás amigos, familia, costumbres y la propia historia, el migrante se hace camino hacia un nuevo futuro y a un nuevo país donde, lamentablemente, no siempre existe real disposición para recibirlo como un sujeto de derechos.

Detrás de cada migración, hay un proyecto de vida que debe ser sustentado económicamente. La estadía en cualquier país implica costos de subsistencia que deben ser asumidos por el migrante mediante la obtención de un empleo u otra fuente de ingresos. No es extraño, de hecho, que la búsqueda de trabajo sea la razón fundamental de la migración, pues muchas veces los extranjeros serán atraídos por mejores salarios o condiciones laborales que los disponibles en su país de origen. Por esto, es importante establecer que donde existe una migración, la mayoría de las veces, existirá un trabajador migrante.

En general, los ordenamientos jurídicos distinguen entre los migrantes que se encuentran en su territorio, bajo el criterio de la autorización que estos tengan para residir en el país. Se distingue así entre quienes tienen una situación migratoria regular y quienes tienen una situación migratoria irregular. Si bien ambos tipos de migrante presentan problemas relacionados con el estatuto laboral que los rige, son los migrantes en situación irregular los que sufren las mayores vulneraciones a sus derechos.

El migrante que reside irregularmente en nuestro país no sólo debe asumir el desarraigo en un territorio extraño, sino que adicionalmente se enfrenta al hecho de que el sistema jurídico lo reconoce como un factor indeseable, debiendo lidiar siempre con el miedo a ser sancionado. Por ello, habiendo conseguido un trabajo en nuestro país, el migrante evitará confrontar a su empleador o “hacerse problemas” al denunciar los abusos. Todo ello, normalmente coexistirá junto a un desconocimiento generalizado respecto de sus derechos como trabajadores y de los organismos encargados de proteger estos derechos, debido a que “el reclamo de sus derechos laborales les supone perder su empleo

1. Falta de alternativas para los logros ocupacionales. 2. Incertidumbre social sobre el futuro económico. 3. Inseguridad general frente al crecimiento de la violencia. 4. Necesidades básicas insatisfechas.

Entre los factores internos destacamos: 1. Frustración en las expectativas de vida. 2. Frustración en la realización personal. 3. Mandato generacional ligado a la comunidad de la cadena migratoria familiar.” En: ARUJ, Roberto. 2008. Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica. *Papeles de población*. Vol. 14 (55): 95 – 116, pp. 98 y 99.

y ser devueltos a su país”⁸. Estos factores crean una posición negociadora para el trabajador migrante en situación irregular sumamente desmejorada respecto de la posición de los trabajadores nacionales e, incluso, de los mismos trabajadores migrantes en situación regular.

La precariedad de su posición, les permite a los empleadores aprovechar esta oportunidad para abaratar los costos de la mano de obra mediante la vulneración de sus derechos laborales. Por lo tanto, se hace aún más imperativa la protección del derecho laboral para estas situaciones de vulneración. El problema, es que muchas veces son precisamente estos trabajadores quienes se ven menos cubiertos por las políticas de empleo de los Estados.

Desde el nacimiento del Estado moderno, se consideraba que los efectos del fenómeno migratorio únicamente eran de interés de los países de destino. La política migratoria respondía a los fines que el Estado estimaba necesarios, sin consideración a otro tipo de valores, justificado en la exclusividad de este organismo respecto de la soberanía sobre sus propias fronteras⁹. La migración de trabajadores (cuyas variaciones más crueles las encontramos en el tráfico de esclavos) partía desde una visión principalmente económica e inhumana, donde los trabajadores eran considerados simplemente como otro de los factores económicos producto de las relaciones entre Estados.

Este escenario comienza a cambiar luego de las guerras mundiales del siglo XX, cuando se inicia el desarrollo de la codificación del derecho internacional de los derechos humanos como “una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional, como aquellos establecidos por el derecho internacional público”¹⁰, donde la propia dignidad humana emerge como un límite a la soberanía y la actividad estatal y, en lo

⁸ VERGARA, Mónica. 2005. El trabajo de los extranjeros en Chile y en la I región. *Aporte al debate laboral* (17): 1 - 44, p. 22.

⁹ En este sentido se sostiene que el principio de soberanía territorial implica que “(...) en principio, todas las personas que se encuentran en el territorio del Estado -no solamente los nacionales del Estado- se encuentran bajo el poder soberano del Estado. Una excepción a este principio es la inmunidad de los diplomáticos y de los jefes de Estado extranjero” por lo que la facultad el control de fronteras del país, junto a la de expulsar extranjeros se deriva desde este atributo del Estado. En: ROJAS, Víctor. *Derecho Internacional Público*. México D.F.: Nostra Ediciones, 2010. p. 45.

¹⁰ NASH, Claudio. 2005. La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación ¿Continuidad o cambio?. En: MARTINIC, María y TAPIA, Mauricio. (eds.). 2005. Sesquicentenario del Código Civil Chileno. Santiago: Lexis-Nexis, p. 1168.

particular, donde los derechos humanos de los trabajadores migrantes se erigen como una cortapisa a la política estatal migratoria.

Aun cuando existan estos avances en cuanto a los derechos humanos, fenómenos recientes de crisis migratorias nos permiten sostener que el mundo está lejos de cumplir con estos estándares. Muchos países aún imponen un derecho migratorio destinado a la selección de las personas que cumplen con los requisitos del Estado de turno y al desecho de quienes son considerados como “indeseables”, por lo que la lucha contra las vejaciones a la dignidad de los migrantes se encuentra más vigente que nunca.

En el caso de Chile, las inmigraciones continúan constituyendo una cantidad menor que las emigraciones. Sin embargo, aun cuando el número de inmigrantes en nuestro país no alcanza a ser un factor trascendente en las estadísticas (en las cuales nos detendremos más adelante), una visión con base en los derechos humanos implica hacerse cargo de toda vulneración que exista a estos derechos, sin tener que esperar a que la situación explote para comenzar a tomar atención y medidas al respecto.

Problemas jurídicos a abordar e hipótesis

El presente trabajo está focalizado en las consecuencias laborales que acarrea la situación migratoria irregular en nuestra legislación y administración. Aun cuando reconocemos la importancia de todos los derechos que gozan los migrantes desde su dignidad humana, nos abocaremos exclusivamente a los derechos que surgen en la relación laboral y analizaremos la situación específica de los migrantes en situación irregular.

Para ello, inicialmente se realizará una contextualización de las migraciones de carácter laboral en Chile, desde el pasado hasta la actualidad, para luego entrar de lleno en el problema del estatuto jurídico laboral aplicable al trabajador migrante dentro de nuestro ordenamiento. Una vez establecido el derecho interno, nos preguntaremos cuáles son las obligaciones que nuestro país ha adquirido en el ámbito internacional en cuanto a los derechos humanos de los trabajadores migrantes, tanto dentro del sistema universal como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Determinado este marco teórico, sólo quedará resolver el problema jurídico principal de este trabajo, analizando cómo la legislación nacional (laboral y migratoria) influye en la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados. Para ello, nos situaremos en dos períodos, en la estadía de este

trabajador migrante dentro de nuestro país, donde será común que entable relaciones laborales de carácter informal con los empleadores nacionales, para luego analizar lo que ocurre con sus derechos laborales devengados en los casos en que se ejecuta la medida más gravosa que nuestra legislación migratoria contempla, esto es, la expulsión del territorio nacional.

En atención a nuestros primeros acercamientos en la materia y lo que podemos observar en nuestro día a día, la hipótesis de esta investigación es que la actual legislación, tanto laboral como migratoria, no sólo tienen importantes efectos en las relaciones de trabajo de los migrantes en situación migratoria irregular, sino que permiten y promueven la constante vulneración de los derechos laborales de estos migrantes.

Metodología

Como metodología, utilizaremos el método documental en la revisión de la legislación vigente sobre migración, trabajo y previsión social, además lo establecido en nuestra Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales ratificados por Chile en la materia, todo ello además de las interpretaciones de los sectores doctrinarios pertinentes. Junto con ello, analizaremos distintas resoluciones emanadas por los órganos públicos principales que intervienen en las decisiones principales sobre trabajadores migrantes, principalmente desde el Departamento de Extranjería y Migraciones, la Dirección del Trabajo y los Tribunales de Justicia, esto con el fin de comprender la aplicación de esa legislación en la actualidad. También, con el fin de que la detección de los efectos laborales en la práctica sea más eficaz, utilizaremos el método empírico, mediante consultas a determinados organismos de representación y apoyo a los migrantes en nuestro país, con el fin de conocer los problemas prácticos que enfrentan. Por último, mediante el método comparativo evaluaremos el cumplimiento de los estándares internacionales en el caso chileno, para lo cual se tomarán como base las obligaciones adquiridas por Chile en el plano internacional.

En consecuencia con ello, la estructura de nuestro trabajo se compondrá de tres capítulos. Primero, realizaremos un breve análisis de las migraciones en Chile, con el fin de contextualizar la investigación. En el segundo capítulo, revisaremos críticamente el estatuto jurídico migratorio y laboral que hoy afecta a los trabajadores migrantes en nuestro país. Todo ello, junto a las principales instituciones migratorias que afectan las

relaciones laborales de estos trabajadores. Este estatuto será complementado desde la especial óptica de los derechos humanos, mediante la revisión de las obligaciones adquiridas por Chile en los tratados internacionales que ha ratificado (particularmente el tratado internacional de la ONU sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares) como de las tendencias presentes en los sistemas de protección de los derechos humanos en los que Chile se encuentra incorporado (especialmente el sistema interamericano de protección de los derechos humanos).

El tercer capítulo será el principal de nuestra investigación, puesto que usaremos el marco teórico para determinar la influencia de nuestra legislación y su aplicación por los organismos públicos intervinientes en la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados. Nos situaremos en el período de estadía del migrante en nuestro país, donde el foco estará el efecto de esta legislación en la informalidad laboral que tiende a aquejar a este grupo de personas, así como las formas en que esto ha sido abordado por nuestros tribunales y órganos administrativos. Posteriormente, abordaremos los casos en que estos trabajadores son expulsados en razón de su irregularidad migratoria, donde el foco estará en el destino de las relaciones laborales entabladas en nuestro país y los derechos laborales que se encuentran devengados al momento de la ejecución de la medida de expulsión del territorio nacional.

Finalmente, expondremos las conclusiones finales de nuestra investigación junto con las recomendaciones, que estimamos adecuadas, junto a recomendaciones de terceros con los que estamos de acuerdo, para que Chile avance hacia un tratamiento digno de los trabajadores migrantes indocumentados y solucione los problemas planteados en los capítulos de desarrollo, sobre todo en atención a la próxima discusión de una nueva ley de migraciones para nuestro país.

Conceptos clave iniciales

Para el desarrollo posterior, será necesario establecer un marco conceptual para el trabajo con aquellas definiciones de los términos más relevantes. Primero, buscaremos una definición adecuada de lo que entenderemos como trabajador migrante a lo largo de esta investigación.

La convención de la O.N.U. sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias del año 2003, en su artículo 2.1, indica que “se

entenderá por «trabajador migratorio» toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”.

En nuestro país, los estatutos de los trabajadores independientes y dependientes tienen puntos en común pero los distancia la existencia de una relación laboral, por lo que las formas de análisis y protección de los derechos del trabajador en cada caso serán bastante distintas (principalmente políticas públicas en el caso de los trabajadores independientes y establecimiento de derechos irrenunciables ante el empleador en el caso de los trabajadores dependientes).

Atendida la diferencia entre ambos, el presente trabajo tratará únicamente respecto de los trabajadores dependientes, donde existe una relación laboral que lleva aparejada esta diferencia en el poder entre trabajador y empleador, puesto que consideramos que el tratamiento de los trabajadores independientes exige un esfuerzo distinto del que realizaremos en la presente investigación. De esta forma, a menos que se entienda la remuneración en el sentido del artículo 41¹¹ del Código del Trabajo chileno, no utilizaremos la definición entregada por la O.N.U.

Encontramos una definición más adecuada a los fines de este trabajo en el artículo 11.1 del Convenio OIT número 97 sobre los trabajadores migrantes de 1949, que indica “A los efectos de este Convenio, la expresión trabajador migrante 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”.

Esta definición establece como trabajadores migrantes únicamente a aquellos que realizan una actividad remunerada por cuenta ajena, es decir, el producto de su trabajo irá a un empleador que le entregará un salario a cambio de ese trabajo. Esta definición parece más adecuada puesto que se condice con la definición entregada por el artículo 3 del código del trabajo chileno¹², que establece a la subordinación y dependencia como elemento definitorio de un trabajador, de forma que será más fácil hacer coincidir el análisis realizado en esta investigación con la legislación nacional.

¹¹ Art. 41 del Código del Trabajo (en adelante, CT): “se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie evaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.”

¹² Art. 3 CT: “para todos los efectos legales se entiende por: (...) b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”.

Es importante indicar que el concepto de trabajador dependiente que usaremos abarca mucho más que los trabajadores entendidos formalmente como tales, es decir, aquellos que cuenten con un contrato de trabajo escrito. En concordancia con el principio de primacía de la realidad del derecho del trabajo, aún los trabajadores que en el papel se encuentran bajo la figura del contrato (civil) de prestación de servicios pero que materialmente se encuentran en una relación de trabajo (existencia de subordinación y dependencia), serán abarcados por esta definición.

Sin embargo, la definición entregada por el convenio de la OIT pareciera tener un problema. La expresión “cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante” pareciera indicar que sólo los migrantes regulares serían aquellos considerados por la definición entregada, dejando fuera a los migrantes indocumentados; en este sentido, la definición provista por la ONU no hace tal distinción y pareciera ser más adecuada. La expresión “e incluye”, sin embargo, nos lleva a pensar que realmente apunta a que los trabajadores que caigan en la expresión “persona normalmente admitida como trabajador migrante”, serán incluidos dentro de la definición principal y no que se trate de un requisito excluyente. Esto es muy importante, puesto que el centro de esta investigación se encuentra precisamente en los migrantes indocumentados.

Otro esfuerzo por definir a los trabajadores migrantes lo encontramos en la decisión número 545 de la Comunidad Andina (CAN), llamado el “Instrumento Andino de Migración Laboral”. Cabe mencionar que Chile no se encuentra incorporado a este proceso de integración regional que incluye a los países Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, pero el documento da buenas luces sobre el concepto de trabajador migrante. Este organismo define al trabajador migrante andino como “el nacional de uno de los países miembros de la CAN (...) que se traslada de su país de origen a otro país que sea miembro de la CAN con fines laborales bajo relación de dependencia, sea en forma temporal y permanente”¹³. Además de ello, la misma CAN reconoce distintos tipos de trabajadores que entiende incluidos dentro de esta definición, estos son, los trabajadores con desplazamiento individual, de empresa, de temporada y fronterizos¹⁴.

¹³ CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES DE LA COMUNIDAD ANDINA. 2003. Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral. Antioquia, Colombia, Artículo 3, letra e.

¹⁴. a) Trabajadores con desplazamiento individual. Que serán aquellos que migran desde un país miembro a otro país miembro con fines laborales por haber suscrito un contrato de trabajo o por tener o responder a una oferta de empleo desde el país de inmigración.

La Organización Internacional de las Migraciones¹⁵ reconoce similares categorías de trabajadores migrantes, añadiendo a aquellos migrantes altamente calificados que por esta razón reciben un trato preferente por parte del Estado, con menos restricciones para su estadía y trabajo en el país.

Si bien la definición de la CAN está adaptada específicamente a los trabajadores que migren de alguno de los países miembros de la CAN a otro país miembro, es muy útil en cuanto a la clasificación de trabajadores migrantes que realiza. Además, la definición misma parece incluir también a los trabajadores que se encuentran indocumentados dentro del país en la definición. El problema surge cuando se refiere a los fines de la migración, pues únicamente parece abarcar a aquellos trabajadores que migren con fines económicos o laborales, dejando fuera a aquellos que migran por otras razones y, una vez dentro del país, emprenden la búsqueda de empleo. De manera que no usaremos completamente tal definición puesto que excluye a quienes entran al país con motivaciones que no están directamente relacionadas con la obtención de un empleo, por lo que los tipos de visas que obtienen no están sujeta a un contrato de trabajo, pero que igualmente tendrán que trabajar en el territorio del país para poder sustentar su proyecto de vida.

De esta forma, y para evitar confusiones, realizaremos una suerte de combinación de estas expresiones y de lo que la legislación chilena entiende como trabajador, para establecer a qué tipo de trabajador nos referiremos cuando mencionemos a los trabajadores migrantes en lo sucesivo de la investigación. De esta forma, entenderemos por trabajador migrante a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, bajo un vínculo de subordinación y dependencia a un empleador, en un Estado del que no sea nacional.

b) Trabajadores de empresa. Que serán aquellos que se trasladan a otro país miembro distinto de aquel donde tengan su domicilio habitual por un período mayor a 180 días, por disposición de la empresa con la que se encuentran en una relación de dependencia, sea por que esta última tiene sedes en el país de destino o se encuentra en proyecto para tenerla.

c) Trabajadores de temporada. Que serán aquellos que migren a otro país miembro con el fin de realizar actividades cíclicas o estacionales, como aquellas de carácter agrario, forestal o pecuario.

d) Trabajadores fronterizos. Que serán aquellos que, manteniendo su domicilio habitual en un país miembro, se traslada continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro país miembro para cumplir su actividad laboral. En: CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES DE LA COMUNIDAD ANDINA. 2003.

¹⁵ Esta organización reconoce las categorías de: Trabajadores migrantes por contrato; Trabajadores migrantes establecidos; Trabajadores migrantes altamente calificados; Trabajadores ligados a un proyecto; Temporaleros migrantes; y Trabajadores migrantes temporales. En: OIM. 2004. Migración y Trabajo, sección 2.6. En su: Fundamentos de Gestión de la Migración. [en línea]: http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v2/V2S06_CM.pdf [consulta: 30 de enero de 2017].

Con la definición planteada incluimos dentro de nuestra investigación a todo trabajador dependiente de un empleador y que se encuentre trabajando en Chile no siendo nacional de este país, sea que su situación migratoria tenga calidad de regular o irregular y sea de baja o alta calificación profesional. De esta forma, reconocemos dentro de la definición a todas las categorías de trabajadores que revisamos, incluyendo a los migrantes indocumentados y a quienes tomen la decisión de migrar por causas distintas de las económicas o directamente laborales pero que igualmente se encuentren trabajando en el país de destino.

El segundo concepto que importa determinar desde un principio es el de irregularidad migratoria. En primer lugar, hay que despejar del camino del concepto de “migrante ilegal”, tan utilizado hasta el día de hoy pero que, sin embargo, ha sido dejado de lado por la doctrina especializada. Al respecto se afirma actualmente que “en principio, es incorrecto hablar de «migrantes irregulares», pues ninguna persona es «irregular», dado que todas tienen dignidad y derechos humanos que deben ser respetados. Además, la gran mayoría de los migrantes preferiría acogerse a la ley. Hablar de un «migrante ilegal» o de un «no ciudadano ilícito» (...) es todavía peor. Ninguna persona es ilegal o ilícita”¹⁶. Debido a lo altamente conflictivo que resulta en la opinión pública el tema migratorio, el término “ilegal” ha sido utilizado de forma ofensiva o peyorativa contra aquellos que la población considera indeseables, asociando a este tipo de migrantes con conductas de carácter criminal¹⁷. Sin perjuicio de esto, en la práctica internacional aún pervive el concepto “migrante irregular”, encontrándose aún en muchas investigaciones dedicadas a las migraciones. Por estas razones, para evitar confusiones, prescindiremos del término “migrante ilegal” a lo largo de esta investigación y nos referiremos a este tipo de migrantes como indocumentados, irregulares o en situación irregular.

En cuanto al concepto mismo, la OIM nos adelanta en su glosario que “no hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular”¹⁸, por

¹⁶ CASTLES, Stephen. enero 2010. Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales. *Migración y Desarrollo*, Vol. 7 (15): 49 – 80, p. 52.

¹⁷ Se afirma en este ámbito que “El término migrante ilegal ha sido utilizado durante mucho tiempo, sin embargo, la palabra legal tiene una connotación normativa y se relaciona con la idea de delincuencia, cuando a lo que se refiere es a que no ha sido realizado un trámite legal para viajar a otro país.” En: MARTÍN, Magali. 2006. La migración irregular en Latinoamérica. *Anuario Digital CEMI: Migraciones Internacionales y Emigración Cubana* [En línea]. La Habana: [en línea]: <http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2016/02/2-anuario-2006.pdf> [consulta: 31 de enero de 2017].

¹⁸ OIM. 2006. Glosario sobre Migración. *Derecho Internacional sobre Migración* (7): 1- 87, p. 40. [en línea]: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf [consulta: 30 de enero de 2017].

lo que recopilaremos los conceptos usados por organizaciones relevantes en materia migratoria para, al menos, recabar elementos comunes respecto de este tipo de migrantes.

En primer lugar, el Consejo de Políticas de Derechos Humanos, en uno de sus escritos, asoció el concepto de migrante irregular con “la persona que carece de condición legal en un país anfitrión o de tránsito. Es aquella persona que ingresa a un estado sin autorización o que entra a un país legalmente pero después pierde la autorización para permanecer en él. Se le denomina también migrante indocumentado”¹⁹. De esta definición podemos resaltar las dos vías existentes para caer en irregularidad migratoria (entrada sin autorización o pérdida de la autorización ya dentro del territorio), asociando a la migración irregular con la carencia de la autorización necesaria para residir en el país al que llega el migrante. Sin embargo, al referirse a una condición legal, nuevamente nos encontramos con que se asocia este fenómeno con la ilegalidad, cuestión que puede ser utilizado en formas similares al desechado término de migrantes ilegales, por lo que no adoptaremos la definición en su totalidad.

En segundo lugar, la misma Organización Internacional para las Migraciones (OIM) que, en su citado Glosario, señala que un migrante irregular es aquella “persona que habiendo ingresado ilegalmente o tras vencimiento de su visado, deja de tener status legal en el país receptor o de tránsito. El término se aplica a los migrantes que infringen las normas de admisión del país o cualquier otra persona no autorizada a permanecer en el país receptor (también llamado clandestino/ ilegal/migrante indocumentado o migrante en situación irregular)”²⁰. Esta definición parece tener bastantes puntos en común con la anterior, nuevamente haciendo referencia a una condición o status ilegal en el país al que el migrante ingresa. Si bien esto puede ser interpretado de forma poco lesiva, nos parece que la definición que usaremos debe ser clara y libre de ambigüedad en cuanto a que no estamos tratando con migrantes ilegales o con alguna comisión de un delito, si no que meramente ante faltas administrativas.

La Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales también se aventura con un concepto, refiriéndose a la migración irregular como “diversos fenómenos de personas que ingresan o permanecen en un país del cual no son ciudadanos, violando las leyes nacionales. El término se aplica a los migrantes que ingresan o permanecen en un

¹⁹ CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia. Ginebra, Suiza, p. 2.

²⁰ OIM. 2006., p. 43.

país sin autorización, a los solicitantes de asilo rechazados que no respetan una orden de expulsión y a las personas que evaden los controles migratorios mediante matrimonios no consumados o de conveniencia”²¹. Esta última definición pareciera ser más adecuada al término que buscamos, más la utilización del término “ciudadano” no encuentra una recepción orgánica dentro de nuestro sistema jurídico, además de que igualmente plantean la violación de leyes nacionales como un constante en la migración irregular.

Habiendo explorado distintas alternativas que los organismos especializados en las migraciones tienen para ofrecernos, tomaremos de estas definiciones los puntos que mejor expliquen la irregularidad migratoria y agregaremos los elementos pertinentes para adaptarlo a la realidad de nuestro propio sistema jurídico. Así, entenderemos a los migrantes indocumentados o irregulares como aquellos migrantes que carecen de autorización (también llamada visa) para residir en Chile en tanto ingresaron a nuestro territorio nacional por lugares no habilitados por nuestra legislación para ello o que, habiendo ingresado por lugar habilitado, perdieron posteriormente su visa por incumplir alguno de los requisitos que nuestra ley establece. De manera que serán susceptibles de ser sancionados por la comisión de una falta administrativa.

²¹ COMISIÓN MUNDICAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES. 2005. Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Suiza, p. 34. Revisitada en: *Relaciones internacionales Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica* (14), [en línea]: <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/issue/view/14.html> [consulta: 30 de enero de 2017].

CAPÍTULO I: LA MIGRACIÓN LABORAL EN CHILE

1.- La presencia migratoria en Chile, dimensionando el fenómeno

Hoy en nuestro país se están desarrollando simultáneamente intensos debates de interés público en torno al alcance y contenido de los derechos humanos, particularmente, respecto del aseguramiento de derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la migración en Chile ha permitido cuestionarnos sobre la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación en los distintos aspectos de la vida del migrante, especialmente respecto de su acceso efectivo a derechos sociales, su espacio de participación en la definición de políticas públicas y a su integración cultural en la diversidad. Todos ellos han generado conflictos de intereses de orden social, político e incluso simbólico²².

En este sentido, resulta ilustrativo que a nivel gubernamental tanto la administración de Sebastián Piñera, como el presente mandato de Michelle Bachelet, se hayan propuesto reformular la normativa vigente en materia de extranjería, haciendo resonancia, en mayor o menor medida, de las críticas realizadas a la legislación migratoria.

Una forma de evidenciar la relevancia del fenómeno migratorio e implementar políticas públicas que le den adecuada respuesta es cuantificándolo en sus diversas dimensiones, tarea que ha asumido la presente gestión, orientada a obtener “un sistema integrado de información, accesible a todos los servicios del Estado”²³. Como primera aproximación a esta realidad, debemos precisar que Chile es un país del que principalmente emigran personas a emprender proyectos de vida en el extranjero, existiendo aproximadamente cerca de 900.000 nacionales que residen en el extranjero²⁴.

²² JENSEN SOLIVELLAS, M. 2009. Inmigrantes en Chile: La exclusión desde la política migratoria chilena. En: BOLOGNA, E. (Ed.). Temáticas Migratorias actuales en América Latina: remesas política y emigración. Río de Janeiro, Brasil, Asociación Latinoamericana de Población, p. 123.

²³ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2015. Gabinete Presidencial N° 005, Lineamientos e Instrucciones para una Política Nacional Migratoria, Santiago, Chile, p. 5.

²⁴ CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. 2015. Censos de Población de países y Registro INE-DICOEX 2003-2004. [en línea]: www.chilesomostodos.gov.cl/wp/wp-content/uploads/2015/07/Registro-de-Chilenos-en-el-Exterior-2003-2004.pdf, p. 11 [Consulta:

Respecto de las inmigraciones, las estimaciones del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (en adelante, DEM) confirman que, desde 2005, la población migrante aumenta en una proporción de 100.000 personas cada 5 años. Así, si en 2005 se estimaba que había 212.935 residentes extranjeros, hoy se estima que más de 410.988 extranjeros residen en Chile²⁵. Existe, entonces, un aumento gradual y sostenido de la inmigración, que se refleja también en la cantidad de permisos de permanencia definitiva otorgados, que prácticamente se han triplicado durante el mismo período: si en 2005 se otorgaron 11.907, en 2014 se otorgaron 36.024 permisos de Permanencia Definitiva.

Cabe destacar que estas estadísticas se refieren a aquellos migrantes en situación migratoria regular en Chile. Respecto de la migración irregular no existen cifras oficiales, sin embargo, podría estimarse que existen más de 40.000, teniendo en cuenta que en 2008 más de 23.000 inmigrantes en situación irregular se acogieron al Programa de Regularización Migratoria²⁶.

A rasgos generales, la estimación de residentes extranjeros en Chile practicada por el DEM ha considerado como factores relevantes a graduar el país de origen, el sexo, el grupo etario y la distribución a lo largo del país de las comunidades migrantes.

En este orden, se puede afirmar que existe un predominio de la migración regional y fronteriza, pues el 74,9% de los migrantes proviene de América Latina. Además, en términos de estructura poblacional existe una preminencia femenina, pues las mujeres migrantes representan el 52,6%. Otro aspecto fundamental está dado por el examen de grupos de edad: el 65,5% de los migrantes tiene entre 20 y 50 años, lo que da cuenta del carácter laboral de las migraciones, por existir un claro predominio de personas en edad económicamente activa, con una correlativa baja presencia de menores de edad y adultos mayores. Finalmente, la distribución nacional de los migrantes se concentra en los grandes centros urbanos, dentro de los cuales destaca la Región Metropolitana con el 61,7% del total de migrantes residentes en Chile.

27/06/16]. Véase también: Publimetro. 2014. Infografía: ¿Cuántos son, ¿dónde están y cómo votan los chilenos en el extranjero? [en línea]: www.publimetro.cl/nota/politico/infografia-cuantos-son-donde-estan-y-como-votan-los-chilenos-en-el-extranjero/xIQndq!haR081crYWpCo/ [Consulta: 27/06/16].

²⁵ DEM. 2016. Migración en Chile: 2005-2014. Santiago, Chile, p. 21.

²⁶ Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (en adelante, CDH UDP). 2009. Informe Anual 2009: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 255.

En definitiva, una visión general del fenómeno migratorio actual permite caracterizarlo como mayoritariamente regional, de fines laborales, de marcada presencia femenina y concentrado en los principales centros urbanos del país.

2.- La Migración Laboral en Chile

Gran parte de los migrantes que hoy residen en Chile han llegado con un claro propósito: un proyecto de vida encausado en alcanzar mejores oportunidades laborales y calidad de vida para sí mismos y sus familias. Así, “si bien existen diversos motivos para migrar, todo indica que al menos en Latinoamérica y en Chile, responden principalmente a necesidades laborales y/o económicas, razón por la cual quienes dejan su país de origen arriban a otros con la intención de incorporarse al mercado laboral²⁷”.

El análisis estadístico confirma que la migración por motivos laborales ha llegado para quedarse. Respecto de las visas sujetas a contrato en particular, las estadísticas del DEM señalan que, de 2005 a 2014, su otorgamiento se ha triplicado, “superando las 66 mil visas (nuevas y prórrogas) durante 2014²⁸”. De todas formas, la migración laboral también se ve reflejada en el otorgamiento de visas temporarias, que en general son solicitadas por latinoamericanos nacionales de países miembros del Mercosur (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay). Respecto de estos permisos existe un aumento categórico de prácticamente un 400%: si en 2005 se otorgaron menos de 18 mil visas temporarias, en 2014 esta cifra llegó a las 68.505 visas.

Según los datos entregados por la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN) en su versión 2015 la población migrante presenta una mayor tasa de ocupación que los nacionales y se desempeña generalmente en el comercio, el servicio doméstico, los hoteles y restaurantes y la construcción²⁹.

Estas cifras confirman la clara preponderancia de la migración por motivos laborales, la cual incluso se ha incrementado en la última década, en comparación a otros proyectos migratorios. Sin embargo, respecto al otorgamiento de permisos temporales –

²⁷ VALENZUELA, P. et al. 2014. Integración laboral de los inmigrantes haitianos, dominicanos y colombianos en Santiago de Chile. *Revista Antropologías del Sur*, N° 2, Santiago, Chile, p. 104.

²⁸ DEM. 2016., p. 32.

²⁹ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional 2015. Inmigrantes. Principales resultados (versión extendida). Inserción laboral e ingresos. Santiago, Chile, pp. 62-95.

particularmente, la visa sujeta a contrato y la visa temporaria-, cabe esperar que sus cifras tengan una importante tendencia a la baja. Con la reciente aprobación de la visa temporaria por motivos laborales³⁰, vigente desde el 02 de marzo de 2015, es muy probable que se ubique como una de las predilectas en el flujo migratorio reciente, dada su flexibilidad y favorecimiento de la regularidad migratoria, tema que desarrollaremos más detenidamente respecto del análisis de la normativa nacional.

Otros aspectos relevantes de la migración laboral reciente son el crecimiento sostenido de la comunidad colombiana y la presencia de migrantes al norte del país, respecto de la primera, cabe destacar que:

“[...] en 10 años ha pasado de significar el 3,1% de las visas sujetas a contrato anuales al actual 32%, aumento sostenido que se compensa también con la significativa baja de nacionales del Perú que acceden a este permiso. Así, si en 2005 Perú representaba el 71,7% de las Visas Sujetas a Contrato entregadas, en la actualidad dicho porcentaje se ha reducido al 44,0%”³¹.

Respecto del crecimiento de comunidades migrantes en el Norte del país, este se explica por las interesantes ofertas de trabajo en torno a la actividad minera, como así también por representar los principales puntos de ingreso al país. Esto ha llegado a significar que en las regiones de Tarapacá, Arica y Parinacota y Antofagasta la presencia de los migrantes sea más visible, pues a nivel local representan el 7,4%, 5,8% y 4,6% respectivamente, superando ampliamente el 2,3% que representan a nivel país en la actualidad³².

Más allá del análisis estadístico, entendemos que el carácter laboral de las migraciones también se manifiesta en su doble dependencia a una fuente de trabajo, que está dada tanto por ser su principal medio de supervivencia, como por el hecho de constituir el principal motivo para regularizar su situación migratoria en el país (como se analizará, gran parte de los permisos de residencia se otorgan en virtud de la existencia de una relación laboral). Hablamos de un grupo vulnerable dentro de la población que, según la nueva forma de medir la pobreza a nivel gubernamental, vive en condiciones de ‘pobreza

³⁰ DEM. 2015. Circular N° 07 que Instruye sobre visación temporaria por motivos laborales. Santiago, Chile. 26 de febrero de 2015.

³¹ DEM. 2016., p. 34.

³² DEM. 2016., p. 26.

multidimensional³³, es decir, de una ausencia o carencia en el ejercicio y goce de sus derechos sociales básicos, tales como: educación, vivienda, salud, trabajo y seguridad social. Los migrantes del último tiempo, entonces, tienen al trabajo asalariado en Chile como principal herramienta de combatir su propia pobreza.

En definitiva, el fenómeno migratorio se ha instalado como una situación relevante para el país y, por ende, para la agenda pública. Cabe entonces preguntarnos: ¿Cuáles han sido las medidas implementadas por el Estado chileno ante este fenómeno a lo largo de su historia? A rasgos generales, ¿qué política se encuentra realizando hoy?

3.- Breve historia de la política migratoria chilena hasta la actualidad

A lo largo de su historia, Chile ha sido un país que ha recepcionado extranjeros de distintos orígenes, lo cual se ha dado tanto como un resultado de *políticas migratorias* dirigidas a la atracción de migrantes, como así también por factores externos a su marco de acción, generalmente, por el contexto político y económico de los países de los cuales emigran hacia Chile.

Entendemos por *políticas migratorias* “todas las propuestas institucionales (leyes, decretos, resoluciones, directrices, acciones u omisiones, etc.) que determinado Estado desarrolla sobre la entrada, salida y/o permanencia de población nativa y/o extranjera dentro de su territorio”³⁴. Así, pueden desarrollarse políticas migratorias que, en mayor o menor medida, favorezcan o desincentiven el tránsito y permanencia de migrantes en el país.

En este orden de ideas, Chile ha implementado principalmente tres políticas migratorias a lo largo de su historia como República, las que distinguimos en los siguientes períodos:

1. *Modernización del país (1845-1973)*: durante este período se mantuvo una política de atracción selectiva de inmigrantes. Así, desde un comienzo la Ley de Colonizadores de 1845 promovió, “por una parte, poblar el sur de Chile (proceso conocido como políticas de

³³ CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Informe de desarrollo social 2015. Santiago, Chile, pp. 6-13.

³⁴ MÁRMORA, L. 1993. Las políticas de Migraciones Internacionales. Argentina, XIII Curso Interamericano sobre Migraciones Internacionales, p. 1.

colonización) y, por otra, intentar ‘mejorar la raza’. Para ello las medidas adoptadas privilegiaron abiertamente el ingreso de inmigrantes blancos (europeos)”³⁵. Los efectos de esta normativa se concentran principalmente hasta comienzos del Siglo XXI, con el asentamiento de más de 3.000 inmigrantes –destacándose los nacionales de Alemania– y la fundación de nuevas ciudades al sur de Chile, ocupando territorios que históricamente pertenecieron a las comunidades Mapuche. Posteriormente, en la década de 1940 se crea un Consejo de Inmigración orientado a la recepción de sobrevivientes de la segunda Guerra Mundial, sin mayores efectos. Además, en 1953 se crea el Departamento de Migración y Extranjería, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores³⁶.

2. *Dictadura cívico militar (1973-1990)*: mediante la ‘Ley de Extranjería’³⁷ (en adelante, DLE) y su posterior Reglamento³⁸ (en adelante, RE) el régimen instauró una política migratoria caracterizada “por una orientación policial y de control fronterizo, cuyo principal objetivo era evitar la entrada de ‘elementos peligrosos o terroristas’ que amenazaran la ‘estabilidad nacional’. Se mantuvo el carácter selectivo de la ley y se reforzó la noción de seguridad nacional y territorial”³⁹. Este tipo de política causó una reducción considerable de la población inmigrante, que llegó a un mínimo histórico de 84.345 extranjeros en el país, representando un 0,7% de la población total en 1982⁴⁰.

A su vez, este período se caracteriza por vivenciar uno de los procesos más importantes de emigración de chilenos hacia el exterior, víctimas de la persecución política del régimen cívico militar.

3. *Transición y estabilidad democrática (1990-2016)*: la reactivación económica del país y su estabilidad política-institucional han favorecido un aumento considerable del flujo de inmigrantes durante este período; compuesto mayoritariamente por (i) mujeres, (ii) de origen sudamericano, (iii) que emigran de sus países por motivos laborales, (iv) con una

³⁵ STEFONI, C. 2002. Inmigración peruana en Chile. Una oportunidad a la integración. 1ª Ed. Santiago, Chile, Editorial Universitaria, p. 48.

³⁶ Decreto con Fuerza de Ley (en adelante, DFL) N° 69. CREA EL DEPARTAMENTO DE INMIGRACIÓN Y ESTABLECE NORMAS SOBRE LA MATERIA. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 8 de mayo de 1953.

³⁷ Decreto Ley N° 1.094. ESTABLECE NORMAS SOBRE EXTRANJEROS EN CHILE. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 19 de julio de 1975.

³⁸ Decreto Supremo N° 597. APRUEBA NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA. 24 de noviembre de 1984.

³⁹ STEFONI, C. 2002. p. 51.

⁴⁰ CHILE. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (en adelante, INE). 1982. Censo de Población de 1982. Características de la migración, Tomo I, Santiago de Chile, 21 de abril de 1982, p. 174.

fuerte concentración en la Región Metropolitana y (v) con una inserción laboral precaria y segmentada en el mercado de trabajo⁴¹.

Pese a este aumento creciente, aún no se ha implementado una política migratoria acorde al estado del fenómeno, pues solo se han introducido pequeñas modificaciones a la Ley de Extranjería, aplicándose medidas coyunturales como respuesta a las falencias legislativas. Esto se refleja, a modo de ejemplo, en que los planes de regularización de inmigrantes irregulares –o “amnistías”- implementados en los Gobiernos de Eduardo Frei (1998) y Michelle Bachelet (2008) sean unos de los procesos más significativos de este período.

En la actualidad, la creación de una nueva ley de migraciones se ha planteado como el camino a seguir en los Gobiernos recientes, que han entendido, en menor o mayor medida, que no basta con introducir modificaciones al actual DLE, sino que debe crearse una nueva normativa acorde con el contexto actual de las migraciones y las obligaciones adquiridas en el plano del derecho internacional de los derechos humanos.

En mayo de 2013, el Gobierno de Sebastián Piñera (2010-2014) envió un Proyecto de Ley⁴² a la Cámara de Diputados que no superó el primer trámite constitucional. Hoy, la administración de Michelle Bachelet (2014-2017) propuso una Política Nacional de Migraciones en su Gabinete Presidencial N° 005 de 2015, declarando un importante papel a los derechos humanos en su elaboración. En efecto, ordena la creación de un Consejo Consultivo de Migraciones⁴³, compuesto principalmente por organizaciones sociales de la sociedad civil, autoridades y académicos especialistas en el área, cuyo principal objetivo es “proponer a la Presidenta de la República un nuevo marco normativo que reemplace la legislación migratoria que se encuentra vigente y que tenga como fundamento los

⁴¹ Organización Internacional para las Migraciones (en adelante, OIM). 2011. Perfil Migratorio de Chile. Buenos Aires, Argentina, pp. 31-41.

⁴² Para un análisis crítico del Proyecto, revisar: Servicio Jesuita a Migrantes y Refugiados. 2013. Nueva Ley de Migraciones: Chile pide mano de obra y vienen personas. CIPER Chile. [en línea]: <http://ciperchile.cl/2013/06/21/nueva-ley-de-migraciones-chile-pide-mano-de-obra-y-vienen-personas> [consulta: 19/01/2017].

⁴³ Cabe mencionar que, en mayo de 2016, el Consejo sesionó por primera vez, después de haberse elaborado el anteproyecto de ley del actual Gobierno. Por lo tanto, si bien es valorable que puedan hacer comentarios antes de su envío al Congreso Nacional, no fueron parte de la discusión desde su origen. Para más información, consultar: DEM. 2016. Consejo Consultivo Nacional de Migraciones celebró su primera sesión. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/05/16/consejo-consultivo-nacional-de-migraciones-celebro-su-primera-sesion> [consulta: 19/01/17].

compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por Chile”⁴⁴. Sin embargo, cabe cuestionarse si tal discurso de derechos humanos tendrá aplicación práctica, pues aún no se ha enviado al Congreso Nacional el proyecto de ley de migraciones anunciado para marzo de 2016, y pese a formar parte de la agenda pública del DEM, el actual Gobierno tiene presupuestado realizar una revisión mayor del proyecto antes de enviarlo al Congreso, estimando que su aprobación no tendrá lugar durante el mandato presidencial de Bachelet⁴⁵.

Tras esta breve revisión de las *políticas migratorias* implementadas por Chile, es posible señalar que más que políticas migratorias, el Estado chileno ha implementado medidas de orden coyuntural que responden a objetivos específicos y funcionales a su desarrollo económico y estabilidad nacional. La comprensión del fenómeno migratorio desde la perspectiva de las necesidades del mercado y el orden público conlleva entonces a mantener la normativa vigente: un modelo de “guardia de tráfico”, con una lógica policial e instrumental/laboral⁴⁶ que no permite construir una política migratoria de largo plazo.

Si bien el objetivo de este trabajo no radica en la elaboración de una política migratoria, cabe mencionar que, a nivel internacional, por ejemplo, en la Unión Europea se han desarrollado instrumentos que permiten medir la eficacia de las políticas migratorias implementadas por los Estados, a partir de los siguientes ‘parámetros de integración’: empleo, nivel educacional, riesgo de pobreza, involucramiento y acogida⁴⁷.

Estos instrumentos son conocidos como los *indicadores de Zaragoza* y permiten objetivar el fenómeno migratorio desde un punto cualitativo, es decir, ya no solo contabilizando la cantidad de migrantes que ingresan al país o que solicitan tal o cual permiso de residencia, sino calificando su estándar de vida en el país de acogida (por ejemplo, respecto de su nivel educacional, su renta neta media respecto de la población total o su posibilidad de ser acceder a cargos de representación popular). Este tipo de iniciativas, junto al debido respeto y promoción de las obligaciones internacionales

⁴⁴ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2015., p. 7.

⁴⁵ ÁGUILA, F. 2016. Jefe de Extranjería y Migración reconoce que no habrá nueva ley en este Gobierno. [en línea]: El Mercurio, Sección Nacional, 28 de noviembre de 2016 <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/11/28/833093/Jefe-de-Extranjeria-y-Migracion-reconoce-que-no-habra-nueva-ley-en-este-Gobierno.html> [consulta: 19/01/17].

⁴⁶ 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. *Revista Electrónica Isegoría*. España, p. 67-69.

⁴⁷ Conferencia Ministerial Europea sobre la Integración. 2010. Declaración de Zaragoza. Zaragoza, España, 15 y 16 de abril de 2010, p. 17.

adquiridas por Chile en materia de derechos humanos, son, en nuestra opinión, un buen barómetro a considerar para la elaboración de una política migratoria de largo plazo, pues permiten considerar al migrante desde un punto de vista integral, ya no solo como “trabajador” o “mano de obra necesaria para el desarrollo económico”, sino como persona humana y sujeto de derechos.

CAPÍTULO II: ESTATUTO DEL TRABAJADOR MIGRATORIO IRREGULAR

1.- Derecho internacional vigente en Chile

Los derechos de los trabajadores migrantes, como veremos más adelante, no se encuentran debidamente desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico, menos aún en el caso de aquellos que se encuentran en situación migratoria irregular.

En el ámbito internacional, en cambio, es donde encontramos una regulación de mayor riqueza y especificidad respecto de los derechos de los trabajadores migratorios. Los instrumentos jurídicos emanados de estas instancias manifiestan mucho más claramente los esfuerzos de la comunidad internacional, destinados al reconocimiento de derechos adecuados a la especial realidad de los trabajadores migrantes en situación migratoria irregular.

En este capítulo nos referiremos a los derechos que componen el estatuto jurídico del trabajador migrante dentro los sistemas de protección internacional de los derechos humanos cuyos instrumentos han sido ratificados por Chile. Acorde al enfoque de nuestro trabajo, serán aquellos que tienen una situación migratoria irregular el centro de atención. Abordaremos principalmente las normas que los contemplan junto a aquellas que se refieren a las sanciones a las que típicamente se encuentran expuestos estos trabajadores (multas, expulsión, entre otras).

1.1.- Obligaciones internacionales adquiridas por Chile sobre Derechos Humanos

Nuestra Constitución Política, en la reforma realizada en 1989 incluyó el discutido artículo 5, que en su inciso 2º incorpora al ordenamiento jurídico nacional los “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...) garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” en calidad de límites a la soberanía del Estado.

La doctrina nacional se ha pronunciado respecto de la jerarquía que estas normas ostentan dentro de nuestro ordenamiento, y con la reforma de nuestra Constitución en

1989, parte de esta doctrina considera que “la enmienda al inciso segundo del artículo 5° reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó al rango constitucional a los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales ratificados por Chile en todo su acervo”⁴⁸.

A nuestro juicio, los derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento por este artículo tienen rango constitucional. En esta línea concordamos con el análisis que realiza el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH) al indicar que “cualquier jerarquía menor a la constitucional, implicaría abrir una ventana jurídica para que el Estado modifique sus obligaciones internacionales mediante la vía legal interna”⁴⁹.

La jurisprudencia, al pronunciarse sobre este tema, ha sido vacilante en sus posiciones. Si bien la Corte Suprema ha reconocido el rango constitucional de los derechos contenidos en tratados de esta naturaleza, igualmente ha mantenido una postura distinta sin mayor tiempo de diferencia con la sentencia anterior⁵⁰. En cambio, nuestro Tribunal Constitucional, ente encargado de velar por el cumplimiento de la Constitución, ha tenido una visión progresiva que parece apuntar, cada vez más, al reconocimiento de su rango constitucional⁵¹.

Para efectos de la presente investigación, realizaremos la revisión de este estatuto con un exclusivo enfoque en los derechos humanos de índole laboral y migratorio que podemos encontrar en los dos principales sistemas de protección de derechos humanos que afectan al ordenamiento jurídico chileno: el sistema universal y el interamericano.

1.1.1.- Sistema universal de protección de derechos humanos

En este sistema, si bien son pocos los casos de protección integral a los estatutos de trabajador y migrante como conjunto, existen esfuerzos específicos por suplir esta falta dentro del sistema.

⁴⁸ NASH, Claudio. 2012. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno. Santiago: Centro Derechos Humanos Universidad de Chile, p. 22.

⁴⁹ INDH. 2014. Situación de los Derechos Humanos en Chile: Informe anual 2014. Santiago: INDH, p. 20.

⁵⁰ Para un estudio acabado de esta postura ver: HERNÁNDEZ, Miriam. 2008. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Revista estudios constitucionales* (2): 73-119.

⁵¹ Los tribunales de nuestro país han manifestado tendencias progresivas al reconocimiento de este rango constitucional, desde su incorporación al “bloque de constitucionalidad”. Para un estudio sobre estas tendencias ver: NUÑEZ, Constanza. 2015. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos* (11): 157-169.

Primero, cabe hacer mención a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), como instrumento base de este sistema. Aun cuando aquí se reconocen derechos humanos laborales⁵², estos no se refieren a la situación de los migrantes en especial, por lo que la fórmula para que los migrantes no sean privados de su goce es por medio de la cláusula de igualdad subordinada (en tanto se refiere a la igualdad en el goce de los derechos establecidos en la misma declaración, y no a un principio de igualdad en general) de su artículo 2.

El problema con esta declaración es que no se sometió a un proceso de ratificación por parte de los Estados miembros de la organización, funcionando como un instrumento declarativo no vinculante para estos. Por ello, las primeras opiniones sobre el valor de la DUDH apuntaban a una naturaleza política más que jurídica, indicando que “la Declaración no tiene efectos vinculantes (...) es una recomendación, por haber sido adoptada como declaración precisamente y no como una Convención”⁵³. Posteriormente, se le ha reconocido valor como norma de interpretación, como norma consuetudinaria y hasta como principio del *ius cogens*⁵⁴. Por lo que es imposible desconocer el valor de la declaración como el principal referente que marca el primer paso en la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, no parece existir aún un acuerdo que permita declarar determinantemente el valor jurídico de la DUDH. Para este análisis bastará con reconocer su importancia como paradigma dentro del sistema de protección universal, avocándonos a la búsqueda de normas cuya fuerza obligatoria sea evidente y de carácter más específico al caso de los migrantes irregulares que nos convoca.

En atención a esta noción inicial sobre DUDH, para otorgar protección jurídica directa a los derechos humanos se crean los pactos internacionales de derechos humanos. Si bien no existe órgano supraestatal que imponga por la fuerza el respeto a los derechos

⁵² Estos derechos son: 1. La prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos; 2. El derecho a la seguridad social; 3. Los derechos al trabajo, a la libertad de trabajo, a gozar de condiciones equitativas de empleo, a obtener una remuneración equitativa y satisfactoria, a la igualdad y no discriminación en materia salarial y a la libertad sindical individual y de constitución; 4. y el derecho a descanso. Cabe mencionar que el artículo 22, de forma genérica, asegura el derecho a que el Estado realice los esfuerzos necesarios para asegurar la satisfacción de los derechos llamados económicos, sociales y culturales, sin hacer referencia a cuáles son estos en específico.

⁵³ VENTURA, Manuel. 1996. “El valor de la declaración universal de derechos humanos”. En: CANÇADO, Antônio (ed.). 1996. El mundo moderno de los derechos humanos: Ensayos en honor de Thomas Buergenthal. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 258.

⁵⁴ Para un recuento de estas posturas ver: NOVAK, Fabián. 1998. Declaración Universal de Derechos Humanos Cincuenta años después. *Revista Agenda Internacional* (10):75 – 86.

reconocidos en la convención, la obligatoriedad de los derechos contenidos en estos pactos se apoya en vías distintas a las tradicionales, principalmente en comités que fiscalizan e informan de la efectiva protección que se les otorga en cada Estado obligado.

En primer lugar, revisaremos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)⁵⁵, que aunque no se considera como un instrumento de derechos económicos, sociales y culturales (categorías donde entran los derechos laborales), igualmente incluye derechos de este tipo⁵⁶.

Por el carácter general del pacto, no existe especial referencia en el ámbito laboral a los migrantes, pero esto no es obstáculo para el goce por este grupo de los derechos reconocidos allí, también por medio del principio de igualdad, también expresado en una cláusula subordinada en su artículo 2.

Cabe mencionar que el pacto, en sus artículos 12 y 13, incluye derechos que dicen relación con la libertad de circulación entre países (incluye la libertad de entrada al territorio del país de donde se es nacional y la libertad de salida de cualquier país en el que la persona se encuentre) y dentro del territorio de estos países (incluye la libertad de circulación y de residencia dentro del territorio), además de garantizar derechos procesales básicos para el caso de las expulsiones (debe basarse en causales legales, asegurar el derecho a ser oído y a recurrir en caso de que se tome la decisión de expulsar).

Pero el pacto no otorga estos derechos de forma amplia, sino que reconoce limitaciones a su goce en el orden público, la moral y buenas costumbres, derechos de terceros y, en especial, en la seguridad nacional. Estos, al ser conceptos jurídicos indeterminados, deben ser invocados con suma cautela por los Estados, puesto que el uso arbitrario de ellos implica una violación a los derechos humanos, especialmente al principio de igualdad y no discriminación.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)⁵⁷ le otorga un mayor énfasis a los derechos laborales, en comparación a los tratados revisados⁵⁸.

⁵⁵ Este pacto fue ratificado por Chile en 1972, junto a su primer y segundo protocolos facultativos en 1992 y 2008, respectivamente, por lo que se reconoce la competencia del Comité de Derecho Civiles y Políticos para conocer de las violaciones a los derechos consagrados en el pacto.

⁵⁶ Así, en su artículo 8, se consagran la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, estableciendo distinciones respecto de este último término y en su artículo 22 reconoce el derecho a la libertad sindical individual y de constitución.

⁵⁷ Este pacto fue ratificado por nuestro país en 1972.

Tal como el PIDCP, este pacto tampoco contempla disposiciones específicas respecto de los trabajadores migrantes, pero entendemos que estos últimos también gozan plenamente de los derechos contenidos en él, a partir del principio de igualdad reconocido en su artículo 2.

El problema es que nuestro país aún no ratifica el protocolo facultativo (2008) asociado al pacto que entrega competencia al comité de derechos económicos, sociales y culturales para conocer de los casos de violación a los derechos contenidos en el pacto. Aun cuando esta situación impida la aplicación de los mecanismos de presión que el protocolo contempla para estos derechos, entendemos que el Estado igualmente está obligado a respetar el pacto en tanto se encuentra ratificado.

En los tratados internacionales más específicos ratificados por nuestro país también podemos encontrar breves reconocimientos de derechos humanos laborales y otros aplicables los trabajadores migrantes en tanto formen parte de los grupos específicos a quienes están dirigidos dichos instrumentos⁵⁹.

Como mencionamos, en los tratados revisados hasta ahora, el trabajador migrante no es tratado de forma específica. En todos existen derechos laborales que les corresponden en tanto personas (y cuya privación o goce discriminatorio está protegido por el principio de igualdad), pero no hay un tratamiento particularizado a los obstáculos que enfrentan estos trabajadores en la práctica para conseguir el goce efectivo de estos derechos.

Por ello es que en 1990 se crea la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁶⁰ (en adelante, CIDTMF). Su importancia reside en que recopila derechos ya establecidos para todos en razón de su dignidad como integrantes de la especie humana y los desarrolla en vista de

⁵⁸ Estos son: el derecho a trabajar y la libertad de trabajo, explicitando el deber de garantía de este derecho por parte de los Estados para lograr su goce; el derecho a gozar de condiciones equitativas en el trabajo; el derecho a un salario mínimo que asegure condiciones de vida digna para el trabajador y su familia; el derecho a igualdad salarial y el principio de igualdad y no discriminación en materia laboral; el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo; el derecho a descanso correspondiente a una jornada de trabajo razonable; los derechos colectivos del trabajo (libertad sindical de constitución y la autonomía sindical, junto a la explícita mención del derecho a huelga, estableciendo limitaciones sólo para el caso de las fuerzas armadas, de policía y la administración del Estado; el derecho de toda persona a la seguridad social).

⁵⁹ Este es el caso de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención Internacional de los derechos del niño (1989); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

⁶⁰ Ratificado por nuestro país recién en 2005 y su texto fue Decreto N° 84. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 08 de Junio de 2005.

las situaciones particulares ante las cuales se encuentran los trabajadores migratorios en la realidad mundial.

El mecanismo de control contemplado para el cumplimiento de sus disposiciones es un Comité que tendrá facultades para examinar la situación de los países han ratificado la convención, respecto del estado de los derechos en cada uno de ellos mediante la entrega de informes a las autoridades de la ONU y a los mismos países afectados.

La CIDTMF no se avoca exclusivamente al reconocimiento de derechos humanos laborales de los migrantes, sino que analiza y considera su situación de forma integral. En ella se encuentra una gran variedad de derechos, que salvaguardan distintos ámbitos de la vida del migrante en su paso por el “Estado de empleo” y su “Estado de origen”.

De forma preliminar, el tratado reconoce que el principio que trasciende a todo el texto es el de igualdad y no discriminación. Así, el artículo 1 establece que la convención será aplicable a todos los trabajadores migrantes, vedando la posibilidad de que un Estado realice una diferencia en el trato basado en alguna de las “categorías sospechosas” que indica en el artículo.

La CIDTMF destina uno de sus capítulos a los derechos destinados a todos los trabajadores migrantes y sus familiares, abarcando a personas en situación migratoria regular e irregular. En esta sección se recopilan principalmente derechos civiles y políticos, derechos relacionados con el acceso a la justicia y a la situación del extranjero como objeto del poder punitivo del Estado, además de derechos sociales.⁶¹ Además, se incluye un grupo de derechos ligados directamente al fenómeno migratorio⁶². En esta categoría se encuentran:

a) La libertad de salida de cualquier territorio, junto al derecho de retorno al país de origen del trabajador migrante (artículo 8);

b) La prohibición de confiscar o destruir aquellos documentos que acrediten la situación migratoria o sean importantes para los procedimientos de solicitud para el permiso de residencia en el territorio por parte de las autoridades del país (artículo 21);

⁶¹ Estos son: el derecho a la atención médica urgente; el derecho a la educación en igualdad de condiciones respecto de los nacionales; los derechos a la protección y preservación de la propia identidad cultural.

⁶² La convención, en sus artículos 34 y 35 reconoce que estos derechos no eximen al trabajador del deber de regularizar su situación, ni impiden que el Estado ejerza los actos que le competen en razón de su situación migratoria como es la expulsión del territorio nacional.

c) Los derechos de información de la situación migratoria de los trabajadores migrantes y las opciones con las que cuentan para gozar de un estatus migratorio regular (artículo 33);

d) El derecho a que se tomen las providencias necesarias para informar al consulado del país de origen del trabajador migratorio y recibir la protección correspondiente de parte de ese órgano (artículo 23);

e) El derecho a que, en el ejercicio del derecho a retorno, el migrante pueda llevar todos aquellos bienes que posea devuelta con él (artículo 32); y,

f) El establecimiento de condiciones para el procedimiento de expulsión de los extranjeros del territorio nacional.

Como veremos más adelante, la situación de irregularidad migratoria se encuentra estrechamente ligada a la expulsión del territorio nacional, por lo que nos detendremos especialmente en las normas referidas a esta sanción. El artículo 22 de la CDTMF establece ciertos principios y derechos esenciales para la protección del migrante ante este tipo de procedimientos.

Este artículo se compone los siguientes apartados:

a) Prohíbe las expulsiones colectivas, asegurando el derecho a que cada caso sea revisado con detención, evitando el uso de la expulsión para fines de limpieza étnica o como políticas públicas racistas (numeral 1).

b) Establece como requisito de procedencia una decisión tomada por una autoridad competente, además de requisitos básicos del procedimiento (notificación de la decisión en un idioma que el extranjero entienda y exposición fundada de las razones en las que se basa esta decisión) (numerales 2 y 3).

c) Incluye el derecho a recurrir respecto de la decisión de expulsar, recurso que deberá tener efectos suspensivos (numeral 4).

d) Para evitar expulsiones arbitrarias, establece el derecho a indemnización conforme a la ley en caso de revocación de la expulsión (numeral 5).

e) Una vez que se determine procedente la expulsión, determina el derecho a solicitar autorización de ingreso a un Estado distinto de su Estado de origen y la distribución razonable de los gastos del procedimiento (numeral 8).

Adicionalmente, su numeral 6 prescribe: “La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden”.

La convención se hace cargo de una posibilidad muy lesiva de los derechos laborales, como lo es la situación en que el empleador se encuentre en deuda del salario u otras prestaciones laborales que correspondan al momento de producirse la expulsión, que en la práctica puede implicar que estos nunca sean pagados. Más adelante, se establece el principio que impide que sean menoscabados los derechos adquiridos en conformidad con la legislación del Estado de empleo (haciendo énfasis en el derecho a recibir el salario), que viene a reforzar esta idea.

La CIDTMF también establece derechos laborales para todos los trabajadores migrantes. En su artículo 25 reconoce el ya mencionado principio de igualdad de trato en materia laboral, pues no podrán recibir un trato desfavorable (por parte del Estado y de empleadores privados) en lo que se refiere a remuneraciones, condiciones de trabajo (jornada de trabajo, descansos, seguridad, salud, despido, horas extraordinarias, vacaciones y cualquier otra que se encuentre en la ley) y condiciones de empleo (requisitos y restricciones para ejercer un empleo)⁶³. La convención hace especial énfasis en que no obstará para la aplicación de este principio la situación migratoria irregular de los trabajadores, de manera que sin importar las infracciones, no se eximirá ni absoluta ni parcialmente al empleador de las obligaciones que la ley y el contrato de trabajo le imponen.

El Comité, en este sentido, expresa que “aunque los Estados partes pueden denegar a los trabajadores migratorios que carecen de permisos de trabajo el acceso a sus mercados laborales, una vez que se inicia una relación de empleo y hasta que termina, todos los trabajadores migratorios, incluidos aquellos en situación irregular, tienen derecho a las mismas condiciones de trabajo y de empleo que los nacionales”⁶⁴. De forma que la convención no niega de la soberanía que ostenta el Estado para evitar que migrantes irregulares trabajen en el país, sino que en el momento en que la relación laboral se

⁶³ En cuanto a los derechos colectivos del trabajo, la CIDTMF reconoce de forma muy escueta el derecho a afiliación sindical y solicitud de apoyo a este tipo de organizaciones.

⁶⁴ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2013. Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. Naciones Unidas, p. 18.

consolidada, se llega a un punto de no retorno en cuanto a la protección que se le debe a los derechos del trabajador.

En cuanto a la seguridad social, el artículo 27 dispone que los trabajadores migrantes no podrán recibir un trato desigual en cuanto a las prestaciones de seguridad social que ofrezca un Estado si es que cumplen los requisitos que los nacionales deben cumplir para poder recibirlas. De manera que la distinción únicamente basada en la condición migratoria o nacionalidad debe estar razonablemente justificada, además de que los Estados tendrán la obligación de devolver las contribuciones realizadas por los trabajadores migrantes que estén relacionadas con alguna de las prestaciones que haya sido negada⁶⁵.

Como indicamos, tanto los migrantes en situación regular como aquellos en situación irregular gozarán de los derechos mencionados, pero la convención reserva algunos de ellos únicamente para los trabajadores en situación migratoria regular. Aun así, creemos que una aplicación adecuada del principio de igualdad y no discriminación permite extender dichos derechos a los migrantes indocumentados, dependiendo del caso. De hecho, como veremos, en nuestro ordenamiento jurídico no se realizan esas distinciones.

Vale la pena igualmente revisar parte del contenido previsto solamente para los trabajadores migrantes documentados. Aquí se incluyen reglas sobre las autorizaciones de residencia y trabajo, situación que repercutirá en la regularidad o irregularidad de los trabajadores migrantes. Estas se encuentran en el artículo 49 y se refieren a los casos donde el permiso de residencia y empleo exige autorizaciones separadas. Principalmente, establecen que la autorización de residencia deberá otorgarse, al menos por un mismo período de duración que el permiso de empleo, y para los casos donde el extranjero cese en su actividad remunerada antes del vencimiento del permiso de residencia, no podrán ser considerados irregulares ni retirárseles la visa por ello. Es más, la convención dicta que en estos casos deberá otorgarse un plazo suficiente para encontrar un nuevo empleo, plazo que al menos corresponda al período en que tuvieron derecho a prestaciones de desempleo.

⁶⁵ El comité realiza estas observaciones respecto a los derechos a la seguridad social, en: COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2013., pp. 19 y 20.

Nuestro país fue objeto de observaciones en 2011⁶⁶, dentro de las cuales se destacan el reconocimiento de actitudes de discriminación y estigmatización contra las personas migrantes, recomendándose la promoción de la aceptación; en el apartado 28 se hace una observación al régimen de recursos para los casos de expulsión, señalando que el plazo es demasiado escaso; en el apartado 20 se refiere a la existencia de la tarjeta de extranjero infractor como incumplimiento a la obligación de no confiscar documentos; en los apartados 32 y 34 se reconocen avances y faltas para los casos de salud y educación de migrantes irregulares; y, en el apartado 36 se toma nota especialmente de la situación de las trabajadoras de casa particular en situación migratoria irregular.

Si bien compartimos muchas de las observaciones realizadas, nos parece que es poco específico en cuanto a las recomendaciones que realiza al Estado para los casos de estigmatización y en el tratamiento al caso de las trabajadoras de casa particular, puesto que se denuncian infracciones sin plantear soluciones armónicas con los derechos humanos. Además que, como veremos más adelante, si bien el sistema de recursos es de plazos muy cortos, la práctica nos indica que existen una serie de recursos que permiten retrasar por bastante tiempo la medida de expulsión, una vez que esta es decretada (lo que no implica que la ley sea adecuada, sino que el comité no considera aspectos prácticos en este ámbito). Además, consideramos que no se tratan ciertos incumplimientos al convenio como es el caso de las prestaciones laborales luego de haber sido expulsado el extranjero, abordado en esta investigación.

Como se indicó, el texto del tratado se integró a nuestro ordenamiento jurídico en el 2005, fecha desde la cual estos derechos adquirieron rango constitucional dentro de nuestro sistema de jerarquía normativa. Ahora bien, nos parece importante resaltar que la técnica legislativa mediante la cual se incorporó esta convención, deja mucho que desear, puesto que sólo implicó la adopción del texto por medio de un decreto, sin una debida adecuación de la normativa interna que permita hacer valer estos derechos.

Por último, nos parece importante mencionar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha tratado la temática de los trabajadores migrantes, principalmente, en sus convenios N° 97, 143 y 118. En estos documentos encontramos desarrollo y

⁶⁶ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención, Chile. Naciones Unidas, p. 7.

especificación de los derechos de estos trabajadores, además de la precisión de conceptos relevantes en la materia.

El Convenio número 97 “relativo a los trabajadores migrantes” de 1949, muy similar a los instrumentos ya realizados, consagra el principio de igualdad y no discriminación en materia laboral y previsional en su artículo 6, donde además considera necesario el desarrollo de acciones judiciales efectivas para hacer valer esos derechos. En el artículo 8 incluye normas especiales que protegen al migrante y su familia de una eventual expulsión en caso que, por accidente o enfermedad sobreviniente y posterior a su llegada, se encuentre inhabilitado para realizar un oficio. El derecho a transferir fondos y ganancias a sus países de origen también se encuentra reconocido en su artículo 9, además de hacer énfasis en la necesidad de colaboración con otros Estados para hacer valer estos derechos.

En cuanto al Convenio 143 sobre “las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes” de 1975, este complementa el convenio anterior y se refiere principalmente al caso de los trabajadores irregulares que hayan llegado al país por medio de organizaciones clandestinas dedicadas al tráfico de mano de obra. Por ello, se enfoca en la colaboración entre Estados para una rápida protección a las víctimas de tráfico y la sanción a las organizaciones que promueven estas prácticas, así como la investigación para el cese del tráfico. En su artículo 8 existe una disposición especialmente interesante que veda la posibilidad de que un migrante sea expulsado del país por el mero hecho de la pérdida de su empleo, haciendo énfasis en la obligación de procurar un trato igualitario en materias de trabajo, derechos sindicales y seguridad social.

Finalmente, es pertinente revisar el Convenio 118 “sobre la igualdad de trato (seguridad social)” de 1962. El artículo 3 de este convenio previene la igualdad de trato de materia de admisión y prestaciones de seguridad social basado en un sistema de reciprocidad internacional; así la obligación de igualdad en el trato al migrante proveniente de otro Estado ratificante se sujeta a la condición de que ese Estado cumpla con la igualdad de trato para los nacionales del primer Estado. También se sostiene la necesidad de asegurar la continuidad o totalización de períodos de cotización en distintos países, así como otros sistemas de colaboración entre Estados para asegurar la cobertura de las prestaciones de seguridad social en su máxima extensión.

Lamentablemente, aun cuando sea muy interesante su análisis, no podemos considerar a estos convenios como parte del estatuto del trabajador migrante en nuestro país, debido a que Chile no ha ratificado ninguno de ellos. Si perjuicio de ello, reconocemos su valor y posibilidad de ser esgrimido ante los tribunales nacionales en defensa de los derechos de los trabajadores migrantes en tanto fuentes de interpretación del derecho.

1.1.2.- Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos

El segundo gran sistema de protección al que nuestro país se encuentra incorporado es el sistema regional interamericano. A diferencia del sistema universal, no existen instrumentos jurídicos que se hagan cargo de forma exclusiva de los derechos laborales ni de la especial situación de los trabajadores migratorios. Sin embargo, en la jurisprudencia consultiva de la corte interamericana es posible encontrar opiniones muy específicas en la materia.

Dentro de la gama de instrumentos jurídicos que dan contenido a este sistema, encontramos buena parte de los derechos humanos de corte laboral en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)⁶⁷ Aun cuando esta declaración no sea directamente vinculante para los Estados, es innegable la importante posición dentro del sistema interamericano de derechos humanos, pues establece las bases para la interpretación del resto de los instrumentos.

Otro de los principales instrumentos en este sistema es la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (1969), que funciona como corazón del sistema y que además establece la competencia de los dos principales órganos que velarán por el respeto y promoción de los derechos humanos en la región: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aun cuando este tratado multilateral reviste tal importancia, no desarrolla de forma específica los derechos sociales y, por ende, los derechos laborales⁶⁸. Sin embargo, se desarrollan ciertos derechos relacionados con la libre circulación que son de vital

⁶⁷ Estos son: el derecho a recibir una remuneración mínima producto de su trabajo que asegure un nivel de vida conveniente para él/ella y su familiar; el derecho al descanso en un aspecto general para procurar el adecuado desarrollo espiritual, cultural y físico de la persona artículo; el derecho a un sistema social capaz de proteger al trabajador o trabajadora que se vea imposibilitado de proveerse los medios necesarios para su subsistencia, por causa de la vejez, el desempleo o la discapacidad. Como contrapartida a estos derechos, la declaración establece el deber de cada americano de apersarse de un empleo que le permita obtener recursos para su propia subsistencia o para el bien de la comunidad.

⁶⁸ Aquí solamente encontramos la prohibición de la esclavitud, el sometimiento a trabajos forzosos y la trata de esclavos o mujeres.

importancia dentro del estatuto de cualquier migrante. Estos se asemejan a los reconocidos en la CIDTMF. Se reconoce la libertad de salida a cualquier Estado y la libertad de entrada al propio país, además de la libertad de circulación dentro del territorio de estos. Igualmente las limitaciones a estas libertades son el orden público, la moral y las buenas costumbres, los derechos de terceros y la seguridad nacional.

Además, reconoce derechos específicos respecto de las expulsiones, como la prohibición de las expulsiones colectivas, el derecho a no ser expulsado del país propio y el requisito de toda expulsión de basarse en una decisión tomada conforme a la ley. Junto a ello, existen también derechos del ámbito de los refugiados políticos en cuanto a la posibilidad de solicitar asilo y el derecho a la no devolución cuando su vida o libertad personal se pusiere en riesgo por este hecho.

El artículo 26 de la convención establece una cláusula general de compromiso para los Estados a respetar y garantizar progresivamente el goce de los derechos económicos, sociales y culturales contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948). Esta última igualmente es muy escueta en cuanto a los derechos humanos laborales que contiene⁶⁹.

Ante esta aparente ausencia de derechos laborales en nuestro sistema regional, se incorpora a la Convención el Protocolo de San Salvador (1988), que hace una regulación específica de los derechos económicos, sociales y culturales. Nuestro país, si bien ya firmó el tratado, aún no lo ha ratificado, por lo que no es posible acudir directamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de violación de los derechos que contiene. Sin embargo, parece importante revisar los derechos laborales aquí reconocidos, pues su desarrollo puede servir como criterio de interpretación y fuente material de derecho en los fallos judiciales. Así, el protocolo reconoce el derecho al trabajo, donde expresamente se reconoce la oportunidad para subsistir y llevar una vida digna con los recursos obtenidos mediante el ejercicio de una actividad económica lícita⁷⁰.

⁶⁹ Únicamente se reconoce el deber de los Estados de destinar sus esfuerzos a la consecución de determinadas metas básicas como “g) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”.

⁷⁰ Además de este, se reconocen: el derecho a una remuneración justa, equitativa y satisfactoria que permita una vida digna y decorosa para el trabajador y su familiar, estableciendo explícitamente el principio de igualdad en las remuneraciones por trabajos iguales; la libertad de trabajar y seguir la propia vocación, con la posibilidad de cambiar de empleo para dedicarse a aquel que satisfaga de mejor forma sus expectativas; el derecho al ascenso en el trabajo en virtud de las competencias y calificaciones del trabajador; el derecho a la estabilidad laboral o a un despido justo junto al pago todas las indemnizaciones que por ley le correspondan al trabajador; el derecho a seguridad e higiene en el lugar de trabajo; la protección a los menores de edad

De forma similar al sistema universal, existen tratados internacionales ratificados por Chile que regulan temas específicos de violación de derechos humanos y contienen derechos laborales o menciones sobre el trabajo aplicables a los trabajadores migrantes⁷¹. En estos tratados, la fórmula de protección a los trabajadores migrantes funciona de forma similar al sistema universal. Existen derechos laborales reconocidos en general, sin hacer mención específica a la situación de los migrantes, por lo que es esencial el reconocimiento al principio de igualdad y no discriminación contenido en cada uno de estos instrumentos a la hora de asegurar el goce de los derechos que contienen para los migrantes.

El problema de este sistema de protección, como es la tónica general en el ámbito de los derechos humanos, reside en su obligatoriedad. Los únicos derechos sujetos al control jurisdiccional de la Corte Interamericana son los contenidos en la Convención Interamericana, dejando sin protección a aquellos reconocidos en la Declaración Americana. Aunque los derechos de la Carta de la OEA también se encuentran indirectamente protegidos puesto que la Convención se remite a ellos en su artículo 26 sobre el desarrollo progresivo de la protección de los derechos, así se incluyen en la competencia de la Corte.

Lamentablemente, el instrumento que contiene la mayor cantidad de estos derechos, el protocolo de San Salvador, aún no ha sido ratificado por Chile. Pero, como veremos (y aquí surge la importancia de la jurisprudencia de la corte interamericana), una adecuada interpretación y aplicación del principio de igualdad y no discriminación puede bastar para establecer un estatuto jurídico laboral respetuoso de los derechos humanos laborales que, aparentemente, quedan fuera de la protección jurisdiccional de los órganos de protección de este sistema.

ante trabajos pesados o peligrosos, junto a la obligación de adaptar las jornadas de trabajo para cumplir con las normas de educación obligatoria del país; la limitación de la jornada de trabajo en general, especialmente para los trabajos más pesados, insalubres o peligrosos, situaciones que deberán ser consideradas para la determinación de jornadas de trabajo adecuadas; el derecho al descanso, incluyendo el derecho al pago de vacaciones y remuneración en los días de feriados nacionales; el derecho a la Seguridad Social.

En el ámbito de los derechos colectivos encontramos: el derecho de afiliación y constitución sindical, tanto a los trabajadores como a los mismos sindicatos para afiliarse en federaciones y confederaciones más poderosas; el derecho a huelga; el ejercicio de esos derechos únicamente con las limitaciones previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática; el derecho a no ser obligado a pertenecer a un sindicato contra de la propia voluntad.

⁷¹ Este es el caso de la Convención para la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer de Belém do Pará, la Convención internacional contra el tráfico de niños, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.

1.1.2.1.- Opinión consultiva número OC-18/03

La corte interamericana, además de una función jurisdiccional, posee una facultad consultiva, establecida para los casos en que los Estados miembros soliciten su opinión para la interpretación y aplicación de los distintos derechos humanos protegidos por el sistema interamericano. Ella ha sido uno de los pocos órganos de tal trascendencia que se ha referido específicamente a la situación de los trabajadores migrantes más vulnerables.

La importancia de esta opinión, que trata sobre la “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, radica en que es uno de los pocos documentos del sistema interamericano que no sólo reconoce el principio de igualdad y no discriminación, sino que le otorga un contenido determinado, establece sus límites y luego lo aplica de forma específica al caso de los trabajadores migrantes para luego traducir todo ello en las obligaciones que le corresponden a los Estados.

El relato inicia reafirmando el principio fundamental desde el cuál se protegen los derechos humanos de los migrantes: el principio de igualdad y no discriminación.

Citando una vasta cantidad de instrumentos internacionales que ya hemos revisado, la corte comienza su exposición indicando que este principio se encuentra en la mayoría de los instrumentos que reconocen derechos humanos y establece, en general, que todas las personas gozarán en igualdad de condiciones de los derechos establecidos en esos tratados. Pero no solo le otorga importancia en el ámbito de protección de los derechos humanos, sino que en todo el derecho internacional “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”⁷². En consecuencia, es una de las normas imperativas internacionales, o *ius cogens*, lo que implica que no sólo los Estados que han adoptado estos tratados deben respetarlo, sino que es la comunidad internacional la que debe hacerlo.

Si bien la igualdad reviste suma importancia en el ámbito de los derechos fundamentales, no hay que confundir una violación a este principio con un acto legítimo de diferenciación en el trato de las personas. La corte bien reconoce esta situación al apartar los actos de distinción legítima de los actos realmente discriminatorios: en los primeros

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003. Opinión consultiva OC-18/03 sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, apartado 101.

existe una desigualdad en el trato, pero que se basa en criterios o consideraciones justas o legítimas⁷³ y en los últimos, esta diferencia se basa en criterios injustos o arbitrarios⁷⁴.

Hacer esta distinción importa por cuanto una aplicación mecánica o ausente de análisis del principio de igualdad puede llevar a consecuencias injustas si es que no se consideran las circunstancias particulares de los sujetos a los que afecta el principio.

Por ejemplo, si un Estado propone una política igualitaria de empleo para los trabajadores, deberá realizar un trato diferenciado entre hombres y mujeres en cuanto a la protección a la maternidad, pues es manifiesto que están en condiciones desiguales respecto al embarazo. Un trato igual, sin considerar la situación de la mujer, que es la que efectivamente se embaraza y enfrenta directamente las consecuencias del embarazo, sería injusto e implicaría, en la práctica, una completa desventaja para la mujer. Así, mientras el criterio diferenciador sea relevante y objetivo, la distinción no sólo será posible, sino que necesaria para dar efectiva aplicación al principio de igualdad.

Una vez que la Corte desarrolla el contenido de este principio, procede a analizar su aplicación al caso de los trabajadores migrantes y, especialmente, de los que se encuentran con una situación migratoria irregular. Valiéndose de las nociones de “distinción” y “discriminación” aclaradas anteriormente, reconoce que, respecto de los migrantes, pueden realizarse distinciones en cuanto al goce de determinados derechos políticos⁷⁵ (como el derecho a voto para elegir a ciertas autoridades o para postularse a cargos de elección popular), puesto que la nacionalidad es un criterio relevante y objetivo en cuanto a esta clase de derechos. Pero ello no puede significar la privación de derechos en los casos en que la nacionalidad sea irrelevante, como es el caso de los derechos procesales, laborales, civiles, etc., ya que estaríamos frente a una discriminación que acarrearía la responsabilidad estatal.

⁷³ Las condiciones legítimas para hacer estas distinciones son aquellas que reúnen las características de “objetivas y razonables”, un mayor análisis lo encontramos en: PALACIOS, Patricia. 2006. *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, pp. 35 y 36.

⁷⁴ La corte usa como base la definición de discriminación que el comité de derechos humanos de naciones unidas ha entregado: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” En: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003., apartado 92.

⁷⁵ Esta distinción la encontramos en: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003., apartado 119.

Ahora bien, específicamente respecto de los trabajadores indocumentados, la Corte reconoce ciertas facultades a los Estados, que provienen desde su soberanía fronteriza. Entre estas, encontramos la posibilidad de negar la entrada o expulsar del territorio nacional a los extranjeros que tengan una situación migratoria irregular y la posibilidad de imponerles sanciones administrativas. Pero siempre deberá considerarse que, “al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”⁷⁶.

En esta misma idea, en cuanto al trabajo de los migrantes, la corte indica que “Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular”⁷⁷, pero cuando el migrante ingresa al territorio de un país y genera una relación laboral con un empleador (considerando el carácter consensual de los contratos laborales), adquiere automáticamente el estatus de “trabajador”, en virtud del cual adquiere derechos humanos laborales autónomos de su calidad migratoria, cuyo goce debe ser garantizado.

En la práctica de las relaciones laborales existe predisposición a que los derechos de los migrantes indocumentados sean especialmente violados. A modo de ejemplo, la Corte señala que “muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular”⁷⁸.

Para combatir estas violaciones de facto, la corte hace énfasis en el derecho al debido proceso como instrumento elemental para el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación en la protección de los derechos laborales. Los trabajadores migrantes deben contar con los recursos judiciales suficientes para hacer cesar las violaciones a sus derechos sin que su situación migratoria irregular sea un obstáculo para ello (cuestión que ocurre cuando el miedo a ser deportado aleja al migrante de las instituciones públicas fiscalizadoras de sus derechos laborales).

⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003., apartado 118.

⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003., apartado 135.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003., apartado 159.

Todo este desarrollo realizado por la corte deriva en la determinación de responsabilidades para los Estados basadas en la obligación de respeto a los derechos humanos laborales de los migrantes (cuando el Estado es el empleador directo) y también de garantía del goce de estos (en el caso de las empresas privadas), reconociendo el “deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁷⁹. Por lo tanto, el principio de igualdad y no discriminación implica que el Estado no sólo deberá preocuparse por su acción directa (como empleador, legislador, etc.), pues también deberá realizar todos los actos necesarios para prevenir y sancionar activamente la violación de estos derechos en el ámbito de las relaciones privadas, con el fin de permitir un goce igualitario de los derechos humanos.

Del análisis de la Corte podemos concluir que, para la protección del principio de igualdad, la situación de particular vulnerabilidad de los trabajadores migrantes condiciona al Estado a realizar distinciones de trato en favor de ellos. Las fórmulas de protección de los trabajadores nacionales son insuficientes para subsanar las dificultades adicionales que sufren los trabajadores migrantes, por lo que el principio de igualdad (haciendo énfasis en la obligación de garantía de los derechos humanos) obliga a tomar medidas adicionales que igualen a trabajadores migrantes y nacionales en el goce de los derechos laborales. Una de estas medidas podría ser crear vías procesales de emergencia para evitar que la expulsión del migrante se convierta en una herramienta que favorezca el incumplimiento de prestaciones laborales.

2.- Derecho interno

En nuestro ordenamiento jurídico, la legislación que afecta a los trabajadores migrantes en su doble condición de extranjero y trabajador no se encuentra ordenada o esquematizada en sólo un instrumento jurídico. Principalmente, el Decreto Ley número 1.094 de 1975 (en adelante, Ley de Extranjería”), y el Decreto Supremo número 597 de 1984 (en adelante, “Reglamento de Extranjería”), junto a ciertas disposiciones que encontramos en diversas leyes, contienen la normativa que rige respecto de los migrantes en nuestro país.

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2003., apartado 103.

Es necesario prevenir que este capítulo se focalizará en todas las instituciones del ordenamiento jurídico que influyan o afecten los derechos laborales de los trabajadores migrantes y las que incidan en su regularidad migratoria. Por ello, existen instituciones que si bien presentan suma importancia en el ámbito migratorio, sólo serán revisadas de forma superficial dada su falta de relación al tema estudiado.

2.1.- Constitución Política de la República

Si bien existe un tratamiento constitucional de los extranjeros a propósito de la nacionalidad y sus modalidades de obtención, es el artículo 19 el que presenta mayor interés para este trabajo, pues en él se consagran todos los derechos fundamentales que gozan las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de Chile.

Estos derechos no son reconocidos únicamente para los nacionales, sino que la doctrina reconoce que “la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde a las personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras”⁸⁰. Esto se reafirma en la redacción del mismo artículo que inicia con “La Constitución asegura a todas las personas”, por lo que todos los derechos establecidos serán reconocidos también a los extranjeros, salvo disposición en contrario. Consagrándose su aplicación transversal al goce de todos los derechos fundamentales incluidos en el artículo.

En armonía con la opinión consultiva anteriormente revisada, nuestra doctrina constitucional reconoce una diferenciación en el goce de la totalidad de los derechos fundamentales, considerando a la nacionalidad como criterio relevante y objetivo. Así, mientras los derechos civiles y sociales reconocidos en la Constitución no distinguen entre nacionales y extranjeros, respecto de los derechos políticos se sostiene que “éstos por regla están excluidos de la titularidad y ejercicio por extranjeros, salvo tratándose del derecho a sufragio (art. 14 C.P.R. y art. 37 de Ley N° 18.556)”⁸¹.

2.1.1.- Principio de igualdad ante la ley

En el caso chileno, el principio de igualdad ante la ley se recoge, en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución, que establece: “En Chile no hay persona ni grupo

⁸⁰ ZÚÑIGA, Francisco. 1998. El estatus constitucional de extranjeros (notas acerca de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros). *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* (203): 301 – 330, p. 306.

⁸¹ ZÚÑIGA, Francisco. 1998., p. 307.

privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Como revisamos en el análisis de la corte interamericana, el principio de igualdad ante la ley se entiende desde que existen situaciones comparables en el trato brindado a distintas personas. Desde este presupuesto, el principio “opera imponiendo un tratamiento igualitario a las personas que se encuentren en iguales circunstancias o, lo que es lo mismo, implica una prohibición general de trato desigual entre sujetos que se encuentren en situaciones desiguales”⁸². Lo importante es que un trato diferente tenga lugar bajo criterios razonables de diferenciación, de otra forma, existirá discriminación.

Este principio, como vimos, se divide en el principio de igualdad de trato y en su vertiente negativa, la prohibición de la discriminación. La doctrina considera que este último principio “prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados”⁸³, de manera que permite el trato desigual si existen personas en circunstancias distintas que lo hagan necesario o aceptable, basándose en criterios de diferenciación razonables, objetivos y respecto de los aspectos relevantes para cada caso. En este sentido, nuestra Constitución establece que ni la ley ni la autoridad podrán establecer diferencias arbitrarias.

Por la existencia y aplicación de este principio a los trabajadores migrantes, concluimos que, en tanto la nacionalidad o la situación migratoria no son criterios de distinción relevantes u objetivos respecto del goce de derechos laborales, cualquier diferencia de trato en su goce para trabajadores nacionales y extranjeros (siempre y cuando no se basen en criterios aceptados, como la idoneidad para el cargo, por ejemplo) constituye una discriminación. Así también, aplicar este principio implica que los trabajadores migrantes gozan de todos los derechos reconocidos en nuestra Constitución Política, con independencia de su situación migratoria.

Desde el ámbito laboral, en el artículo 19 n° 16 CPR, que consagra la libertad de trabajo, existe una alusión al principio de igualdad y no discriminación desde el ámbito específico de las relaciones laborales. Al reconocerse el derecho a la libre contratación

⁸² CERDA, Carmen. 2005. Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° (50/51): 193 – 218, p. 195.

⁸³ NOGUEIRA, Humberto. 2006. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (10): 739 – 831, p. 806.

(libertad de elección del trabajador con el que se celebrará el contrato de trabajo), también se establece la igualdad como límite principal a su ejercicio, por lo que cualquier desigualdad de trato entre trabajadores dentro de una empresa (en cualquier estadio de la relación laboral) deberá fundarse únicamente en la capacidad o idoneidad personal en el cargo y la diferenciación por cualquier otro criterio constituirá discriminación.

Cabe mencionar que la disposición plantea la posibilidad de que la ley imponga como requisito la nacionalidad chilena para acceder a un empleo. Este texto debe ser interpretado de manera armónica con el principio de no discriminación, por lo que ningún empleador podrá exigir la nacionalidad chilena para un empleo, a menos que esta exigencia se encuentre en la ley.

Además de la libertad de trabajo, la Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 19 n° 17, que incluye la libertad de constitución de sindicatos, la libertad de afiliación (o no afiliación), la negociación colectiva y el derecho a huelga con ciertas limitaciones que no revisaremos en este trabajo, pues no presentan diferencia respecto de los trabajadores migrantes.

Finalmente, en el artículo 19 n° 18 también se reconoce el derecho a la seguridad social. Si bien en la actual formulación del derecho no existe una diferencia entre extranjeros y nacionales, revisaremos legislación que si les otorga un trato especial.

2.2.- Ley laboral: el Código del Trabajo

Revisadas las disposiciones constitucionales, corresponde dirigirnos al principal instrumento jurídico que regula las relaciones laborales en nuestro país, el Código del Trabajo⁸⁴. Como se mencionó anteriormente, las normas sobre migrantes no se encuentran codificadas de forma unitaria o esquematizada. Nuestro código del trabajo es uno de los tantos textos legales que incluyen unas pocas referencias a la situación de los extranjeros en el país, donde principalmente se concretan los principios que se encuentran en la Constitución.

⁸⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 1, FIJA EL TEXTO, REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CÓDIGO DEL TRABAJO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 31 de julio de 2002.

2.2.1.- Principio de Igualdad en materia laboral

Si bien son pocas las alusiones a los extranjeros en este cuerpo legal, una de sus principales virtudes es la de reforzar el principio de igualdad y no discriminación en materia laboral. Así, en su artículo 2, nos encontramos con el siguiente texto:

“Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan.

(...) Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior, y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”⁸⁵.

Este artículo constituye el tercer reconocimiento del principio de igualdad y no discriminación dentro del ordenamiento jurídico, cuestión que refuerza la importancia y revela los esfuerzos que el legislador puso para su implementación en todo el ámbito de las relaciones laborales dentro de nuestro país.

Por la importancia del principio, aun cuando el grueso del artículo está enfocado a la etapa pre contractual (de selección o contratación del trabajador), bien podemos entender que la igualdad debe extenderse a lo largo de toda la relación laboral, tanto antes de su inicio, como en la vigencia de la relación y luego de terminada la relación.

No deja de llamar la atención el hecho de que se reconozca tres veces el mismo principio en distintos instrumentos jurídicos. La doctrina⁸⁶ indica que la labor que cumple este artículo es específico, y que lo diferencia de las anteriores expresiones, es que establece de forma mucho más concreta que en la Constitución el principio de igualdad y

⁸⁵ DT. 2004. Ordinario 3704/134, 11 de agosto 2004.

⁸⁶ Nos referimos en especial a LIZAMA, Luis y UGARTE, José. 1998. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur.

no discriminación, pues finalmente la ley entrega un concepto definitivo de lo que se entenderá como discriminación en el ámbito laboral y, además, presenta de forma expresa las categorías que, si son utilizadas como criterios de diferenciación por parte del empleador, implicarán un acto de discriminación.

Esta es la primera manifestación del principio de igualdad que incluye de forma expresa a la nacionalidad del trabajador como categoría potencialmente discriminatoria si se utilizase como base de una diferenciación. Si bien de los casos anteriores, igualmente es posible inferir la protección para estos casos, en este artículo se manifiesta de forma mucho más evidente, al colocar la nacionalidad como parte de las “categorías sospechosas”⁸⁷ en materia de discriminación.

Por lo tanto, en materia laboral, los trabajadores migrantes en condición jurídica irregular gozan de los mismos derechos que los trabajadores nacionales. La regulación sobre el contrato de trabajo, remuneraciones, derechos colectivos, etc., se aplica sin distinción alguna a este tipo de trabajadores.

2.3.- Legislación previsional: Ley 3.500, convenios de seguridad social y otras leyes

Estrechamente relacionado al fenómeno laboral se encuentra el ámbito de la seguridad social. La cobertura de los costos asociados a las situaciones de riesgo y necesidad como las enfermedades, el desempleo y la misma muerte ha evolucionado al punto de ser considerada un derecho fundamental dentro de nuestro ordenamiento jurídico⁸⁸. En cuanto a lo que nos compete (las obligaciones de carácter laboral), esta regulación tiene su principal manifestación sobre el contrato de trabajo en las cotizaciones de carácter previsional a las que se encuentran obligados los trabajadores y que deben ser enteradas por sus respectivos empleadores de forma mensual, mediante un descuento porcentual a su remuneración.

⁸⁷ Concepto desarrollado respecto de la igualdad y no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos, sobre el cual se afirma que "todo trato desigual basado en alguna de esas circunstancias debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y a su vez requiere un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad." En: DULITSKY, Ariel. 2007. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros en la jurisprudencia interamericana. *Anuario de Derechos Humanos* (3): 15 – 32, p. 20.

⁸⁸ Decreto N° 100, FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de septiembre de 2005. artículo 19, numeral 18.

Nuestro sistema de seguridad social, en cuanto a las pensiones por vejez, se regula en el Decreto Ley N° 3.500⁸⁹ y establece un sistema de capitalización individual⁹⁰, y se define como aquel que “considera que las cotizaciones de cada asegurado quedan afectadas para el pago de las prestaciones que éstos soliciten en lo futuro”⁹¹. Por ello, las pensiones que recibirán los trabajadores que alcancen la edad de jubilación provienen de fondos a los que el trabajador aporta mensualmente y que son administrados por sociedades administradoras de fondos de pensión (AFP).

Además del sistema de pensiones, hay que considerar los gastos por concepto de salud que igualmente se traducen en montos de dinero que el trabajador deberá aportar al sistema de salud al que se encuentre afiliado y cuyo valor variará dependiendo del sistema y el plan que tenga contratado. En general, los sistemas de salud son dos:

- El sistema público administrado por el Ministerio de Salud, en el que los trabajadores cotizan en el Fondo Nacional de Salud (FONASA) que recauda, administra y distribuye los recursos financieros del sector salud⁹², y;
- El sistema privado, donde los trabajadores cotizan en entes privados conocidos como instituciones de salud previsual (ISAPRE), que financian las atenciones y beneficios de salud⁹³.

También debe incluirse el aporte obligatorio que debe hacer el trabajador al Fondo de Cesantía, en virtud de la ley 19.728, promulgada el 30 de abril del año 2001, que establece el seguro de cesantía cuyo fin es cubrir las necesidades del trabajador en los períodos en que el trabajador se encuentre desempleado. En este fondo se suman aportes de trabajadores, empleadores y del mismo Estado.

Como indicábamos, todos estos gastos se traducen en un descuento que el empleador está obligado a hacer sobre la remuneración periódica del trabajador para depositarlos en las instituciones previsionales a las que el trabajador se encuentre

⁸⁹ Promulgado el día 04 de noviembre 1980.

⁹⁰ Este sistema igualmente se encuentra matizado pues, junto a los pilares contributivos del sistema de seguridad social chileno, basado en la capitalización individual, encontramos un pilar solidario financiado por el Estado que busca otorgar una pensión mínima y completar las pensiones demasiado bajas al 60% más pobre de la población.

⁹¹ HUMERES, Héctor. 1997. p., 491.

⁹² Fondo Nacional de Salud, página web institucional. FONASA. [en línea]: https://www.fonasa.cl/portal_fonasa/site/artic/20140607/pags/20140607152007.html [consulta: 30 de noviembre 2016].

⁹³ Superintendencia de Salud. [en línea]: <http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-6081.html> [consulta: 30 de noviembre 2016].

afiliado⁹⁴. En la práctica, el empleador se quedará con el monto de cotización, pero ello no implica que estos montos pasen a ser de propiedad del empleador, su deber es únicamente enterarlos, puesto que siguen formando parte de la propiedad del trabajador. Los montos constituyen una propiedad sumamente sensible, se reconoce una naturaleza jurídica alimentaria⁹⁵.

Cómo indicamos, los montos de dinero cotizados son propiedad del trabajador, cuestión que se torna especialmente relevante para los casos donde a un trabajador migrante le sea aplicada la sanción de expulsión del país. En este trabajo igualmente nos preguntamos por el destino de esos montos una vez que el trabajador no se encuentra en el territorio del país para reclamarlos.

La legislación mencionada no incluye disposiciones especiales para el caso de los trabajadores migratorios ni los excluye de la aplicación general por lo que, la escasa doctrina en la materia ha afirmado que “la legislación chilena, para la incorporación al sistema de seguridad social no hace diferencia entre un trabajador extranjero y un trabajador nacional, siendo obligatorio cotizar para todo trabajador dependiente”⁹⁶. Por lo que también deben gozar de las prestaciones del sistema en la misma medida que los trabajadores nacionales, como consecuencia del el principio de igualdad y no discriminación que rige sobre toda la legislación nacional.

La autoridad administrativa laboral llega a la misma conclusión al indicar que “tratándose de trabajadores extranjeros, el hecho que éstos no posean la nacionalidad chilena no exime a sus empleadores del cumplimiento de las normas previsionales, las cuales rigen por igual para todos los habitantes de la República, sean chilenos o

⁹⁴ Legalmente, encontramos estas obligaciones en: Ley N° 19.728, ESTABLECE UN SEGURO DE DESEMPLEO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de abril de 2001. artículo 2 y Decreto Ley N° 3.500, ESTABLECE NUEVO SISTEMA DE PENSIONES. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 04 de noviembre de 1980. artículos 2 y 17.

⁹⁵ La naturaleza de las cotizaciones es tan sensible dentro de nuestro ordenamiento que la Ley 17.322, NORMAS PARA LA COBRANZA JUDICIAL DE COTIZACIONES, APORTES Y MULTAS DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de agosto de 1970, creó un tipo penal específico para los casos de apropiación indebida de cotizaciones (art. 13). Además, dispuso que el cobro de las cotizaciones impagas puede implicar una medida de arresto para el empleador moroso (artículo 12), aunque respecto de este último se ha cuestionado su constitucionalidad en: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE, ROL 519-06, 05 de junio 2007 y ROL 576-06, 24 de abril 2007, ambos casos en los que el tribunal consideró que este artículo no contraviene nuestra Constitución.

⁹⁶ ARELLANO, Pablo. 2013. Propiedad sobre los fondos de pensiones y continuidad de las prestaciones para los trabajadores técnicos extranjeros. *Revista Ius et Praxis*, vol. 19 (2): 509 – 516, p. 514.

extranjeros, fundado en el principio de territorialidad de la ley contemplado por el artículo 14 del Código Civil⁹⁷.

Aun cuando la regla general sea la igualdad, la ley número 18.156⁹⁸ incorpora un mecanismo especial para el caso de los extranjeros que tengan carácter de técnicos⁹⁹. Esta norma les permite optar por eximirse de la obligación de cotizar en nuestro país (y eximir a su empleador de enterar esas cotizaciones) siempre que cumpla con los requisitos del artículo primero de la ley, a saber:

- Encontrarse afiliado a un sistema de seguridad social fuera de Chile (normalmente en su país de origen) que le asegure prestaciones, al menos, para casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte.
- Expresar en el contrato de trabajo, su intención de mantenerse en ese sistema.

Cabe mencionar que esta eximición tiene su límite en las cotizaciones para efectos de cubrir los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades previsionales y en aquellas para el seguro de cesantía¹⁰⁰.

Respecto de los montos que ya hayan sido cotizados por el técnico extranjero con anterioridad a la eximición, el artículo 7 de la citada ley considera la posibilidad, exclusiva para este tipo de trabajadores, de obtener la devolución de los montos enterados en el sistema de seguridad social de nuestro país, si cumple con los mismos requisitos anteriormente indicados¹⁰¹.

En reconocimiento de las dificultades que se presentan para los trabajadores migrantes cuyas vidas transcurren en más de un país, nuestro país ha firmado convenios bilaterales de seguridad social con otros estados que “tienen por finalidad que los trabajadores migrantes que hayan contribuido al régimen previsional de los Estados parte de dichos convenios, puedan acceder a pensiones de vejez, invalidez o muerte,

⁹⁷ DT. 2011. Ordinario N° 1539/017, 28 de marzo de 2011.

⁹⁸ Promulgada el 11 de julio del año 1982.

⁹⁹ La superintendencia de pensiones define a estos trabajadores como aquellos “que posean conocimientos de una ciencia o arte, que puedan ser acreditados mediante documentos justificativos de estudios especializados o profesionales debidamente legalizados y, en su caso, traducidos oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores” en: CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. 1988. Circular N° 553, 28 de octubre de 1988.

¹⁰⁰ Esto ha sido establecido en: DT. 2012. Ordinario N° 1539/017, año 2012.

¹⁰¹ Entendemos que el contrato de trabajo en el que se debe expresar la intención de mantenerse en el sistema, para la devolución, es el que se encuentre vigente al momento de hacer la solicitud, sin necesidad de que se haya expresado en contratos con empleadores anteriores. Esto en tanto la citada Circular n° 553 de la Superintendencia de administradoras de fondos de pensiones incluye un anexo para la solicitud de devolución de estos fondos que deberá incluir la identificación de los distintos períodos de cotización (con sus respectivos empleadores) anteriores al momento de la solicitud.

reconociendo los períodos cotizados en uno o más de los Estados parte, entre otros beneficios”¹⁰². La regla general es que el convenio permita reconocer la continuidad de las cotizaciones en distintos países y otros mecanismos que permiten hasta la transferencia de fondos cotizados, pero el detalle dependerá de las disposiciones del convenio en específico. Para cada caso particular, el reconocimiento a la continuidad de cotizaciones dependerá de la nacionalidad del migrante que la requiera, puesto que está supeditado a la existencia de un convenio en la materia entre Chile y su país de origen o la incorporación de este último al Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social de 2007 (firmado por nuestro país).

2.4.- Legislación migratoria: ley de extranjería y su correspondiente reglamento

Habiendo repasado las principales disposiciones constitucionales y laborales sobre extranjeros en nuestro ordenamiento jurídico, revisaremos las normas específicas de la regulación migratoria. Si bien partimos desde la existencia de un cúmulo de normas aplicables a los extranjeros esparcidas en distintos instrumentos jurídicos, existen dos instrumentos principales que contienen la mayoría de esas disposiciones, pero que no necesariamente se encuentran en armonía con los principios revisados; nos referimos a la Ley de extranjería (Decreto Ley número 1.097, promulgada el 14 de julio de 1975) y su correspondiente reglamento (Decreto Supremo número 597, promulgado el 14 de junio de 1984).

En esta sección, por lo tanto, revisaremos las disposiciones que regulan la entrada, estadía y el egreso de los extranjeros a nuestro país, enfocándonos en los principales efectos laborales de estas instituciones.

2.4.1.- Entrada de extranjeros al país

En esta materia es en el RE donde están contenidos los principales requisitos para la entrada de extranjeros al territorio del país. En su artículo 6 indica que “la entrada al país de los extranjeros deberá efectuarse por lugar habilitado, con documentos idóneos y sin que existan causales de prohibición o impedimento para ingresar”.

¹⁰² DELLACASA, F. y HURTADO, J. 2015. Derecho Migratorio Chileno. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 194.

Respecto de la expresión “lugar habilitado”, el RE¹⁰³ indica que se entenderá por tal “aquél que sea controlado por las autoridades señaladas en el artículo 4”, es decir, por la autoridad encargada del control fronterizo, por regla será la Policía de Investigaciones y, en caso que no exista una unidad de policía en el lugar, será Carabineros de Chile o la autoridad marítima (pero este último sólo en caso de que se trate de un puerto). Estos lugares serán establecidos por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo y podrán ser cerrados temporal o definitivamente por la misma autoridad.

En cuanto a los “documentos idóneos”, serán “los pasaportes auténticos y vigentes u otros documentos análogos que califique el Ministerio de Relaciones Exteriores, como asimismo, la documentación que determinen los Acuerdos o Convenios suscritos sobre la materia por el Gobierno de la República¹⁰⁴”. En esta materia, el artículo 10 del mismo texto impone la necesidad de que “los residentes, residentes oficiales e inmigrantes, deberán ingresar premunidos de visaciones” que estarán manifestadas en una estampa en el pasaporte o documento idóneo.

Por último, las causales de prohibición están expresadas en el artículo 15 DLE (26 RE) y las causales de impedimento en el artículo 16 DLE (27 RE).

La redacción del artículo sobre las causales de impedimento reza “Podrá impedírsele el ingreso al territorio nacional” por lo que la denegación de entrada a un extranjero que se encuentre en una de las situaciones será evaluada por el Ministerio de Interior (autoridad que se encuentra en el deber de resolver las medidas de denegación de entrada) que podría determinar su aceptación en la entrada al país de acuerdo al caso particular. El contenido de estas causales permite la denegación de entrada a quienes se encuentren condenados o procesados por delitos calificados como simples delitos en nuestra legislación (número 1); hayan salido del país por orden del ejecutivo (número 2); ya hayan sido expulsados de otro país (número 3); y aquellos menores que no estén acompañados por un tutor y no tengan autorización judicial (número 4).

Las causales de prohibición no permiten dicha instancia de evaluación y todo aquel que se encuentre en alguna de las situaciones descritas por la norma, tendrá prohibida la entrada a nuestro país. La mayoría de ellas se relacionan con la comisión de delitos por parte del extranjero (número 2, 3 y 8) y el resto se divide en la falta de recursos para sustentar su vida dentro del país (número 4), casos de peligro sanitario (número 5),

¹⁰³ Artículo 7 RE.

¹⁰⁴ Artículo 8 RE.

aquellos expulsados previamente (número 6) y los que carezcan de los demás requisitos para la entrada al país (número 7).

Quién resolverá respecto a estas causales será el Ministerio de Interior, sin perjuicio de la obligación que el RE impone a las autoridades contraloras (definidas en el citado artículo 4) de rechazar el ingreso de los extranjeros que se encuentren en alguna de las causales indicadas según los antecedentes a los que tengan acceso, que pueden provenir de la misma institución o de la Organización Internacional de Policía Criminal. Todas las medidas de prohibición de entrada que tomen las autoridades contraloras deberán ser informadas al Ministerio de Interior que dictará la correspondiente resolución confirmando el proceder de la autoridad. Los extranjeros que sean afectados por estas resoluciones no podrán ingresar al país por el plazo establecido por la resolución o hasta su modificación o revocación.

Vale la pena en esta revisión detenerse en el número uno de estas causales de prohibición de entrada. Este número prohíbe la entrada de quienes sean propagadores o activistas de “doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno”, que cometan delitos contra la “seguridad interior o el orden público del país” o que realicen “actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para el Estado”. Si bien no se establece en la ley cuales son estas doctrinas, el período en el que se promulgó el DLE (año 1975, en los inicios de la dictadura cívico militar) indica que este artículo es un resabio de esas épocas, donde los movimientos políticos que se opusieran a las ideas del régimen se encontraban proscritos¹⁰⁵.

Otro asunto de importancia surge en la revisión del número 2 de estas causales, pues incluye la ejecución de actos “contrarios a la moral o a las buenas costumbres”, conceptos que tienen una naturaleza cambiante dentro de una sociedad e indeterminada en su contenido. La aplicación de una disposición de esta naturaleza requiere de la interpretación de la autoridad contralora, que en este caso parece ser demasiado amplia y abrir camino una posible utilización abusiva de la disposición. Esta falta de certeza ha sido

¹⁰⁵ En tanto es un resabio, al día de hoy no tiene aplicación práctica considerable, al menos en cuanto a los pronunciamientos actuales de los tribunales superiores de justicia. En los fallos: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 2548-2015, 16 de febrero 2015 y ROL 1448-06, 27 de abril 2016, la disposición aparece indirectamente citada donde lo principal del asunto es la aplicación del numeral 2 del mismo artículo, a propósito de prohibición de entrada a quienes habían sido condenados por distintos tipos de delitos. Sin embargo, la disposición se encuentra aun plenamente vigente por lo que bastaría un cambio de parecer en la autoridad administrativa para hacer uso de esta prohibición.

detectada por nuestra Corte Suprema que ha fallado, precisamente respecto de este artículo, que “si se pretende aplicar a la extranjera la circunstancia de haber cometido un acto contrario a la moral o a las buenas costumbres, la autoridad que la utiliza debe otorgarle un contenido concreto a estas definiciones, que al ser conceptos jurídicos indeterminados, requieren efectos de evitar la arbitrariedad de una delimitación que no se vislumbra en el acto recurrido”¹⁰⁶.

Muy importante respecto de la entrada de extranjeros es el hecho de que el DLE y el RE¹⁰⁷ establecen que los extranjeros que hagan entrada al país aun concurriendo a su respecto una de las causales de prohibición de entrada (o que dentro del país incurran en las causales de prohibición contenidas en el número 1, 2 o 4 del artículo correspondiente) podrán ser expulsados del territorio nacional. De esta forma encontramos la primera referencia a la sanción más gravosa a la irregularidad migratoria, esta vez como una repercusión al cumplimiento de las causales de prohibición de entrada al país.

2.4.2.- Tipos de visados y sus correspondientes autorizaciones para realizar actividades remuneradas

Una vez que los extranjeros han realizado la entrada al país, sea por la vía regular o irregular, la única forma en la que legalmente podrán mantenerse dentro del territorio del país será mediante la obtención de una visa. El término “visar”, según el diccionario de la RAE, tiene por significado: “Dicho de la autoridad competente; Dar validez a un pasaporte u otro documento para determinado uso”¹⁰⁸. En nuestro país, el término “visa” tendrá relación con la definición de la RAE en tanto será la autoridad competente la que dará validez a los “documentos idóneos” a los que se refiere la ley, pero en la legislación se usará el término para referirse a un permiso o autorización de entrada y estadía dentro del territorio nacional.

Las necesidades de inmigración a cualquier país pueden variar radicalmente entre los distintos inmigrantes, por esto, un adecuado sistema de visas deberá anticiparse a todas o a la mayoría de estas razones para migrar, permitiendo la realización de las actividades que permitan cumplir con los cometidos del viaje.

¹⁰⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 5276-2015, 23 de abril 2015, considerando tercero.

¹⁰⁷ Artículo 30 DLE.

¹⁰⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la lengua española, 23ª edición, 2014. [en línea]: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=visar> [consulta: 26 de diciembre 2016].

Como los fines de esta investigación dicen relación con el ámbito de los efectos laborales, esta revisión de las autorizaciones de estadía estará enfocada, principalmente, en las visas otorgan para fines laborales o que, al menos, permitan trabajar de forma estable dentro del territorio nacional. Por ello mencionaremos sólo brevemente aquellas cuyo foco principal no se relacione con la formación de relaciones laborales dentro del país o, como el caso de la visa de inmigrante, se encuentren en evidente desuso.

Las visas, inicialmente, se dividen en cuatro: turista, residente oficial, residente e inmigrante. La visa de turista¹⁰⁹ se caracteriza por su corto tiempo (90 días prorrogable hasta 180 días) y multiplicidad de fines. Esta visa, por sí sola, no otorga autorización para trabajar, sino que esta debe ser solicitada al poder ejecutivo y, en todo caso, el permiso no excederá el tiempo de la visa.

La visa de residente oficial¹¹⁰, por su lado, está pensada para los integrantes de los cuerpos diplomáticos de otros países y los funcionarios necesarios para desempeñar las labores de la misión, por lo que las posibilidades de trabajar están circunscritas a los cargos para los que estos residentes han llegado a nuestro país.

La visa de inmigrante¹¹¹ parece corresponder a un instrumento que el Estado se procuró a sí mismo para promover la migración en ciertos momentos históricos, más que ser parte de una institucionalidad permanente junto al resto de las visas. Esta visa permite la realización de actividades lícitas dentro del país para el llamado inmigrante libre y la prohibición para el inmigrante dirigido a realizar actividades distintas de aquellas para las que fue traído.

Hoy, esta visa se encuentra en desuso, tanto por las autoridades de extranjería como por los extranjeros que llegan al país, pero aún el Estado cuenta con esta herramienta para cuando decida aplicar políticas migratorias similares a las del pasado.

2.4.2.1.- Residente

La categoría de residente es muy diversa en su contenido. No existe una definición de este tipo de calificación dentro de la legislación, sino que se divide en varias subcategorías y cada una de ellas presenta características particulares respecto de las

¹⁰⁹ Artículos 87 y ss. DLE.

¹¹⁰ Artículos 31 y ss. DLE.

¹¹¹ Decreto con Fuerza de Ley N° 69, SOBRE INMIGRACIÓN Y EL DEPARTAMENTO RESPECTIVO, DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 de abril de 1953.

demás. Nuevamente, para efectos de esta investigación, profundizaremos sólo en las visas que se encuentren más estrechamente relacionadas con el trabajo de los migrantes dentro del país, sólo haciendo una breve referencia al resto de ellas.

En esta categoría encontramos la visa de residente estudiante¹¹² que permite la permanencia en el país para realizar estudios en instituciones educacionales del país. Las posibilidades de trabajar con esta visa se limitan a la realización de prácticas profesionales con la posibilidad de, similar a la visa de turista, solicitar permiso para realizar actividades remuneradas para abordar el costo de los estudios.

La legislación migratoria también considera la visa para refugiados o asilados políticos, pensada para quienes hayan recurrido a una misión diplomática chilena solicitando asilo¹¹³, a aquellos que se hayan visto forzados a abandonar el territorio de su país e ingresar al territorio chileno de forma irregular¹¹⁴, y a quienes, encontrándose de forma regular en el territorio del país, se vean impedidos de volver a sus propios países¹¹⁵. Esta visa se enfoca en las situaciones en que los derechos humanos de las personas corran peligro en sus países de origen, por lo que no trata un enfoque laboral. Sin embargo, permite la realización de actividades remuneradas lícitas dentro del territorio del país, siempre y cuando no se traten de acciones contrarias al gobierno de sus respectivos países.

Además, existe la visa de tripulante¹¹⁶, que corresponde a aquellas personas que integren las tripulaciones de los medios de transporte que entran y salen del territorio nacional. Estas visas son sumamente limitadas puesto que consideran tiempos no superiores a 30 días de duración y no autorizan la realización de actividades remuneradas distintas de aquellas que les corresponden como tripulación.

2.4.2.2.- Visa sujeta a contrato de trabajo y contratación de extranjeros

Esta visa presenta las características más importantes para una investigación sobre los efectos laborales de las instituciones migratorias. Tanto es así que las normas que rigen a la visa sujeta a contrato de trabajo son aquellas que se aplicarán en general para la contratación de extranjeros en el país. Esta autorización se reserva para “los extranjeros

¹¹² Artículos 27 y ss. DLE y artículos 45 y ss. RE.

¹¹³ Artículo 34 DLE.

¹¹⁴ Artículo 35 DLE.

¹¹⁵ Artículo 56 DLE y artículo 60 RE.

¹¹⁶ Artículo 50 DLE y artículo 67 RE.

que viajen al país con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo”¹¹⁷, de manera que será importante notar que la visa y el contrato de trabajo se encontrarán fuertemente unidos en lo que respecta a sus efectos jurídicos.

Respecto a su duración, el artículo 39 del RE establece que esta tendrá una vigencia máxima de dos años, que será prorrogable por períodos de tiempo iguales, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la residencia definitiva una vez transcurridos estos dos años. Sin embargo, por su naturaleza vinculada al contrato de trabajo, la terminación de este último será una causal de caducidad de la visa y, por lo tanto, también podrá acarrear el abandono forzado del país. En todo caso, existe la posibilidad de que el extranjero regularice su situación (mediante un nuevo contrato de trabajo o, si cumple los requisitos, mediante la obtención de una visa distinta) dentro de los treinta días siguientes a la caducidad de la visa, sin enfrentar el riesgo a ser expulsado del territorio nacional.

Respecto de los requisitos para optar por esta visa, en los artículos 36 y 37 del RE se establecen las reglas generales para la contratación de trabajadores extranjeros, indicando los requisitos para optar a este permiso y las cláusulas que deberá contener el contrato de trabajado al que estará sujeta la visa. Estos requisitos, en específico, son los siguientes:

- La empresa, institución o persona empleadora deberá tener domicilio legal en el país.
- 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.
- 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.
- Que el ejercicio de la profesión, actividad o trabajo del contratado, sea indispensable o necesario para el desarrollo del país, pudiendo requerirse, para tal

¹¹⁷ Artículo 23 DLE y artículo 35 RE.

efecto, el informe de la Asociación o Colegio Técnico Profesional respectivo, o del Organismo Oficial competente.

- 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.
- Además, se verificará que la contratación y el contrato se ajuste a las disposiciones generales de orden laboral y previsional que sean atinentes.

Si bien muchos de estos requisitos parecen ser razonables y adecuados, especialmente en consideración del principio de igualdad que debe orientar toda la legislación nacional, estimamos necesario realizar ciertas consideraciones respecto de algunos de ellos. Existen conceptos indeterminados en estas disposiciones, tales como “indispensable o necesario para el desarrollo del país” o “peligrosas o atentatorias contra la seguridad nacional”. Aquello en tanto, si bien se plantea la posibilidad de recurrir a organismos especializados para su definición, esta no será realmente vinculante para el órgano resolutorio en la toma de decisión al respecto, permitiendo un espacio de discrecionalidad administrativa que perfectamente puede prestarse para un abuso y falta de certeza a la hora de solicitar este tipo de visas.

Nuestros tribunales de fondo se han pronunciado respecto de la forma en que la administración debe ejercer las potestades que le otorga la ley en relación con estos conceptos (por ejemplo, el rechazo de visa sujeta a contrato, basándose en que la actividad no es “indispensable o necesaria para el desarrollo del país”). Al respecto, el tribunal constitucional ha planteado que estas facultades deben entenderse dentro de un sistema de reglas tasadas que reconoce limitaciones en su ejercicio, en consonancia con los deberes de respeto y garantía de los derechos fundamentales de los migrantes¹¹⁸.

¹¹⁸ “Que en el ejercicio de estas potestades el Ministerio del Interior tiene un nuevo estándar. En esa virtud, no podrá discriminar entre extranjeros (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación con los artículos 25 y 13 de dicho Pacto, respectivamente, y artículo 2° de la Ley 20.609); deberá tener en cuenta las relaciones familiares, especialmente el principio de reagrupación familiar (artículos 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 10.1 de la Convención de Derechos del Niño y 12, 13 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); deberá atender a las persecuciones por motivos políticos o aquellas que pongan en riesgo la vida y la integridad física y síquica del extranjero (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos); deberá reconocer los derechos constitucionales del extranjero que haya ingresado legalmente al país y cuya situación de residencia temporal o definitiva se encuentra en una fase de

Especialmente preocupante es la necesidad de que la actividad sea indispensable para el desarrollo del país, requisito que no se exige a los nacionales para optar por un trabajo dentro de Chile y que no resulta razonable exigir a los extranjeros. Esta disposición otorga a los extranjeros un tratamiento similar al de simples herramientas para el desarrollo económico más que al de personas que gozan plenamente de sus derechos humanos y cuyos intereses son dignos de protección.

En cuanto a las cláusulas que deberán contener estos contratos de trabajo, el reglamento citado establece la obligatoriedad de incluir, además de las ordinariamente requeridas por ley (lugar y fecha de su suscripción; nombre, nacionalidad y domicilio de los contratantes; estado civil, profesión u oficio y lugar de procedencia del contratado; naturaleza del trabajo que desarrollará en Chile; jornada y lugar del mismo), las siguientes cláusulas:

- Especificación de la remuneración en moneda nacional o extranjera: obligación del empleador de responder al pago de impuesto a la renta correspondiente en relación a la remuneración pagada;
- Duración del contrato y fecha del inicio de actividades, agregándose una “cláusula de vigencia” que consiste en condicionar el inicio de la relación laboral al momento en que el trabajador obtenga la visa o permiso de trabajo.
- Cláusula especial en virtud de la cual el empleador o patrón se compromete a pagar al trabajador y demás miembros de su familia que se estipulen, el pasaje de regreso a su país de origen o al que se convenga.

Ya con las cláusulas obligatorias a este tipo de contratos a la vista, cabe mencionar que la visa sujeta a contrato de trabajo presenta características que pueden ser contraproducentes respecto de los fines de regularización de la situación migratoria de los extranjeros en el país. Entre los requisitos se encuentra la necesidad de firmar ante notario el contrato de trabajo al que se sujeta esta visa y dentro de las cláusulas obligatorias se incluye la cláusula especial sobre el pago del regreso al país. Si bien estos requisitos

regularización (artículo 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Observaciones Generales N^{os} 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y, finalmente, que el propio artículo 19 N^o 7 no apodera al Estado a configurar reglas que diferencien radicalmente en el ejercicio del derecho de circulación y de residencia del extranjero, salvo su estricto apego al cumplimiento de los requisitos legales de general aplicabilidad a toda persona”. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. ROL 2273-12-INA, 04 de julio de 2014, considerando quincuagésimo.

persiguen fines legítimos o loables como el de evitar la simulación de las relaciones laborales fraudulentas, entregarle seriedad al contrato de trabajo o procurar la vuelta a casa del trabajador extranjero, ellos implicarán costos que el empleador muchas veces no estará dispuesto a asumir, lo que no necesariamente se traducirá en la no contratación del trabajador sino que el inicio de una relación laboral informal, condiciones que un extranjero muchas veces asumirá en tanto sus necesidades inmediatas se vean más urgentes que las probabilidades de expulsión producto de la situación irregular. Por lo tanto, este tipo de condiciones debiesen ser removidas o adaptadas a la realidad, si es que realmente se pretende fomentar la regularización de la situación migratoria de muchos trabajadores informales en nuestro país.

Finalmente, ante todos estos requisitos, cabe preguntarse si la naturaleza del contrato de trabajo deja de ser consensual y pasa a constituirse como un contrato solemne. Esta situación se resuelve al realizar una debida separación entre los efectos migratorios y los efectos laborales de este contrato de trabajo.

En el ámbito migratorio, como se extrae del RE, la falta de los requisitos exigidos implicará la denegación de la visa sujeta al contrato de trabajo, poniendo en riesgo la situación migratoria del trabajador extranjero, pero en ninguna parte se expresan estas formalidades como parte de la esencia del contrato de trabajo, sin las cuales el contrato mismo dejaría de existir o devendría en otro distinto (que es la principal característica del contrato solemne). Mientras tanto, nuestro código del trabajo establece claramente al contrato de trabajo como una figura consensual¹¹⁹ y cuya existencia se presumirá si es que en el hecho existen los elementos constitutivos de la relación laboral¹²⁰. Por lo tanto, las formalidades reguladas en el reglamento tendrán efectos únicamente respecto del otorgamiento de la visa, mientras que la validez del contrato mismo seguirá operando según las reglas contenidas en nuestra legislación laboral.

De esta misma forma ha interpretado estas disposiciones la propia Dirección del Trabajo de nuestro país, que además ha afirmado que “[s]i la contratación del extranjero sin cumplir los requisitos especiales que exige Extranjería supusieran la invalidez del contrato de trabajo, se vulneraría la libertad de trabajo y su protección, garantizada en el artículo 19 N° 16 de la Constitución, en virtud de la cual toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución, prohibiéndose

¹¹⁹ DFL N° 1. Año 2002., Artículo 7.

¹²⁰ DFL N° 1. Año 2002., Artículo 8.

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 casos”¹²¹.

2.4.2.3.- Residente temporario

Este tipo de autorización es una de las más diversas, quienes pueden optar a ella no comparten características específicas entre ellos, por lo que pareciera que dentro de esta categoría se intentó incluir a quienes quedaron fuera del resto de las clasificaciones.

Así, el DLE contempla esta autorización para quien pretenda radicarse en nuestro país, “siempre que acredite vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa”¹²². Dentro de esta definición cabe una gran cantidad de posibilidades, pero estas son delimitadas por las disposiciones del reglamento que demarcan los conceptos utilizados en la definición.¹²³

El vínculo familiar que el DLE requiere para esta autorización se encuentra en los números 1 al 4 del artículo 102, e incluye al cónyuge de chileno (junto a los padres e hijos de él); al cónyuge e hijos del extranjero residente en Chile que cuente con una visa o residencia definitiva (y a sus padres en caso de que el extranjero sea mayor de 18 años); a los ascendientes de chilenos; y a los hijos extranjeros de chilenos por nacionalización. Además, el artículo 51 incluye a otros vínculos familiares que podrán optar por este tipo de visa, entre los que se considera a los hijos nacidos en Chile de extranjeros transeúntes y a los hijos de padre o madre chilenos nacidos en el exterior.

En cuanto a la expresión “residencia estimada útil o ventajosa”, el DLE no brinda una definición, pero plantea un catálogo de posibilidades en las que se entenderá que la residencia tiene esas características. Este catálogo se encuentra en el artículo 50 del texto legal e incluye a: personas de negocios que requieran residir en el territorio nacional por más de 90 días para realizar sus actividades e intereses del país (letra a); personas que manejan conocimientos específicos cuya admisión sea requerida por personas jurídicas nacionales o por organizaciones internacionales reconocidas por nuestro país o que requieran una residencia por más de 90 días (letra b); profesionales de los medios de

¹²¹ VERGARA, Mónica. 2005., pp. 41-42.

¹²² Artículo 29 DLE.

¹²³ Además de estos casos, la ley de extranjería, en su artículo 33 bis, contempla la posibilidad de obtener esta visa a quienes sean víctimas del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y no sean nacionales o residentes permanentes del país y a los extranjeros que regresen al país luego de un período no mayor a cinco años de ausencia, siempre que hayan permanecido anteriormente en Chile como residentes por un período mayor a un año.

comunicación social que viajen a Chile con motivo de sus actividades (letra c); religiosos pertenecientes a organizaciones religiosas reconocidas por el país, para la realización de actividades religiosas, docentes o asistenciales (letra d); personas que lleguen al país para recibir tratamientos médicos en establecimientos especializados (letra e); y, por último, una disposición genérica que revela la naturaleza subsidiaria de este tipo de autorización al permitir la obtención de esta visa a quienes sean debidamente calificados por los Ministerios de Interior y Relaciones Exteriores, según proceda (letra f).

Esta última disposición que abre el catálogo de forma tan amplia como la administración estime conveniente, en la actualidad ha sido utilizada para la creación de nuevas formas de visado sin necesidad de realizar cambios legislativos. Sin embargo, ello también implica que un mero cambio en las ideas o personal de la administración podrá llevar aparejado la eliminación de estos permisos de residencia, situación que nos parece sumamente criticable pues por medio de reglamentos se puede afectar u obstaculizar el ejercicio de un derecho fundamental como la libre circulación de personas.

Aun cuando sean tantas las posibilidades de casos que pueden optar por esta clase de autorización, todas las visas temporarias tendrán una duración de un año, prorrogable una vez por la misma cantidad de tiempo. Los requisitos para acceder a ella, por tanto, serán tan variados como los casos que contemplan y estarán relacionados a la certificación o prueba de cada una de las características de las situaciones planteadas anteriormente.

En cuanto a la posibilidad de trabajar dentro del territorio del país, el artículo 49 del RE le entrega la facultad de desarrollar cualquier clase de actividad lícita dentro del país a quienes obtengan esta visa. Finalmente, cabe mencionar que la visa también podrá otorgarse a los miembros del grupo familiar dependientes del extranjero, pero no podrán desarrollar actividades remuneradas.

2.4.2.3.1.- Visa por motivos laborales

Muy recientemente se han incluido nuevos tipos de visados para satisfacer a las actuales necesidades del país. La administración lo ha realizado valiéndose de la mencionada causal genérica dentro de las visas de residente temporario.

Con la creación del contrato de unión civil, se incorporó a los casos de visados temporarios para extranjero con vínculo con chileno(a) el caso de los extranjeros que han

celebrado un acuerdo de unión civil con un(a) chileno(a), por lo que bastará un certificado del registro civil que acredite la unión civil como documento específico (y no únicamente el certificado de matrimonio como era antes)¹²⁴.

Además, el 26 de febrero de 2016, se creó una nueva forma de visado estrechamente relacionado con las relaciones laborales: La visa temporaria por motivos laborales¹²⁵. Esta visa otorga la calidad de residente temporario, por lo que comparte la duración de un año y las posibilidades de ejercer cualquier actividad remunerada que sea lícita. Como requisito específico, el postulante deberá presentar un contrato de trabajo suscrito en nuestro país¹²⁶ que haya sido firmado ante notario.

Esta visa viene a subsanar algunos de los problemas que presenta la visa sujeta a contrato de trabajo, como el corto plazo para encontrar un nuevo empleo luego de terminada la relación, que en palabras del actual Director del Departamento de Extranjería y Migraciones provoca que “se produzca una especie de incentivo a la irregularidad. En 30 días ningún chileno puede conseguir un trabajo, menos ellos. Esto genera que gente esté dispuesta a trabajar en cualquier condición, de cualquier modo y, por lo tanto, creas una competencia desleal en cuanto a los trabajadores nacionales, porque tienes trabajadores extranjeros que por estar irregulares están dispuestos a desarrollar cualquier función a cualquier renta”¹²⁷.

En este mismo sentido, la autoridad migratoria, en la citada circular n° 7, ha observado que el período de 30 días para encontrar un nuevo empleo, una vez terminada la relación con el empleador inicial, “condiciona su situación de regularidad migratoria a la continuidad del contrato de trabajo con el respectivo empleador, lo que contribuye a aumentar el desequilibrio existente entre ambas partes de la relación laboral”¹²⁸.

Las ventajas que presenta respecto de la visa sujeta a un contrato de trabajo son:

a) La duración de esta visa es independiente a la duración del contrato de trabajo presentado para obtenerla. El trabajador no se encontrará “encadenado” al

¹²⁴ DEM. 2015. Circular N° 06, Instruye sobre visación temporaria por unión civil, 26 de febrero 2015.

¹²⁵ DEM. 2015. Circular N° 07, Instruye sobre visación temporaria por motivos laborales, 26 de febrero 2015. Departamento de Extranjería y Migraciones, 26 de febrero 2015.

¹²⁶ DEM. 2015. Requisitos de visa temporaria por primera vez por motivos laborales. [en línea]: http://www.extranjeria.gob.cl/media/2015/04/TE16_ISO_TEMPORARIA_POR_MOTIVOS_LABORALES1.pdf [consulta: 03 de diciembre de 2016].

¹²⁷ LA TERCERA. 2015. Gobierno crea visa que extiende a un año la residencia a extranjeros cesante, 28 febrero 2015. [en línea]: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/02/680-618667-9-gobierno-crea-visa-que-extiende-a-un-ano-la-residencia-a-extranjeros-cesantes.shtml> [consulta: 01 julio 2016].

¹²⁸ DEM. 2015., p. 2.

contrato de trabajo para mantener su residencia, por lo que, en caso de ser despedido, el trabajador tendrá el tiempo restante al año que otorga la visa para encontrar un nuevo empleo (que contrasta con los 30 días de la visa sujeta a contrato).

b) Además, permite al trabajador cambiar de trabajo o de empleador, sin que ello implique el término del permiso, por lo que deja de ser una herramienta adicional para que el empleador se aproveche de la asimetría de poderes.

c) No incluye, como es caso de la visa sujeta a contrato, la obligación de que el empleador se haga cargo de los gastos del viaje de vuelta al país del extranjero. Por lo que es un incentivo a salir de la informalidad promovida por los empleadores.

Cabe destacar que esta visa no fue creada por vía legislativa, sino por la facultad del Ministerio de Interior (letra f del artículo 50 del reglamento ya revisado) para otorgar visas temporarias a aquellos que consideren debidamente calificados. Por lo tanto, la visa sujeta a contrato sigue existiendo, pero su ámbito correcto de aplicación es otro, como indica el Director del DEM: “se va a seguir aplicando para las personas que desde el exterior vengán a trabajar a Chile, para esos casos -cuando tú quieres traer a alguien a trabajar- la visa sujeta a contrato tiene sentido”¹²⁹.

Como ya mencionamos, la existencia de esta visa está sujeta al visto bueno de la administración de turno, por lo que todos los avances conseguidos con ella tienen naturaleza precaria. Consideramos que estos avances sólo se consolidarán por la vía legislativa, así como toda regulación que venga a afectar derechos fundamentales de los migrantes.

2.4.2.3.2.- Visa Mercosur

Existe una posibilidad de acceder a una visa temporaria que no podemos dejar de mencionar en este apartado. Las estadísticas que maneja el departamento de extranjería demuestran que, desde su instauración, constituyen la mayor cantidad de autorizaciones de residente temporario obtenidas en los últimos años¹³⁰. Nos referimos a la posibilidad de

¹²⁹ DEM. 2015., p. 2.

¹³⁰ Sólo en 2013, 15.593 visas de esta categoría fueron otorgadas, lo que constituye un 15,58% del total de las visas de residencia temporaria otorgadas en ese año, porcentaje mayor a cualquier otro tipo de visa temporaria. Para más información al respecto ver: DEM. 2013. Permisos de residencia temporal otorgados el año 2013. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2014/07/Permisos-de-residencia-temporal-2013.pdf> [consulta: 08 noviembre 2016]

que los nacionales de los países parte del proceso de integración regional llamado Mercosur accedan a la obtención de una visa como residente temporario, en mejores condiciones que el resto de los extranjeros.

Esta visa surge en el contexto de la XXVI Reunión de Ministros de Interior del MERCOSUR y Estados Asociados, donde fue redactada la “Declaración de Montevideo relativa al Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile”¹³¹. Esta visa, por tanto, se funda en el principio de reciprocidad internacional, tal como el DEM lo establece en su página web¹³².

Cabe mencionar que esta no necesariamente es una nueva visa, sino que es una nueva modalidad de la visa de residente temporario, por lo que tendrá similares efectos, pero con requisitos menos estrictos. Quienes podrán acceder a esta visa serán los ciudadanos argentinos, bolivianos, brasileros, paraguayos y uruguayos que deberán cumplir con los siguientes requisitos¹³³:

- Una fotocopia de su pasaporte vigente.
- Una fotocopia de la tarjeta de turismo (los ciudadanos que pueden aplicar a esta visa podrán entrar al país con fines turísticos únicamente presentando su cédula de identidad).
- Certificado de matrimonio o nacimiento que acredite vínculo con el titular de la visa (sólo en caso de los dependientes).
- Documento legalizado que acredite la tuición o custodia que tienen respecto de ellos los adultos con quienes vayan a residir en el país (sólo en caso de menores de edad que no estén acompañados por sus padres).

Esta autorización presentará las mismas características que la visa de residente temporario en cuanto al tiempo de duración (con la posibilidad de solicitar la residencia definitiva al año de residencia en el país) y a la libertad para realizar actividades remuneradas.

La visa Mercosur lleva una gran delantera en cuanto al otorgamiento de visas temporarias en nuestro país, y esto se explica en tanto su conveniencia es evidente: los

¹³¹ Materializada en nuestro país mediante: CHILE. SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR, MINISTERIO DEL INTERIOR. 2009. Oficio Circular N° 26465, 04 de diciembre 2009.

¹³² DEM. Tipos de residencia temporaria. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/residencia-temporaria/tipos-de-residencia-temporaria> [consulta: 01 noviembre 2016].

¹³³ CHILE. SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR, MINISTERIO DEL INTERIOR. 2009.

requisitos de entrada son bastante menos exigentes que para el resto de las visas (no requiere un contrato de trabajo, por ejemplo); pueden postular a ella el general de los ciudadanos de las naciones beneficiadas (no sólo aquellos que se encuentren dentro de las distintas hipótesis de las visas temporarias) y no está sujeta a las fuertes restricciones para poder trabajar dentro del país como, por ejemplo, la visa de turista o la de residente sujeta a contrato de trabajo que ya revisamos.

2.4.3.- Permanencia definitiva

Este es el permiso que determina la estadía indefinida dentro de nuestro país en calidad muy similar a la de cualquier nacional de Chile, por ello, no presenta demasiado interés su análisis exhaustivo dado que, una vez obtenido este permiso, difícilmente la persona llegará a un estado migratorio irregular. Por ello, sólo haremos un esbozo para entender la idea detrás de la institución.

Este permiso posibilita la radicación indefinida en el territorio del país junto a la libertad para desarrollar cualquier clase de actividades, sin limitaciones más allá de las establecidas en la ley y los reglamentos vigentes en Chile¹³⁴. Por lo tanto, las posibilidades de realizar actividades remuneradas dentro del territorio son las mismas que las de cualquier nacional, sin perjuicio de las excepciones establecidas en las normas nacionales.

Para acceder a este permiso, el requisito principal será la estadía ininterrumpida por un período de dos años en el país¹³⁵ (excepto respecto de la visa de residente temporario, que sólo requiere de la estadía por el período de un año para solicitar la permanencia definitiva). Para entender que el plazo ha transcurrido de forma ininterrumpida, las ausencias del territorio por parte del solicitante no pueden sumar más de 180 días dentro del último año de la visa de residencia¹³⁶, de otro modo el migrante deberá esperar hasta la fecha en que este requisito se cumpla, para hacer su solicitud. En el caso de los dependientes, no importará su tiempo de estadía en Chile, pues para obtener la permanencia definitiva bastará que el titular de la visa haya cumplido con los plazos recién mencionados.

¹³⁴ Artículo 41 DLE.

¹³⁵ Artículo 80 RE.

¹³⁶ Artículo 82 RE.

Este permiso se entenderá tácitamente revocado en caso de ausencia del país por un plazo ininterrumpido superior a 1 año, sin perjuicio de que existe la posibilidad de prorrogar este plazo por medio de los funcionarios del Servicio Exterior¹³⁷.

Como vimos, la mayoría de las visas que el ordenamiento nacional ofrece a quien quiera migrar a nuestro país están pensadas para períodos de tiempo definidos y la posibilidad de prorrogar estos plazos muchas veces tendrá un límite. En la práctica, una vez llegado el plazo fatal de la visa, el extranjero deberá abandonar el país o arriesgar una situación migratoria irregular (que implicará el riesgo a ser detectado por la autoridad migratoria con las correspondientes sanciones), y si este extranjero pretende permanecer en el territorio del país, la única opción que le quedará para conseguir esto será la solicitud de una permanencia definitiva o la solicitud de otro tipo de visa.

2.4.4.- Irregularidad y expulsión de migrantes en Chile

La revisión del estatuto jurídico internacional y nacional de los migrantes no puede apartarse de nociones tan relevantes como la “irregularidad migratoria” y “la expulsión del país”. Ambas se establecen latamente en la legislación migratoria y es precisamente en torno a ellas donde surge mayor conflictividad social y política en torno a cuál es el enfoque que se debe otorgar a la política migratoria nacional. Por lo mismo, no será extraño que se puntualice en los migrantes en situación irregular -mal llamados ‘ilegales’- para fundamentar un mayor control fronterizo y jurídico de la migración.

Como se señaló en un inicio, no existen cifras oficiales que permitan objetivar la cantidad de migrantes irregulares en Chile, pero si es posible afirmar que el ingreso irregular ha aumentado considerablemente de la mano del tráfico ilícito de migrantes¹³⁸. Respecto de la expulsión, ésta también ha aumentado consecucionalmente en los últimos años, pues conforme a las estadísticas del DEM, si entre 2005 y 2014 se expulsaron 24.376

¹³⁷ DEM. 2014. Advertencia Permanencia Definitiva. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2014/12/Advertencia-Permanencia-Definitiva.pdf> [consulta: 21 de diciembre 2016].

¹³⁸ DEM. 7 de abril de 2016. Gobierno, Ministerio Público e INDH abordan riesgos asociados a presencia de ‘coyotes’ en la frontera. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/04/07/gobierno-ministerio-publico-e-indh-abordan-riesgos-asociados-a-presencia-de-coyotes-en-la-frontera/> [consulta: 19/01/17].

migrantes, con una tasa de 2.500 inmigrantes por año, el 2014 aparece con la mayor cantidad de expulsiones del período, 3.120¹³⁹.

En este apartado analizaremos las causales de expulsión, cómo es el procedimiento para llevarla a cabo y cuáles han sido los recursos a los que han acudido los migrantes afectados por dichas medidas. De este análisis, se podrá comprobar que la situación migratoria irregular, ya sea por ingreso irregular o por el vencimiento de los permisos de residencia, es la principal fuente de expulsión en nuestro país.

En la práctica, una vez que se decreta una orden de expulsión, su materialización efectiva puede darse en un plazo de 6 meses, o incluso más de 18 meses, en el caso de que no se logre dejar sin efecto a través de la interposición de los recursos administrativos y judiciales pertinentes¹⁴⁰. Esto significará la existencia de un gran lapso de tiempo en que los migrantes afectados continuarán residiendo en Chile sin seguridad jurídica respecto a su proyecto de vida en el país.

Si bien podrán presentarse ciertos matices entre el ‘migrante en situación irregular’, ‘aquél que continúa residiendo en el país con una orden de expulsión’ y ‘aquél que es efectivamente expulsado’, estas situaciones comparten, además de una relación causal y lógica en el tiempo, una situación de vulnerabilidad jurídica generalizada. El análisis de esta situación de vulnerabilidad lo realizaremos en el próximo capítulo, particularmente respecto de los efectos jurídicos que suscitan en torno a los derechos y obligaciones que emanan de la relación laboral.

¹³⁹ DEM. 2016., p. 188.

¹⁴⁰ Estos recursos y sus plazos se analizan en el punto 2.4.4.3. de este capítulo.

2.4.4.1.- Casos en los que procede la expulsión¹⁴¹

A lo largo de su redacción, la ley de extranjería establece una amplia gama de hipótesis que dan lugar a la expulsión de inmigrantes del territorio nacional, y que apuntan a la noción de “infracción de la legislación migratoria”.

Para entenderlas de forma global, podemos agrupar las expulsiones (a) que tienen ocasión al ingreso o egreso del territorio nacional (arts. 15, 17, 68 y 69 DLE) y (b) las que tienen ocasión durante la residencia o estada en el territorio nacional (Arts. 63 a 67 y 70 a 72 DLE).

Para estos efectos, abordaremos con mayor énfasis las situaciones que generan mayor vulneración de los derechos humanos y fundamentales de los migrantes, como así también respecto de sus derechos laborales, en particular.

a) *expulsiones que tienen ocasión al ingreso o egreso del territorio nacional (arts. 15, 17, 68 y 69 DLE)*: estas expulsiones se desarrollan a propósito de las “prohibiciones de entrada” (art. 15 DLE) y “el ingreso o egreso clandestino o con documentación falsificada, adulterada o expedida a nombre de otra persona” (arts. 68 y 69 DLE).

Como mencionamos anteriormente, la normativa distingue entre causales por las que “se prohíbe” y causales por las que “podrá impedirse” el ingreso al territorio nacional, configurando entonces, “prohibiciones” e “impedimentos” de entrada al país.

Respecto de las *prohibiciones de entrada*, existe un amplio catálogo de casos que impiden el ingreso de migrantes al territorio nacional, generalmente asociados a la idea de la migración como un riesgo para la soberanía nacional (sobre todo en los numerales 1° y 2° del artículo 15, ya indicados). Sin embargo, cabe destacar que la expulsión no tiene

¹⁴¹ No deben confundirse con la hipótesis dispuesta a partir de la modificación realizada el 06/02/2015 en: Chile. Ley 18.216. 1983. ESTABLECE PENAS QUE INDICA COMO SUSTITUTIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de mayo de 1983. Dicha ley comprende a la expulsión como una pena alternativa para los extranjeros que no residieren de forma legal en nuestro país y sean condenados a una pena igual o menor a cinco años de presidio. Se trata, entonces, de una expulsión dictada judicialmente, pero cuya implementación es administrativa, conforme a las reglas generales. Junto a ello, el extranjero tendrá prohibido el ingreso al territorio nacional por un período de diez años, prohibición que, si llega a infringirse, implicará la revocación de la pena de expulsión y el cumplimiento de la pena original en privación de libertad.

lugar respecto de la totalidad de prohibiciones de entrada, sino sólo de algunas conforme al artículo 17 del DLE¹⁴².

Respecto de los *impedimentos de entrada*, sus causales no autorizan directamente una orden de expulsión (no constituyen infracción migratoria), pero permiten que se ‘pueda impedir’ facultativamente el ingreso al país según el criterio de Policía de Investigaciones -y subsidiariamente Carabineros de Chile. A nuestro juicio, no es apropiado que funcionarios de policía tengan la potestad para determinar facultativamente quién podrá ingresar al país. Por ello, y en concordancia con lo sostenido en el Informe Anual de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, entendemos que el contenido jurídico de los impedimentos de entrada “no puede ser adecuadamente evaluado por los funcionarios de la PDI en los puntos de ingreso al país”¹⁴³. A nuestro juicio, esto afecta directamente el derecho a la libertad de circulación de los inmigrantes, abriendo un espacio de discrecionalidad a las autoridades policiales en un ámbito en que debiese existir plena seguridad jurídica: la posibilidad de ingreso supeditada al cumplimiento de requisitos objetivos que impone la legislación del país de destino.

Finalmente, respecto de los extranjeros que ingresen o egresen del territorio nacional con *documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona* (artículo 68 DLE), o bien, lo hagan *clandestinamente* (artículo 69 DLE), se les sancionará con presidio menor en su grado máximo, debiendo disponerse su expulsión tan pronto como el afectado cumpla dicha pena. El ingreso clandestino ha sido una de las causales más utilizadas para expulsar a migrantes del territorio nacional¹⁴⁴. Sin embargo, y tratándose de un delito penado por la ley chilena, generalmente no ha sido objeto de persecución penal. Esto se debe a la aplicación de los artículos 146 y 158 RE, que autorizan al Ministro del Interior o Intendente Regional a desistirse de la acción penal y disponer la expulsión de los inmigrantes infractores¹⁴⁵. A nuestro juicio, esto se debe tanto a las dificultades

¹⁴² Artículo 17 DLE: “los extranjeros que hubieren ingresado al país no obstante encontrarse comprendidos en alguna de las prohibiciones señaladas en el artículo 15 o que durante su residencia incurran en algunos de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo indicado”.

¹⁴³ CDH UDP. 2013. Informe Anual 2013: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, p. 146.

¹⁴⁴ Para más información, consultar: INDH. 2013. Informe misión de observación por situación de la población migrante en Iquique y Colchane. Santiago, Chile, pp. 1-35. [en línea]: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/560/Informe%20Mision?sequence=4> [consulta: 19/01/17].

¹⁴⁵ Según Pablo Vera, abogado del Servicio Jesuita a Migrantes, esto “implica una vulneración a las garantías del debido proceso penal y al principio de legalidad, pues se aplica una sanción (autorizada por una norma

probatorias que acarrea su persecución, como a la incapacidad técnica de dar persecución a la totalidad de casos de ingreso clandestino que reporta el país.

b) *expulsiones que tienen ocasión durante la residencia o estada en el territorio nacional (arts. 63 a 67 y 70 a 72 DLE)*: respecto de estas infracciones, nuevamente se contempla una amplia gama de hipótesis que autorizan facultativamente la expulsión de extranjeros. Se relacionan principalmente con la pérdida de la regularidad migratoria respecto de migrantes que han continuado “residiendo en el país después de haberse vencido sus plazos de residencia legal”, conforme lo indica el artículo 71 DLE, y de forma residual, con la falta a deberes específicos de la legislación migratoria, los cuales analizaremos con posterioridad.

La pérdida de la regularidad migratoria se ocasiona principalmente a propósito de las causales de rechazo y revocación de visas, comprendidas en la ley. En este sentido, quienes hicieron un ingreso regular al país, normalmente perderán su regularidad conforme a dichas causales, las cuales se comprenden en un amplio catálogo. En este sentido, se establece un marco similar de discrecionalidad administrativa, pues se establecen causales obligatorias y facultativas de rechazo de solicitudes de visa (artículos 63 y 64 DLE) y de revocación de visas para extranjeros (artículos 65 y 66 DLE).

Las causales de rechazo deberán considerarse “para resolver sobre el otorgamiento de prórrogas de turismo, visaciones, prórrogas de visaciones y permanencia definitiva”¹⁴⁶.

Las causales obligatorias de rechazo son imperativas para la autoridad administrativa, quien deberá rechazar las solicitudes de peticionarios que hayan ingresado faltando a cualquiera de las prohibiciones de entrada del artículo 15 DLE, o que durante su residencia falten a ellas en sus numerales 1 y 2; que hayan ingresado con documentación falsificada, adulterada o expedida a favor de un tercero; o bien, que simplemente no cumplan con los requisitos propios del permiso solicitado.

En cuanto a las causales facultativas de rechazo, el DEM puede decidir conforme a su criterio si acepta o rechaza las solicitudes de extranjeros que: i) infrinjan obligaciones

reglamentaria) sin haberse realizado un juicio de responsabilidad que acredite la culpabilidad del migrante imputado” (consulta realizada el 10 de junio de 2016). En este mismo sentido, se ha considerado la extinción de la acción penal como antecedente para acoger acciones de amparo contra decretos de expulsión en sentencias dictadas por la Corte Suprema, por ejemplo, en: Rol N° 4065-2015, el 30 de marzo de 2015, considerando 2°-5° y; Rol N° 2313-2013, 23 de abril de 2013, considerandos 5° a 7°.

¹⁴⁶ Artículo 62 DLE.

de la legislación migratoria (números 2, 5 y 6); ii) incurran en la comisión de delitos (número 1 y 2); iii) no cumplan sus obligaciones tributarias (número 8); iv) atenten contra la salud pública (número 4 por remisión al número 5 del artículo 15) o; v) realicen actos que afecten las relaciones diplomáticas del país (número 3). Es decir, nuevamente se establece un mayor espacio de discrecionalidad administrativa, manifestada tanto en la multiplicidad como en el contenido de las causales expuestas.

Sin la intención de analizar cada una de estas causales, para los efectos de esta investigación, consideramos que las siguientes tres causales de rechazo son abiertamente vulneratorias de las obligaciones internacionales vigentes¹⁴⁷:

- i) Aquellos que no tengan profesión u oficio, o carezcan de recursos que les permitan vivir en Chile sin constituir carga social (numeral 4º que remite al artículo 15 N° 4 DLE): aparentemente, el objetivo de esta causal consiste en “evitar el desmedro del sistema de seguridad social”, sin embargo, entendemos que tal regulación podría justificar que el sólo hecho de encontrarse desempleado temporalmente, pueda implicar el rechazo de un permiso de residencia. A nuestro juicio, ello constituye una vulneración al principio de no discriminación y una reacción desproporcionada respecto de una situación de desempleo normal en las actuales condiciones de mercado; más aun considerando que la mayor parte de los migrantes se encuentran laboralmente activos y contribuyen al sistema de seguridad social.
- ii) Residentes sujetos a contrato que por su culpa dieron lugar a la terminación del respectivo contrato de trabajo (numeral 7º): habiendo analizado las condiciones de vulnerabilidad de los trabajadores con visa sujeta a contrato de trabajo, nos parece que esta causal solo menoscaba más aun la situación de los trabajadores migrantes, pues significa una doble sanción, el despido y la pérdida de la regularidad migratoria, en virtud de un mismo hecho. Así, a modo de ejemplo, legalmente existe la posibilidad de expulsar del país a un trabajador simplemente por “no concurrir a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos¹⁴⁸”.

¹⁴⁷ Especialmente respecto de: la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 8º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22º) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 13º).

¹⁴⁸ Artículo 160 N° 3 CT.

Además, su redacción no es adecuada, pues no esclarece si para su concurrencia basta la mera invocación por el empleador o si el despido disciplinario requiere ser probado en un juicio por despido injustificado. En el primer caso, implicará que el empleador tendrá una herramienta casi sin restricciones contra el trabajador extranjero, atentando contra los principios básicos del Derecho del Trabajo, especialmente contra el *principio pro operario*.

- iii) Razones de conveniencia o utilidad nacionales (artículo 64 Inciso final): este artículo es concordante con lo dispuesto en el artículo 13 del DLE, en tanto aquél dispone que las atribuciones del DEM serán ejercidas discrecionalmente, atendiendo a criterios de conveniencia o utilidad nacionales y de reciprocidad internacional. A nuestro juicio, ambas normas consagran conceptos jurídicos indeterminados, que otorgan ámbitos excesivos de discrecionalidad administrativa a las autoridades. Así también lo considera el Tribunal Constitucional, al sostener que dichas normas reflejan “un esquema normativo de máxima discrecionalidad que admite masivas vulneraciones de derechos o alteraciones menores, dependientes del carácter compasivo o estricto de su invocación por las autoridades de turno [...]”¹⁴⁹. En definitiva, este tipo de conceptos no debiesen formar parte de la legislación migratoria, toda vez que autorizan la vulneración de los derechos fundamentales de los migrantes, quienes pueden ser calificados de “inútiles” o “inconvenientes” para el país en ausencia de reglas tasadas.

En cuanto a las causales de revocación de permisos o visas, nuevamente se replica el establecimiento de causales obligatorias y facultativas para la autoridad. Las causales obligatorias hacen una simple remisión a los artículos 15 y 63 DLE, que establecen la revocación de los permisos y autorizaciones de extranjeros que en su ingreso o durante su residencia hayan infringido las prohibiciones de entrada, o bien, hayan obtenido permisos con infracción a las causales obligatorias de rechazo. La regulación de las causales facultativas de revocación es similar, pues simplemente se remite a las causales facultativas de rechazo ya mencionadas, manteniendo íntegramente su contenido.

En definitiva, dispuesto el rechazo o revocación por parte del Ministerio del Interior a través del DEM, éste organismo deberá fijar un plazo no inferior a 72 horas

¹⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 2273-2013, 4 de julio de 2013, considerando 7.

para que el extranjero realice un abandono “voluntario” del país. Dicha actuación podrá sustituirse, a petición de parte, por el otorgamiento de la visación que corresponda en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 inciso 3º de la ley de extranjería. Si no se solicita la sustitución de la orden de abandono y transcorre el plazo señalado, la administración dictará el correspondiente decreto fundado de expulsión.

Respecto de las infracciones a deberes específicos de la legislación migratoria, ameritan con expulsión la no observancia de los siguientes deberes:

- a) Deber de información y registro¹⁵⁰: es posible expulsar a un migrante cuando incurra en infracciones graves y reiteradas a sus deberes de registrarse ante la autoridad, solicitar cédula de identidad o comunicar su cambio de domicilio o actividades, dentro de los plazos que la ley establece.
- b) Deber de acatar las medidas de control de la autoridad policial¹⁵¹: es causa suficiente para la expulsión, la elusión de las medidas de control adoptadas por los organismos policiales contra aquellos extranjeros infractores de las normas del código, sean infracciones que ameriten por sí mismas la expulsión o no.
- c) Buena fe en materia laboral¹⁵²: en caso de establecerse que existe fraude o simulación en la contratación de un extranjero, cuyo objeto es obtener la visa asociada a ese contrato de trabajo, junto a la sanción de multa para el empleador, se aplicará la expulsión al extranjero implicado.

En definitiva, del análisis de las causales mencionadas, es evidente que nuestra legislación comprende una amplia gama de causales de expulsión de migrantes de país, asociadas generalmente a la ausencia o pérdida de la regularidad migratoria. En este sentido, creemos que la amplitud de este catálogo controvierte la seguridad jurídica sobre el proyecto migratorio. ¿Por qué? Porque si, como migrantes, damos cabal cumplimiento a los requisitos que nos exige el país de destino al cual arribamos, es razonable que exista la legítima expectativa de que nuestra situación jurídica sea estable en el tiempo, en la medida que seguimos cumpliendo los requisitos. De este modo, la seguridad jurídica sobre el proyecto migratorio es un bien jurídico que debe tutelar nuestra legislación. Así, el

¹⁵⁰ Artículo 72 DLE.

¹⁵¹ Artículo 82 DLE.

¹⁵² Artículo 75 DLE.

establecimiento de causales facultativas tanto para prohibir el ingreso, como para rechazar o revocar un permiso de residencia, no contribuyen a su tutela efectiva. Si lo añadimos a la facultad del DEM de rechazar o revocar visaciones conforme a la utilidad y conveniencia nacional que los migrantes reporten para el país, se abre un gran flanco a la vulneración de derechos.

Para hacer frente a este escenario, concordamos con el Tribunal Constitucional en la necesidad de establecer “reglas tasadas” al DEM, con el fin de que ejerza sus facultades según un estándar derivado de “las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, de normas legales que desarrollan derechos constitucionales y del propio texto constitucional”¹⁵³. A nuestro juicio, este estándar permite aplicar un enfoque de derechos en la política migratoria nacional, reafirmando el principio de juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de Chile, en virtud del cual “las potestades discrecionales (otorgadas por la ley) no pueden tener validez alguna cuando aquéllas sobrepasan o desbordan la Constitución [...]”¹⁵⁴.

A nuestro juicio, el amplio catálogo de causales de expulsión, los diversos deberes administrativos para el migrante y el amplio espacio otorgado a la discrecionalidad administrativa constituyen un favorecimiento legal de la irregularidad migratoria, lo cual entendemos como una manifestación más del enfoque de seguridad nacional del DLE descrito anteriormente. En el próximo acápite, describiremos cómo funciona el procedimiento de expulsión, con el fin de demostrar que, por lo general, implica mantener al ‘migrante infractor’ en una situación migratoria irregular (y, por ende, jurídicamente vulnerable) en nuestro país.

2.4.4.2.- Procedimiento de expulsión y sus etapas

El procedimiento de expulsión se regula en el DL 1.094 a propósito de las “Medidas de Control, Traslado y Expulsión” (artículos 81 a 90 DLE) y es complementado en el reglamento de extranjería a través de los artículos 164 a 176 RE.

¹⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. Rol 2273-2013, considerando 49.

¹⁵⁴ CALDERA, H. 1989. Límites constitucionales a la discrecionalidad administrativa. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 2, Santiago, Chile, p. 424. [en línea]: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649660.pdf> [consulta: 19/01/17].

Si bien existen autores que sostienen que “no existe un procedimiento estándar que regule de manera pormenorizada la expulsión de extranjeros en Chile, sino solamente disposiciones particulares atinentes a ciertos aspectos de la misma”¹⁵⁵. Entendemos que la normativa actual regula el procedimiento de expulsión a través de reglas inorgánicas, las cuales, pese a su fragmentación, conforman un procedimiento administrativo. En este procedimiento, el DEM y las autoridades regionales correspondientes son los facultados para darle inicio mediante la orden de expulsión. Este procedimiento adquiere una forma más orgánica mediante la aplicación supletoria de la Ley 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (en adelante, LBPA)¹⁵⁶, que resultará fundamental en la regulación de los plazos de tramitación y los recursos que podrán interponerse en caso de disconformidad con su resultado.

En suma, este procedimiento consta básicamente de cinco etapas a desarrollar: (a) las medidas de control policial; (b) la Orden de expulsión respectiva; (c) la notificación de dicha medida; y (d) la interposición de recursos y/o la ejecución de la orden de expulsión.

- a) *Medidas de control policial*: los extranjeros que se encuentren en una situación de infracción a la legislación migratoria, serán sujetos al control de Policía de Investigaciones –y subsidiariamente Carabineros de Chile- quienes le tomarán la declaración pertinente, le retirarán la cédula de identidad chilena si su permiso de residencia no se encuentra vigente y le señalarán una “localidad de permanencia obligada, por el lapso necesario [...] y le fijarán la obligación de comparecer periódicamente a la respectiva Unidad Policial”¹⁵⁷.

Posteriormente, los antecedentes relacionados con la infracción y las medidas de control adoptadas se pondrán en conocimiento del Ministerio del Interior o Intendencia Regional, con el fin de que dispongan las sanciones que correspondan.

- b) *Orden de expulsión*: la medida de expulsión en general será dispuesta por Decreto Supremo por el Ministerio del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la

¹⁵⁵ DELLACASA, F. y HURTADO, J. 2015., p. 161.

¹⁵⁶ Ley 19.880. ESTABLECE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de mayo de 2003, artículo 3 inciso 1º: “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.

¹⁵⁷ Artículo 82 DLE.

República”, en el que se le reservarán los recursos administrativos y judiciales procedentes al migrante afectado. Sin embargo, también podrá ser dispuesta por la Intendencia Regional¹⁵⁸ cuando se trate de titulares de un permiso de turismo vencido o de migrantes que hubiesen realizado un ingreso clandestino, en cuyos casos la orden de expulsión se ejecutará “sin más trámite”, exenta del trámite de toma de razón, propia de los actos administrativos.

- c) *Notificación de la orden de expulsión*: una vez despachada la orden de expulsión, se pondrá a disposición de la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional de Policía de Investigaciones, quien según el protocolo dictado por el Ministerio del Interior para estos efectos¹⁵⁹, notificará al afectado de forma personal y escrita, entregándole una copia íntegra de la orden de expulsión.
- d) *Interposición de recursos y/o la ejecución de la orden de expulsión*: una vez notificado, en dicho acto el migrante afectado podrá manifestar su intención de recurrir contra la medida o conformarse con ella. De este modo, se procederá a la ejecución de la orden de expulsión en el caso de que el afectado (i) manifieste su conformidad con ella, sin interponer recurso alguno, (ii) interponga un recurso que se estime improcedente, o (iii) sea denegado por el Tribunal que corresponda.

2.4.4.3.- Recursos contra la resolución que decreta la expulsión

En la legislación migratoria, se regula solo un mecanismo para recurrir a la orden de expulsión: el recurso de reclamación. Sin embargo, debido a las limitaciones de esta vía, ha sido común que los migrantes recurran a otros recursos contemplados por nuestra normativa, tanto a nivel administrativo como judicial.

Como adelantábamos, una vez notificado, el afectado podrá manifestar su intención de recurrir contra la medida de expulsión mediante el recurso de reclamación¹⁶⁰. Para ello,

¹⁵⁸ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 1983. DS 818. Delega en autoridades de gobierno interior que indica, las atribuciones relativas a extranjeros, que señala. 13 de Julio de 1983, Art. 1º: “Delegase en los señores intendentes Regionales del país la facultad de disponer la medida de expulsión a: a) los extranjeros que hubieren prolongado su permanencia en el país luego de expirar su permiso de turismo o de entrada al territorio nacional; b) Los extranjeros infractores al artículo N° 146 del D.S. 597 de 1984 [...]”.

¹⁵⁹ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2013. Protocolo de actuación para expulsión de extranjeros infractores. Santiago de Chile, p. 4-5.

¹⁶⁰ Artículo 89 DLE.

tendrá un plazo de 24 horas para reclamar judicialmente por sí mismo, o por medio de algún miembro de su familia, ante la Corte Suprema.

La normativa establece que dicho recurso deberá ser “fundado” sin establecer criterios o causales específicas que pueda invocar el afectado. En este sentido, un somero análisis de la legislación migratoria sugeriría que sus argumentos se orienten en desvirtuar la causal invocada por la autoridad administrativa, o bien, en evidenciar el incumplimiento de las reglas procedimentales para llevar a cabo la orden de expulsión.

La Corte Suprema deberá fallar la reclamación dentro del plazo de 5 días hábiles, desde su presentación. Cabe señalar que su interposición suspende la ejecución de la orden de expulsión, pero obliga al extranjero afectado a permanecer privado de libertad en un establecimiento carcelario o en el lugar que el Ministerio del Interior o la Intendencia Regional determinen, sin ningún tipo de garantías sobre la legalidad de dicha detención.

Si bien el objetivo de este trabajo no es indagar sobre las vulneraciones al debido proceso que tienen lugar en materia de expulsión, constituyen una vulneración a los derechos humanos de los migrantes: (a) el escaso plazo de preparación de la defensa; (b) la imposibilidad de acceder a la justicia en caso de no contar con familiares residiendo en Chile; (c) la falta de defensores públicos especializados; (d) la inobservancia del control judicial de las detenciones; (e) la inexistencia de un intérprete en caso que sea necesario; (f) el escaso control de legalidad por parte de la Contraloría, entre otras¹⁶¹.

En particular, respecto del recurso de reclamación del DLE, se hace ilusorio preparar y sostener una adecuada defensa en tan solo 24 horas, sobretodo tratándose de una medida de afectación como la expulsión del país, que presupone generalmente más de un bien jurídico en juego. Esto hace manifiesto que no basta con la disposición legal o constitucional de un recurso, si aquel no resulta eficaz para asegurar el(los) derecho(s) del(los) afectado(s). En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que no basta con que un recurso “esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para

¹⁶¹ PASCUAL, T. 2011. Debido Proceso en la expulsión de inmigrantes en Chile y la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos (Tesis de Pregrado). Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 92-104.

establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”¹⁶².

En definitiva, las limitaciones de esta vía recursiva han inhibido su utilización práctica por lo ineficaz que resulta para un adecuado ejercicio del derecho a la defensa judicial, como por la dificultad que plantea en la consecución de un resultado favorable. Ello ha favorecido la construcción de una estrategia jurídica orientada en agotar los recursos administrativos ordinarios, para luego interponer las acciones constitucionales de amparo o protección como última sede de impugnación. Esta estrategia jurídica ha sido seguida por la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana y por otras entidades privadas orientadas a apoyar el proyecto migratorio de los migrantes¹⁶³. Los recursos y acciones utilizados en la práctica son los siguientes:

I. Recursos Administrativos ordinarios:

Las siguientes vías recursivas se encuentran consagradas en la LBPA y son, principalmente, la reposición y su recurso jerárquico, la invalidación y la revisión de oficio.

Como prevención, cabe destacar que, al enmarcarse dentro de las reglas del procedimiento administrativo, debe solicitarse la suspensión del acto administrativo para cumplir materialmente su pretensión. Así, podrá concederse la suspensión cuando “el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de resolverse el recurso”¹⁶⁴, lo que se manifestará en el caso de concretarse la expulsión del migrante afectado. Asimismo, cabe mencionar que en los casos de rechazo o revocación de visas deben impugnarse dos actos administrativos: (i) la orden de abandono voluntario que otorga un plazo de 72 horas al extranjero para salir del país y; (ii) la orden de expulsión (Decreto o Resolución Exenta) que ordena su salida dentro de 24 horas de su notificación.

Los recursos que se interponen son, entonces:

¹⁶² Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74, párr. 136; Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo, 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, párr. 164.

¹⁶³ Programa de asistencia jurídica del Servicio Jesuita a Migrantes, Clínicas Jurídicas Especializadas en Migración de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y de la Universidad Alberto Hurtado, entre otras.

¹⁶⁴ Artículo 57 Inciso 2° LBPA.

a) *Recurso de reposición y el recurso jerárquico*¹⁶⁵: el recurso de reposición debe interponerse dentro de un plazo de cinco días de notificado el acto administrativo ante el mismo órgano que lo dictó. En el caso de que se rechace total o parcialmente la acción, podrá interponerse en subsidio, el recurso jerárquico, que será conocido por el superior jerárquico, normalmente el Subsecretario del Interior o quien corresponda en la Intendencia Regional.

Cabe mencionar que la ley no hace mención alguna al fundamento que debe contener este recurso, lo cual se reproduce como técnica legislativa respecto de la reposición en procedimientos civiles¹⁶⁶; por lo tanto y conforme a las reglas generales, su interposición deberá fundarse tanto en la (des)proporcionalidad de la orden de expulsión como en el perjuicio que ocasiona la orden de expulsión, generalmente asociado a la vulneración de derechos que implica.

b) *Invalidación*¹⁶⁷: si el afectado está fuera de plazo para interponer la reposición y el recurso jerárquico, o bien, estos no fueron acogidos, puede interponer el recurso de invalidación dentro del plazo de 2 años desde la notificación de la orden de expulsión y ante el mismo órgano que dictó la resolución. La Administración podrá invalidarla siempre y cuando se justifique que es “contraria de derecho”, lo que podrá justificarse, por ejemplo, en el desajuste a las normas del DLE, de la Constitución Política o de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

c) *Revisión de oficio*¹⁶⁸: En el caso de no prosperar dichos recursos, se puede solicitar la revisión de oficio al órgano que dictó la orden de expulsión. Esta solicitud no tiene un plazo perentorio para su presentación, como así también, no establece criterios para fundarla ante la Administración.

Según la ley, “salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de seis meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”¹⁶⁹. En la práctica, la administración se demora aproximadamente entre 4 y 6

¹⁶⁵ Artículo 59 de la LBPA.

¹⁶⁶ Ley 1.552. 1902. Establece el Código de Procedimiento Civil. 30 de agosto de 1902, artículo 181: “[...] podrá pedirse, ante el tribunal que dictó el auto o decreto, su reposición, dentro de cinco días fatales después de notificado. El tribunal se pronunciará de plano y la resolución que niegue lugar a esta solicitud será inapelable; sin perjuicio de la apelación del fallo reclamado, si es procedente el recurso”.

¹⁶⁷ Artículo 53 LBPA.

¹⁶⁸ Artículo 61 LBPA.

¹⁶⁹ Artículo 27 LBPA.

meses en conocer y fallar cada uno de estos recursos, que corresponde al máximo plazo que otorga la ley para los procedimientos administrativos; esto significa que “en la mayoría de los casos, durante el tiempo que dura el agotamiento de recursos en sede administrativa, el migrante puede continuar residiendo en Chile por más de un año”¹⁷⁰.

A nuestro juicio, la demora administrativa en el conocimiento de estos recursos constituye un ‘arma de doble filo’ para el migrante, pues si, por un lado, se le permite continuar residiendo en el país, fortaleciendo sus lazos y redes, pudiendo encontrar una pareja, formar una familia, comprar una propiedad, entre otros (factores que podrán servirle de antecedente favorable al momento de impugnar el decreto de expulsión en sede constitucional), por otro lado, mantienen por un largo tiempo una situación irregular, carente de certeza jurídica y abierta a la privación y amenaza en el ejercicio de sus derechos fundamentales, tema que abordaremos en el próximo capítulo.

Podría plantearse que la sobrecarga de trabajo de la Administración es un asunto que debe ser resuelto por las políticas públicas, es decir, inyectando más recursos, contratando más personal, capacitando a quienes hacen las veces de ‘Tribunal Contencioso Administrativo’. Ello podría hacer más eficiente el trabajo de la Administración, pero no se dirige al problema central: el favorecimiento legal de la irregularidad migratoria.

II. Acciones constitucionales:

Como se indicó anteriormente, las acciones constitucionales suelen interponerse una vez que se han agotado procesalmente los recursos administrativos que consigna la Ley 19.880, o bien, cuando su agotamiento no resulta necesario. En la práctica, se han interpuesto alternativamente dos acciones: el amparo constitucional y la acción de protección.

a) *Amparo constitucional*¹⁷¹: se interpone en su modalidad preventiva, es decir, ante cualquiera otra privación, perturbación o amenaza ilegal en el derecho a la libertad personal y seguridad individual. Ha sido la acción constitucional más utilizada para impugnar órdenes de expulsión, por ello, se ha afirmado que constituye “la principal

¹⁷⁰ Consulta a Valentina Guerra (19 de mayo de 2016), abogada del Departamento Jurídico de la Intendencia de la Región Metropolitana.

¹⁷¹ Artículo 21 CPR; Auto Acordado de la Corte Suprema. Sobre tramitación y fallo del recurso de amparo. 19 de diciembre de 1932.

fuente de jurisprudencia en materia de extranjería y migración en Chile”¹⁷². Ha sido recurrente en la jurisprudencia el rechazo de acciones de amparo en virtud de un decreto dictado por autoridad competente y en el ejercicio de las atribuciones conferidas por ley¹⁷³. Sin embargo, se han dejado sin efecto órdenes de abandono y de expulsión, reestableciendo el imperio del derecho y asegurando la debida protección del migrante afectado en virtud de tres principales razones: “a) la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad; b) el actuar ilegal de la autoridad administrativa durante la ejecución de la orden de expulsión; y c) la falta de proporcionalidad o fundamentos de las órdenes de expulsión”¹⁷⁴.

- b) *Acción de protección*¹⁷⁵: este recurso se ha interpuesto fundándose principalmente en la privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y debido proceso, consagradas en el artículo 19 CPR en sus numerales 2° y 3° inciso quinto, respectivamente. Sin embargo, ha sido mayormente rechazado bajo el fundamento de que no existe arbitrariedad o ilegalidad en órdenes de expulsión dictadas por autoridad competente en el ejercicio de sus atribuciones legales¹⁷⁶.

¹⁷² GODOY, R. 2014. Comentarios de Jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. *Anuario de Derechos Humanos N° 10*, Santiago, Chile, p. 142.

¹⁷³ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 3188-2009, 6 de noviembre de 2009, considerando 4; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rol 5.010-2014, 10 de marzo de 2014, considerando 5.

¹⁷⁴ HENRÍQUEZ, M. 2014. El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes: Análisis jurisprudencial (2009-2013). *Ius et Praxis*, vol. 20 N° 1, Santiago, Chile, p. 365. [en línea]: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100015> [consulta: 19/01/17].

¹⁷⁵ Artículo 20 CPR; Auto Acordado de la Corte Suprema. Sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. 27 de junio de 1992.

¹⁷⁶ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 102-2011, 30 de mayo de 2011, considerando 1; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rol N° 4.485-2012, 22 de junio de 2012, considerando 4.

CAPÍTULO III: EFECTOS JURÍDICOS DE LA IRREGULARIDAD MIGRATORIA EN LA RELACIÓN JURÍDICO-LABORAL

1.- INFORMALIDAD LABORAL COMO CONSECUENCIA DE LA IRREGULARIDAD MIGRATORIA

En este apartado analizaremos el panorama general de esta problemática para todos los trabajadores del país (sin distinción de nacionalidad), cómo la legislación migratoria estimula la existencia de informalidad laboral entre los trabajadores en situación migratoria irregular, y cuáles son los efectos jurídicos específicos. Finalmente, analizaremos brevemente las acciones y omisiones sostenidas por el Estado chileno frente a este fenómeno, tanto en el plano administrativo como judicial.

1.1.- La informalidad laboral en Chile

En la actualidad, la informalidad laboral es un fenómeno generalizado a nivel nacional e internacional, que ha levantado gran interés en las políticas públicas, llegando a ser caracterizada como “la cara más visible de las carencias laborales”¹⁷⁷. Se trata, pues, de un fenómeno propio del desarrollo de la economía capitalista, que “empieza a extenderse drásticamente desde mediados de la década de 1970, a partir de la implementación del modelo neoliberal de la mano de los nuevos modelos productivos y de la tercerización de la producción”¹⁷⁸. De este modo, más que economías disímiles, se ha creado una verdadera complementariedad entre el sector informal y la economía formal capitalista¹⁷⁹.

En este sentido, si antes la informalidad se asimilaba simplemente a unidades económicas informales (empresas no formalizadas, relaciones familiares, trabajo por cuenta

¹⁷⁷ DT. 2016. Informalidad laboral: conceptos y mediciones (Parte 1). Unidad Taller de Coyuntura, Departamento de Estudios. Santiago, Chile, p. 4.

¹⁷⁸ OIT. 2015. Migraciones laborales en Argentina. Protección social, informalidad y heterogeneidades sociales. Buenos Aires, Argentina, p. 66.

¹⁷⁹ Para más información, consultar: TOKMAN, V. 2000. El sector informal pos reforma económica. En: CARPIO, J. et al (ed.). Informalidad y exclusión social. Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica y Secretaría de Desarrollo Social de la Nación, pp. 63-73.

propia, entre otros), la flexibilización laboral ha permitido extenderla a sectores tradicionalmente estudiados como economías formalizadas.

En este contexto, en 2003 se crea una “nueva forma de medir la informalidad laboral” en la XVII Conferencia Internacional de Estadísticas del Trabajo (CIET) que “integra en el concepto de empleo informal a los trabajadores no protegidos ocupados en el sector formal y a otras formas de informalización que operan fuera del sector informal”¹⁸⁰, las cuales generalmente se asimilan al incumplimiento de los derechos laborales de los trabajadores (no pago de horas extra, no pago de imposiciones previsionales, de salud y de cesantía, entre otros). El siguiente esquema¹⁸¹ es una síntesis del marco de directrices aprobado en esa oportunidad:

Categoría ocupacional	Situación de empleo	Empresas del sector formal	Empresas del sector informal	Hogares
Trabajadores por cuenta propia		Formal	Informal	Informal
Empleadores		Formal	Informal	
Trabajadores familiares auxiliares		Informal	Informal	
Asalariados	Informal	Informal	Informal	Informal
	Formal	Formal	Formal	Formal
Miembros de cooperativas		Formal	Informal	

Según estadísticas de la CEPAL, existe un 29,2% de la población de ocupados urbanos en el sector informal del mercado de trabajo, ello sin considerar a quienes se emplean en el servicio doméstico (3,7%) y a quienes declaran trabajar por cuenta propia (19,4%)¹⁸². En base a estos datos, podemos afirmar que existe mucho más que un 30% de trabajadores en Chile que labora en condiciones de informalidad laboral, conforme a las Directrices acordadas en la XVII CIET de 2013.

En la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, la informalidad se ha definido como “la presencia de una relación de trabajo en la que existe falta de cumplimiento de todas estas obligaciones simultáneamente: i) escrituración de contrato cuya copia se haya entregado al trabajador; ii) uso del Sistema de Registro Control de Asistencia; iii) Otorgamiento de comprobante de pago de remuneraciones y; iv) declaración o pago de

¹⁸⁰ DT. 2016., p. 21.

¹⁸¹ DT. 2016., p. 22. Adaptación de cuadro disponible en: OIT. 2013. La medición de la informalidad: Manual estadístico sobre el sector informal y el empleo informal. Ginebra, Suiza, p. 42.

¹⁸² CEPAL. 2013. Perfil Nacional Socio Demográfico de Chile. Empleo y Remuneraciones. [en línea]: http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=CHL&idioma=spanish [consulta: 19/01/17].

cotizaciones previsionales”¹⁸³. Sin embargo, cabe destacar que el mismo documento de fiscalización, reconoce la existencia de informalidad laboral total o parcial, según si concurre la totalidad o solamente algunos de los elementos mencionados.

Lo relevante de la informalidad laboral consiste en el estado de desprotección y de vulneración de derechos de los trabajadores. Si bien, tiene una serie de consecuencias materiales (salarios más bajos, inestabilidad en el empleo, entre otros) en términos jurídicos implica la exclusión del Código del Trabajo, es decir, de aquellas normas que modelan las relaciones laborales, cuya asimetría obliga al establecimiento de derechos irrenunciables para aquellos sujetos que se consideran más vulnerables, otorgándoles, además, ciertos derechos colectivos con el fin de equiparar las condiciones de poder respecto del empleador.

De este modo, la no aplicación del estatuto jurídico laboral a estos trabajadores, importa una clara desprotección jurídica y una profundización de las asimetrías que se generan en las relaciones laborales.

En términos generales, quienes han estudiado el fenómeno con detención han entendido que existen ciertos factores que inducen a los trabajadores a ocuparse informalmente en el mercado de trabajo, dadas las actuales condiciones de flexibilización. Conforme a ello, existe consenso en que la edad, el sexo, el nivel educacional y el sector de ocupación (o rama de actividad) son variables que determinan la (in)formalización de las relaciones laborales. De este modo, ser joven, mujer, con un bajo nivel educacional y una ocupación en los sectores más precarizados del mercado laboral¹⁸⁴ constituirá un alto “riesgo” de trabajar en condiciones de informalidad.

Respecto de los trabajadores migrantes, es importante reconocer que participan de la informalidad laboral en términos estructurales, es decir, que tenderán a ser trabajadores informales en tanto participen de las variables mencionadas, al igual que los nacionales. Por ello, no es extraño que se afirme que “la vulnerabilidad de los extranjeros deviene antes que de su nacionalidad, de su concentración en mercados de trabajos caracterizados por su precariedad, donde existe una oferta de empleo para ellos. Así, todos quienes se

¹⁸³ DT. 2005. Circular N° 111 que establece el Procedimiento Especial de Fiscalización de la Informalidad Laboral. Santiago, Chile, 11 de julio de 2005, p. 1. [en línea]: http://www.dt.gob.cl/transparencia/Circular_No111_de_11-07-2005_Informalidad_Laboral.pdf [consulta: 19/01/17].

¹⁸⁴ Son ejemplos de sectores precarizados: Trabajo doméstico, construcción, aseo, seguridad, agricultura, trabajo en negocios familiares, entre otros.

desempeñan en ese segmento del mercado de trabajo, sean o no extranjeros, enfrentan una situación de desmedro en relación con sus derechos laborales”¹⁸⁵.

Además de su concentración en empleos informales, se han reconocido una serie de factores adicionales que aumentarían, particularmente, las probabilidades de ocuparse como trabajadores informales. Entre estos factores, brevemente podemos considerar:

- a. Dificultad en convalidación de títulos profesionales: los profesionales extranjeros enfrentan una mayor dificultad para acceder a trabajos que estén a la altura de su preparación educacional, y por ello deben tomar empleos de mucha menor calificación. “Una de las razones que lo obstaculiza es lo intrincado que resulta convalidar títulos extranjeros en Chile (exceptuando a países como el Ecuador, Cuba y el Brasil, con los que existen convenios de convalidación de títulos en salud y otras áreas)”¹⁸⁶.
- b. Limitaciones de redes familiares y sociales: generalmente, las redes sociales y familiares resultan de gran ayuda para los migrantes, pues le otorgan mayor seguridad a su proyecto migratorio tanto en la satisfacción de necesidades básicas como afectivas. En el estudio de este fenómeno, se ha concluido que las redes están limitadas por las experiencias migratorias de quienes le sirven de soporte, de forma que es probable que se reproduzcan relaciones laborales no formalizadas si quienes le sirven de apoyo se emplean en el mercado laboral informal. Además, es común que se superpongan las relaciones laborales con las relaciones familiares/sociales, lo cual genera dificultades para denunciar vulneraciones de derechos laborales. Así, además de afirmarse que estas redes implican un gran soporte para la integración temprana de los migrantes, se ha sostenido que también constituyen uno de los mecanismos más eficaces para reclutar fuerza de trabajo en condiciones de precariedad¹⁸⁷.
- c. Estigmatización laboral: entre los factores señalados, la condición de migrante suele estar asociada a estereotipos culturales que estimulan su segmentación al momento de insertarse al mercado laboral, los cuales pueden presentar visiones disímiles según su origen nacional. En definitiva, su mayor ocupación en empleos precarizados y de baja

¹⁸⁵ DT. 2005., p. 17.

¹⁸⁶ CEPAL. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio. *Serie Población y Desarrollo*. Santiago, Chile, p. 38.

¹⁸⁷ Para mayor información, consultar: THAYER, L. 2011. Trabajo y género: La condición social de inmigrante como referente para la definición de identidad. En: STEFONI, C. (ed.). 2011. Mujeres inmigrantes en Chile: ¿Mano de obra o trabajadoras con derechos? Santiago, Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, p. 73-108.

calificación “no es sólo porque están a mejor disponibilidad y oportunidad, sino también porque el imaginario colectivo atribuye ciertos trabajos que los migrantes desarrollan, por ejemplo, peruanos: área doméstica y obreros; colombianos, prostitución, y argentinos: modelaje”¹⁸⁸.

- d. Decisiones personales: finalmente, también cabe considerar que los mismos migrantes se auto expongan a relaciones laborales informales. Esto suele asociarse a proyectos migratorios de corto plazo en el país, cuya prioridad es obtener una fuente temporal de ingresos, sin importar si se trata de un empleo informal y/o con precarias condiciones de trabajo. En el mismo sentido -en un simple balance de costos y beneficios- las cotizaciones de seguridad social y los aranceles de regularización migratoria suelen considerarse solo como una disminución de sus remuneraciones, y, por tanto, de las remesas que pueden enviar a su país de origen.

En síntesis, la informalidad laboral es un problema estructural en la economía chilena y mundial, del cual participan tanto trabajadores como extranjeros. Sin embargo, respecto de los trabajadores migrantes existen ciertas condiciones materiales, sociales y culturales que los empujan a participar de relaciones laborales no formalizadas. Si además consideramos a la legislación migratoria en este análisis, podremos sostener que se ha constituido en un factor adicional que los induce a la informalidad laboral, situación que pretendemos demostrar en las siguientes líneas.

1.2.- Factores de la legislación migratoria que favorecen la informalidad laboral

Es común que “en la mayoría de los países receptores, los inmigrantes se desempeñan, en general, en trabajos informales. Estas condiciones se suelen asociar con el estado de irregularidad migratoria, sin embargo, también se observa que muchos trabajadores migrantes en situación regular se emplean en ocupaciones de baja calificación en el sector informal de la economía”¹⁸⁹.

En una investigación realizada por la Dirección del Trabajo, se evidenció la relación que existe entre irregularidad migratoria e informalidad laboral, sosteniendo que “la permanencia ilegal o irregular de la mayoría de los trabajadores extranjeros está unida a la

¹⁸⁸ VALENZUELA, P. et al. 2014., p. 116.

¹⁸⁹ OIT. 2015., p. 52.

informalidad laboral, dificultándose, por lo mismo, los controles y fiscalizaciones de los organismos del trabajo”¹⁹⁰.

Como pudimos analizar en el capítulo anterior, la legislación migratoria plantea una serie de problemas y limitaciones que afectan la regularización laboral y migratoria de los extranjeros en el país. A modo de síntesis, podemos señalar que estos factores son los siguientes¹⁹¹:

- a. Sistema de permisos de residencia: nuestra legislación contempla una serie de permisos de residencia que complejizan el proceso de regularización de migrantes, pues se basan en hipótesis restringidas, obligando al migrante a adecuar su situación social a un permiso en particular. Estas hipótesis se agrupan en cuatro grandes categorías (permiso de estudiante, residente temporario, visa sujeta a contrato y permanencia definitiva), las cuales no siempre responden fielmente al proyecto migratorio de cada migrante. En la práctica, dependiendo de sus variaciones, esto se traduce en la existencia de un gran número de visas (cerca de 30). Además, En este sentido, el Movimiento Acción Migrante se hace parte de esta crítica, sosteniendo que “cada vez que cambia la situación social de la persona migrante, debe pedir una nueva visa que se ajuste a la nueva categoría, generando gastos y trámites innecesarios. Existen muchos casos de migrantes que llegan a cambiar de visa y cédula de identidad hasta tres veces al año. Este exceso de variantes en las visas, genera procesos lentos y poco flexibles que fomentan irregularidades, como la trata y el tráfico de personas”¹⁹².

Como se puede apreciar, la complejidad del sistema de permisos estimula - paradójicamente- la irregularidad migratoria en ciertos casos. Respecto de los permisos en particular, es especialmente preocupante la visa sujeta a contrato, pues, además de las limitaciones revisadas en el capítulo anterior, su otorgamiento envuelve una gran contradicción o “círculo vicioso”: para conseguir el permiso se requiere presentar un contrato de trabajo vigente y, a su vez, para conseguir un trabajo, lo normal es que se exija acreditar la residencia legal en el país. En la práctica “esto impide a un gran

¹⁹⁰ DT. 2005., p. 22.

¹⁹¹ Los dos últimos factores que se mencionan (falta de permisos para expulsados y demora administrativa) se abordarán de forma más extensa por encontrarse implícitos o simplemente, no haberse mencionado, en el capítulo anterior.

¹⁹² Para una mayor comprensión, ver video explicativo: MAM Chile. 2014. Nueva Ley Migratoria en Chile. [en línea]: <https://www.youtube.com/watch?v=kyODTvdbx5k>. [consulta: 19/01/17].

número de extranjeros regularizar su situación tanto migratoria como laboral, a pesar de que residen y trabajan en Chile”¹⁹³.

En definitiva, el sistema de permisos en algunos casos constituirá un entorpecimiento a la regularización migratoria, lo cual se hace aún más evidente respecto de la visa sujeta a contrato de trabajo y la formalización de las relaciones laborales.

- b. Amplia discrecionalidad administrativa y policial: Legalmente, existe un extenso catálogo de hipótesis que facultan a la autoridad administrativa a impedir el ingreso, o bien, a denegar la regularización migratoria de quienes lo solicitan; todo ello, en función de la utilidad o conveniencia que reporten para el país. Como analizamos previamente, la fusión entre el ejercicio abusivo de una potestad administrativa discrecional -fundamentada en conceptos jurídicos indeterminados- y el establecimiento de una multiplicidad de causales de pérdida de la regularidad migratoria, constituyen un franco entorpecimiento legal a la regularización migratoria. En este sentido, es relevante destacar que, a lo largo del territorio nacional, gran parte de la competencia del DEM se encuentra delegada en los órganos de policía y las autoridades regionales respectivas.

Esto es preocupante, pues tales entidades no cuentan con la experticia necesaria en migraciones para asegurar la plena vigencia de la ley, y más importante aún, de los derechos humanos de las personas migrantes. Particularmente respecto del control policial, es peligroso que personal de Policía de Investigaciones -o subsidiariamente, Carabineros de Chile- se encuentre facultado para calificar prohibiciones facultativas de ingreso de inmigrantes, o bien, a solicitar requisitos adicionales a los establecidos en la ley¹⁹⁴ ¿pueden los organismos policiales resolver conforme a un criterio jurídico que garantice la imparcialidad y la no discriminación? A nuestro juicio, ello no es posible, pues no forma parte de sus competencias de formación, por tanto, no es razonable que se otorgue una esfera de discrecionalidad ante la falta de capacitación profesional.

¹⁹³ DT. 2005., p. 39.

¹⁹⁴ En muchas ocasiones, el ejercicio de esta facultad impide el ingreso regular de extranjeros que cumplen con los requisitos básicos de ingreso y cuyo único propósito es trabajar en el país. Para profundizar en el estudio de los abusos que tienen ocasión en los controles fronterizos, recomendamos consultar: INDH. 2013., pp. 1-35.

- c. Regularización migratoria en virtud de la condición de trabajador: del análisis del sistema de permisos migratorios, se evidencia que generalmente, se necesitará acreditar una relación laboral vigente -a través de un contrato de trabajo- para acceder a un permiso de residencia. En otras palabras, si el migrante no es ciudadano de un país integrado al Mercosur, o bien, no reúne la condición de estudiante o de residente temporario -según las hipótesis calificadas por la ley-, será su condición de trabajador la que lo validará ante el sistema jurídico.

Si bien es necesario valorar y aprovechar las competencias y conocimientos de los migrantes que llegan a Chile, nos parece que condicionar su inclusión social a su calidad de trabajadores significa tomar distancia del marco de derechos humanos que sirve de pilar a la actual política migratoria, conforme a lo descrito previamente a propósito del Gabinete Presidencial N° 005¹⁹⁵. En este sentido, concordamos con el profesor Luis Thayer en que “es necesario separar el acceso a derechos de los migrantes de su condición laboral. [...] A no ser que el Estado decida abrazar el principio del *ius laborans* como fundamento de la ciudadanía, la condición de ciudadano de los migrantes debiera estar garantizada más allá de su situación ocupacional. De otro modo, el reconocimiento de derechos quedará sujeto a las oscilaciones del mercado y la política migratoria a las necesidades de la economía”¹⁹⁶.

- d. Falta de permiso de trabajo para las personas expulsadas: En el capítulo anterior, constatamos que quienes están sujetos a una orden de expulsión pueden continuar residiendo en Chile por más de un año, por lo cual, evidentemente, necesitarán de una fuente de trabajo que les permita solventar su estadía en el país. En este caso, la legislación no comprende ningún tipo de autorización especial de trabajo. Por lo mismo, ¿qué pueden hacer para trabajar si el mismo Estado no los autoriza para ello? Trabajar en el mercado laboral informal, al margen de la legislación migratoria. Se trata entonces, de un vacío institucional que deja al migrante en la siguiente paradoja: si no trabaja, no podrá solventar sus necesidades básicas; pero si trabaja, deberá acceder a una relación laboral informal, en la que muy probablemente se verá expuesto a la

¹⁹⁵ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2015., p. 7.

¹⁹⁶ THAYER, L. 2015. Migración en Chile, la deuda del Estado. [en línea]: Diario Digital El Mostrador. 13/07/2015. <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/07/13/migracion-en-chile-la-deuda-del-estado> [consulta: 19/01/17].

vulneración de sus derechos laborales y a condiciones de trabajo precarizadas. Más aún, si “decide trabajar” (no pareciera existir otra opción para quienes dependen de su fuerza de trabajo), se verá expuesto, además, a ser sancionado por el Estado por realizar actividades remuneradas sin la debida autorización.

En definitiva, quienes ya cuentan con un decreto de expulsión y deciden impugnar tal acto administrativo, se verán expuestos a relaciones laborales precarizadas y susceptibles de ser sancionadas por constituir una infracción migratoria¹⁹⁷.

- e. Demora en otorgamiento de visados y permisos de trabajo: este problema se interrelaciona con las actuales limitaciones que analizamos respecto del sistema de permisos, pues la gran cantidad de permisos y la constante actualización a la que se someten, implican una mayor burocratización respecto de su otorgamiento.

En la práctica, según la información que dispone el DEM en su página web, existe una demora de 30 a 45 días solamente para aceptar una visa en trámite, que se incrementan a 100 días como plazo aproximado para su otorgamiento o rechazo¹⁹⁸. Según Pablo Vera, abogado del Servicio Jesuita a Migrantes, “sólo se verá si se otorga un permiso de trabajo cuando se acepte la visa en trámite, pero para ello pueden transcurrir 45 días en aceptarla, aun cuando la solicitud reúna todos los requisitos que exige la ley. Esto pasa con todo tipo de visas”¹⁹⁹.

En la práctica “los migrantes encuentran que el primer permiso de trabajo es difícil de conseguir, que la burocracia es demasiada, por lo que muchos se han visto en la necesidad de trabajar sin permiso, quedando vulnerables frente a accidentes de trabajo o cualquier problema laboral o beneficio que pudieran recibir si estuvieran trabajando con papeles”²⁰⁰.

Esta realidad se ha constituido en una práctica generalizada por los migrantes y ha sido denominada como “trayectoria laboral ascendente”. De esta forma, en su inicio “es

¹⁹⁷ Las propuestas de solución para este caso, se encuentran tanto en el acápite 2.1 del Capítulo III, como en las Conclusiones y Recomendaciones.

¹⁹⁸ DEM. 2013. Plazos aproximados de entrega de permisos de residencia. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/faq/#plazos> [consulta: 19/01/17].

¹⁹⁹ Consulta a Pablo Vera, abogado del Servicio Jesuita a Migrantes, realizada en Santiago, Chile, 10 de junio de 2016.

²⁰⁰ PÁEZ, K. 2008. Diferencias y semejanzas en las trayectorias de las y los migrantes Latinoamericanos en el mercado laboral chileno según su calificación. Un análisis desde la perspectiva de género y los derechos humanos. Tesis para optar al grado de Sociólogo. Santiago, Chile, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile, p. 102.

común que durante el primer período de estadía en Chile se realicen trabajos completamente informales (sin contrato y, por lo mismo, sin regulaciones), los cuales responden a la necesidad de sobrevivir mientras se encuentra el empleo requerido (con contrato)”²⁰¹.

En definitiva, la demora en el otorgamiento de permisos migratorios se debe, por una parte, a la complejidad del sistema legal de permisos y, por otra, a la amplitud de plazos que dispone la administración para su otorgamiento. Lo cierto, es que ambos estimulan la realización de prácticas vinculadas al empleo precario e informal, prácticas que, de ser descubiertas, podrán condicionar la regularización de los trabajadores migrantes, acrecentando su condición de vulnerabilidad.

Como se puede apreciar, los factores expuestos demuestran, en menor y mayor medida, una relación de causalidad con la informalidad laboral. Respecto del sistema de permisos y la discrecionalidad de los órganos competentes en materia migratoria -DEM, intendencias regionales y PDI- se entorpece directamente la regularización administrativa de los migrantes, por lo cual, en dichos casos la informalidad laboral constituye un efecto indirecto, de menor proximidad causal.

En estos casos, una vez que se tiene la condición de migrante irregular se hace más dificultoso acceder a un trabajo formal. Esta dificultad radica en que la misma ley de extranjería prohíbe su contratación, concibiéndola como una infracción migratoria cuya sanción oscila entre 1 y 50 sueldos vitales tanto para el empleador como para el extranjero que la cometan²⁰². Por lo mismo, lo normal será que los extranjeros en situación migratoria irregular busquen otras “alternativas” en el mercado laboral, que generalmente se orientarán al mercado laboral informal, donde no se les exija acreditar la legalidad de su residencia.

En el caso de la demora administrativa en el otorgamiento de visas, las contradicciones de la visa sujeta a contrato, o la falta de permisos administrativos para los extranjeros expulsados, la informalidad laboral es una consecuencia directa, en un contexto en que no existe regularidad migratoria.

²⁰¹ VALENZUELA, P. et al. 2014., p. 108.

²⁰² Artículo 70 y 74 DLE.

En cualquiera de los casos, se puede evidenciar que la aplicación de la legislación migratoria implica un estímulo legal de la informalidad laboral, entorpeciendo la formalización de las relaciones laborales de los trabajadores migrantes, cuyas propuestas de solución analizaremos más adelante.

1.3.- Consecuencias jurídicas de la irregularidad migratoria y la informalidad laboral en los migrantes

Una vez expuesta la relación que existe entre irregularidad migratoria e informalidad laboral, cabe mencionar que ambas representan, al menos, dos áreas de significación jurídica para el migrante. Por un lado, significan la total desprotección de su status jurídico como trabajador y, por otro, importan un estímulo a la realización de infracciones a la legislación migratoria, ya sea por el desempeño en una actividad remunerada sin la autorización de la autoridad migratoria, o bien, por simular una relación formal de trabajo con el objeto de regularizar su status migratorio.

1.3.1.- Desprotección jurídica

La informalidad laboral se caracteriza por la ausencia de la protección especial que otorgan las normas del Derecho del Trabajo. En este sentido, ser trabajador informal significa no acceder al estatus normativo de los trabajadores, cuya puerta de entrada es precisamente el contrato de trabajo.

Si bien entendemos que la concreción de un contrato de trabajo no significa necesariamente el paso de la informalidad a la formalidad, pues “son diversas las situaciones en las cuales se puede dar cuenta de cómo a pesar de contar con el contrato, las labores realizadas responden a lo que se define como informalidad: labores arriesgadas, desprotegidas, con largas jornadas laborales, con salarios bajos, entre otras características precarizadas”²⁰³; su concreción efectiva permite cristalizar los efectos jurídicos que se esperan de una relación laboral reconocida. En estos términos, el contrato de trabajo “constituye el presupuesto de aplicación de la normativa laboral y, por consiguiente, de la tutela definida por el ordenamiento jurídico. En efecto, que el contrato sea de carácter laboral implica que aplique la normativa definida por el Derecho del Trabajo y la

²⁰³ VALENZUELA, P. et al. 2014., p. 117.

Seguridad Social a los trabajadores dependientes, normativa de orden público establecida por la ley y por la autonomía colectiva, con la consiguiente protección del trabajador”²⁰⁴.

Por lo tanto, la ausencia del contrato de trabajo implica, en la práctica, dos grandes faltas de goce de derechos que establece la regulación laboral²⁰⁵: por un lado, el trabajador informal no gozará de los derechos mínimos e irrenunciables que establece el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social²⁰⁶ a través de normas de orden público y, por otro lado, tampoco dispondrá de la estabilidad contractual suficiente para ser parte de la tutela que otorga la organización sindical, cuyo fin es precisamente superar el establecimiento de derechos mínimos legales, mejorando y ampliando sus condiciones de trabajo, a través del ejercicio de la autonomía colectiva de los trabajadores. De esta forma, si bien el sistema jurídico dispone la declaración de la existencia de la relación laboral y no existen limitaciones para la afiliación sindical de trabajadores informales, se trata de respuestas jurídicas que se ven superadas por la práctica. Pues un inmigrante irregular que trabaja de modo informal, difícilmente entablará una demanda de declaración de existencia de la relación laboral o ejercerá su derecho a ejercer la libertad sindical sin aprehensiones²⁰⁷.

Concretamente, en el ámbito de la informalidad laboral será común que los empleadores “dispongan libremente de la fuerza de trabajo, con salarios sin monto mínimo, libertad de despido, ausencia de indemnizaciones por término de contrato y la exclusión de la negociación colectiva como un instrumento de mejoramiento de las

²⁰⁴ ROJAS MIÑO, I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters, p. 53.

²⁰⁵ Cabe mencionar que, dado el carácter consensual del contrato de trabajo que imponen los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, los derechos laborales de un trabajador emergen en su esfera jurídica desde que se constituye una prestación de servicios en una relación de subordinación y/o dependencia. Pese a ello, para el goce efectivo de los derechos que surgen de la relación jurídica-laboral, es necesario activar una fiscalización ante la Dirección del Trabajo (se revisará más adelante), o bien, demandar la declaración de existencia de la relación laboral ante los Juzgados de Letras del Trabajo. De esta forma, de no mediar estos mecanismos institucionales, el trabajador informal no podrá gozar de los derechos laborales que nacieron en virtud de su relación de subordinación con el empleador. En definitiva, la falta de escrituración de contrato de trabajo constituye un impedimento vencible para el goce de derechos laborales.

²⁰⁶ Por ejemplo: cobertura médica, seguro por desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pensión de jubilación, entre otros.

²⁰⁷ De hecho, “es una práctica recurrente que los trabajadores esperen a tener un contrato de trabajo indefinido para afiliarse a un sindicato, pues es común que aquellos que cuentan con un contrato a plazo fijo sean ‘sancionados’ por sus empleadores con la no renovación del contrato”. En base a lo sostenido por: Mario Araneda, Presidente del Sindicato de Trabajadores de KSB Chile S.A. (consulta realizada el 30 de enero de 2017).

condiciones laborales”²⁰⁸. Entendemos que los trabajadores migrantes en situación irregular se ven más expuestos a estas condiciones de trabajo, tanto por el desconocimiento que tienen respecto de sus derechos laborales, como por el temor de denunciar a sus empleadores en instancias administrativas y judiciales (por el riesgo de ser expulsados del país).

En términos prácticos, estas situaciones implican la existencia de escasa jurisprudencia respecto de migrantes que demandan la declaración judicial de la existencia de su relación laboral, sea que estén situación migratoria regular o irregular. Uno de estos casos se manifiesta en la causa O-21-2014 del Juzgado de Letras del Trabajo de Villarrica, en la que un trabajador argentino (se desconoce su situación migratoria), cuidador de autos de un Supermercado, logró que se reconociera la existencia de su relación laboral, cuyo vínculo de subordinación y/o dependencia se tuvo por probado por testigos contestes en señalar que “vieron al actor trabajando en el Supermercado, para hacer labores aseo en la bodega y mantener limpio el estacionamiento, cumpliendo horario desde las 9 de la mañana hasta las 16 horas y recibiendo una remuneración por dichos servicios [...] Antecedentes de los cuales es posible extraer que el trabajo se desarrollaba en recintos del demandado en forma continuada y permanente y con una retribución periódica”²⁰⁹. Posteriormente a ello, el trabajador migrante logró acreditar la desprotección a la que se vio expuesto y que planteó en los siguientes términos: “su ex empleador no cumplió con ninguna norma, toda vez, que en ningún tiempo se escrituró un contrato de trabajo, no hubo carta de aviso de despido, no respetó la base de remuneración de un ingreso mínimo mensual, así como tampoco cumplió con la obligación previsional, prestó servicios para su ex empleador en completa informalidad, fue despedido de manera verbal y arbitrariamente”²¹⁰.

En el mismo sentido, antes de demandar la existencia de su relación laboral, es común que los trabajadores migrantes soliciten la escrituración de su contrato de trabajo para posteriormente regularizar o mantener la regularidad de su situación migratoria, según su estatus migratorio. Sin embargo, en algunos casos, los empleadores estimulan el

²⁰⁸ LÓPEZ, D. 2005. Mitos, alcances y Perspectivas de la flexibilización laboral: Un debate permanente, p. 42. En: ENSIGNIA, J. (ed.). 2005. Mitos y realidades del mercado laboral en Chile. Santiago, Chile, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, pp. 37-57.

²⁰⁹ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE VILLARRICA. RIT N° O-21-2014. 22 de enero de 2015, considerando quinto.

²¹⁰ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE VILLARRICA. RIT N° O-21-2014, Vistos y Oídos.

incumplimiento de las normas migratorias y laborales al negarles la formalización de la relación laboral. Tal es el caso de un panadero peruano (se desconoce su situación migratoria), que en la causa O-6237-2015 del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago obtuvo la declaración judicial de existencia de relación laboral y despido injustificado, señalando que “ingresó a prestar servicios para la demandada desde el día 01 de junio del año 2013, viviendo desde ese entonces en las dependencias de la panadería, sin embargo, a pesar de las insistencias de su parte para regularizar ésta situación, el empleador demandado no escrituró el contrato de trabajo sino sólo hasta el día 10 de junio del año 2014”²¹¹.

A nuestro juicio, y tal como señalamos en un comienzo, el solo hecho de ser trabajador formal en Chile ya importa una vulnerabilidad ante las asimetrías de poder que impone el actual modelo de relaciones laborales²¹². Por lo mismo, ser trabajador informal y, además, migrante, representa una especial condición de vulnerabilidad, ampliamente reflejada en los dos casos recién expuestos.

Como señalamos anteriormente, la “especial condición de vulnerabilidad” de los trabajadores migrantes ha sido reconocida por organismos internacionales como Naciones Unidas²¹³ o la misma OIT²¹⁴. A nivel nacional, la Dirección del Trabajo sostiene una apreciación similar en su “Informe Autodiagnóstico”, a propósito de quienes se emplean en el trabajo informal: “el trabajador/a migrante más vulnerable, en general, se encuentra en situación de informalidad. Por tal motivo, recurre a la DT por incumplimientos contractuales, salarios adeudados, pago de cotizaciones, derechos maternales, horarios, turnos, finiquitos, reconocimiento del vínculo laboral, vulneración de Derechos

²¹¹ SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. RIT O-6.237-2015, 8 de abril de 2016, considerando primero.

²¹² Para un mayor análisis respecto de las limitaciones que impone la legislación laboral a la libertad sindical y a los trabajadores individualmente considerados, consultar: NARVONA, K. 2015. Para una historia del tiempo presente: lo que cambió el Plan Laboral de la dictadura. *Ideas para el buen vivir*, N° 6. Santiago, Chile, Fundación Sol.

²¹³ CIDTMF. 1990., p. 2. En el texto de su preámbulo se sostiene que: “considerando que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener beneficios de una competencia desleal”.

²¹⁴ OIT. junio 2015. Recomendación N° 204 sobre la Transición de la economía informal a la economía formal. Conferencia Internacional del Trabajo. 104ª Reunión. Ginebra, Suiza.

Fundamentales (DDFF), entre otros. Por encontrarse en esta situación, su acercamiento al Estado es de desconfianza e incluso temor”²¹⁵.

En definitiva, entendemos que esta situación de especial vulnerabilidad guarda relación con el origen nacional del trabajador informal, quien se encuentra en un mayor estado de desprotección de sus derechos respecto a los trabajadores chilenos. Como mencionamos anteriormente, esta desprotección jurídica viene dada tanto por condiciones estructurales del modelo de relaciones laborales, de las que también participan los trabajadores informales chilenos, como por limitaciones y entorpecimientos que establece la actual normativa migratoria, ya mencionadas. Respecto de esta última, entendemos que su inducción a la irregularidad migratoria compromete seriamente el ejercicio de los derechos que les corresponden a los migrantes como trabajadores.

A nuestro juicio, resulta paradójico que los migrantes se vean expuestos a condiciones abusivas de trabajo en un contexto de informalidad, si consideramos que el trabajo es la puerta de entrada para su ‘inclusión’. En efecto, conseguir un trabajo en los términos que plantea la legislación migratoria es, prácticamente, la única forma de residir legalmente en Chile, a menos que posea amplias sumas de capital para invertir, sea estudiante o tenga acceso a la visa Mercosur. Entonces, si su condición migratoria depende, en gran medida, por su calidad de trabajadores, debiese ser natural que el Estado les asegure el ejercicio de sus derechos laborales de forma libre y sin discriminaciones arbitrarias, lo que no sucede en la práctica.

Conforme al estatuto jurídico aplicable a los trabajadores migrantes, el Estado chileno tiene el mandato de respetar, garantizar y promover el libre y pleno ejercicio de sus derechos²¹⁶. Es más, conforme a la regulación internacional específica que hace la CIDTMF tiene el deber de garantizar la igualdad de trato en materia laboral, sin importar su situación migratoria²¹⁷. Como señalamos anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen un “deber especial de protección”²¹⁸ para garantizar el ejercicio de los derechos de los migrantes en un plano de igualdad y no discriminación. Según este estándar, entendemos que existe una abierta

²¹⁵ DT y OIT. 2016. Informe Autodiagnóstico. El tratamiento actual de la Problemática Migrante en la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile, p. 13.

²¹⁶ PIDCP (artículo 2); PIDESC (artículo 2); CADH (artículo 1).

²¹⁷ CIDTMF (artículo 25).

²¹⁸ CIDH. 2003., apartado 103.

vulneración de su derecho a la igualdad y la no discriminación, pues la misma legislación migratoria los empuja a trabajar en condiciones de informalidad a través de las limitaciones que impone para la obtención de un status migratorio regular; todo ello, en ausencia de medidas o tratamientos acordes al principio de igualdad y no discriminación en materia laboral, que permitan promover el efectivo ejercicio de sus derechos laborales.

En suma, nuestro país no ha observado debidamente las obligaciones internacionales que le corresponden en materia de igualdad y no discriminación, sometiendo a los trabajadores migrantes a la gran paradoja de ser integrados al país mediante relaciones asalariadas que, generalmente, no permitirán el pleno ejercicio de sus derechos laborales²¹⁹.

1.3.2.- Infracciones a la legislación migratoria

Otra falencia que plantean nuestras normas migratorias se manifiesta en un diseño legislativo deficiente, que empuja a los migrantes a la irregularidad, y, en consecuencia, estimula la realización de infracciones migratorias vinculadas a la vida del trabajo. Estas infracciones consistirán tanto en la realización de actividades remuneradas sin autorización previa, como en la simulación de contratos de trabajo con el fin de regularizar su situación migratoria en el país.

1.3.2.1.- Realización de actividades remuneradas sin autorización previa

En primer lugar, la legislación migratoria establece que “los extranjeros que fueren sorprendidos desarrollando actividades remuneradas sin estar autorizados para ello, serán sancionados con multa de 1 a 50 sueldos vitales”²²⁰. Esto, sin perjuicio de que el Ministerio del Interior decida, de oficio o a petición de parte, aplicar una amonestación por escrito en el caso de que no haya reincidencia en la infracción migratoria²²¹. En este sentido, para comprender la norma, debemos precisar que no solo sanciona a los migrantes irregulares que se encuentren ejerciendo actividades remuneradas en el país, “sino también a quienes no se encuentren ‘autorizados para ello’, como sería el caso de un turista, un dependiente o

²¹⁹ Las propuestas de solución a los problemas jurídicos expuestos se señalan en las Conclusiones y Recomendaciones.

²²⁰ Artículo 70 DLE y artículo 147 RE.

²²¹ Artículo 72 bis DLE.

un titular de visa sujeta a contrato trabajando con un empleador distinto del contrato que sirvió de base para la obtención de su visa respectiva”²²².

De este modo y tal como lo analizamos, existirán casos en que los migrantes recurrirán a esta infracción por necesidad, o bien, por no encontrar otra alternativa ante los vacíos institucionales. Tales son los casos de quienes necesitan trabajar como turistas que no lograron conseguir una autorización, o bien, aquellos que están realizando los trámites para obtener un permiso de residencia y aun no consiguen que se resuelva su ‘visa en trámite’ (esto los autoriza para solicitar un permiso para trabajar). Lo mismo ocurrirá en el caso de los migrantes que cuentan con un decreto de expulsión impugnado mediante un recurso administrativo o una acción constitucional. En este mismo sentido, quienes requieran trabajar con más de un empleador se verán en la misma situación de hecho. En todos los casos señalados, la necesidad de procurarse sus propios medios para subsistir constituye forzosamente una infracción migratoria.

Si bien la legislación dispone sanciones proporcionales al reproche que significa trabajar sin la autorización respectiva -amonestación por escrito y multa en dinero-, su gradualidad queda a merced de la administración de turno, lo que abre un espacio a la aplicación de medidas más gravosas como la expulsión. Esto, sin duda constituye una transgresión del principio de proporcionalidad y ponderación de derechos, y permite sostener, en consecuencia, que es necesaria una mayor definición en cuanto a la aplicación de sanciones, como propondremos al final de esta memoria.

Dicha transgresión, se vio reflejada en el caso de una ciudadana dominicana, que fue sancionada con la expulsión del país por la Intendencia Regional de Antofagasta por “constituir carga social para el país” en virtud de lo dispuesto en el artículo 26 N° 4 RE. Si bien ella había incurrido en otras infracciones -como continuar residiendo en Chile después de haber vencido su residencia legal- resulta paradójico como la Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó los fundamentos de la orden de expulsión, reprochándole la intención de ingresar como turista para trabajar el país²²³. ¿Por qué

²²² DELLACASA, F. y HURTADO, J. 2015., p. 146.

²²³ CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. ROL 9-2015, 9 de febrero de 2015, considerando tercero: “Que de lo informado por la Intendencia de la II Región de Antofagasta, se desprende que su decisión se ha fundado en una facultad discrecional contemplada en la ley para denegar este tipo de solicitudes, y fundada en hechos objetivos y razonables como es el haber extendido la recurrente su estadía en el territorio nacional una vez vencida la visa de Turista y haber trabajado en forma remunerada sin autorización administrativa para hacerlo y todavía más, como no fue controvertido en estos autos,

resulta paradójico? Porque se resolvió sin ninguna consideración a las limitaciones que impone el actual sistema de permisos, en el que una gran cantidad de migrantes se ven obligados a ingresar como turistas²²⁴, cuando su propósito es trabajar en Chile. La Corte Suprema revocó la orden de expulsión, por estimar que la sentencia carecía de fundamento jurídico, pues la migrante contaba con una fuente laboral y, por tanto, no constituía carga social para el Estado. Adicionalmente, señaló que la potestad discrecional de la Administración debe estar delimitada, pues “dicha discrecionalidad, como se desprende de la exégesis, entre otros, de los artículos 6 y 19 N° 26° de la Constitución Política de la República, no puede constituir una arbitrariedad que prive, perturbe o amenace los derechos fundamentales de alguna persona, puesto que sólo una habilitación expresa de la ley puede autorizar su ejercicio, lo que se refuerza, a través del inciso segundo del artículo 11 de la Ley N° 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que ordena, los hechos y fundamentos de derecho del acto de la autoridad administrativa que los limite, restrinja, prive, perturbe o amenace, ‘deberán siempre expresarse’”²²⁵. Todo lo cual, se encuentra en plena concordancia con lo dispuesto en los artículos 72 y 72 bis DLE, de los cuales se desprende que la sanción de expulsión constituye una medida de *ultima ratio* en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, y en plena concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 2.273-2012, anteriormente mencionada, la Corte Suprema confirma el estándar de derechos humanos que debe seguir la autoridad administrativa en ejercicio de su potestad, entendiendo que en el caso sublite la Intendencia Regional de Antofagasta “desatiende el actual estándar de conveniencia o utilidad que la Autoridad Administrativa debe respetar para el ejercicio de su potestad y, además, prescinde de la normativa a la que debió atenerse, como los artículos 1 inciso segundo y 2 de la Ley N° 20.609, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos atingentes, suscritos y ratificados por Chile que se encuentran vigentes”²²⁶.

ingresando al país precisamente con esa intención, por lo que en ningún caso puede considerarse dicho actuar como ilegal o arbitrario, o bien excedido de sus funciones”.

²²⁴ Normalmente los migrantes que desean trabajar en Chile, deben ingresar como turistas para, durante el transcurso de dicho permiso, obtener un trabajo que luego les permita acceder a un permiso de residencia. De esta forma, quienes logran obtener un empleo en Chile antes de ingresar al país constituyen una minoría.

²²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3.073-2015, 23 de febrero de 2015, considerando segundo.

²²⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3.073-2015, considerando cuarto.

Como se puede apreciar, en ciertas hipótesis de hecho la legislación constituirá un empuje a los migrantes para trabajar sin la autorización administrativa correspondiente. Esto resulta sumamente preocupante si consideramos que la misma normativa abre una esfera de discrecionalidad en la aplicación de sanciones, cuya fundamentación jurídica generalmente consiste en un simple encuadramiento formal entre hipótesis de hecho y disposiciones legales, sin argumentaciones de fondo. Por ello, estimamos que la aplicación gradual de sanciones y la sujeción a la supremacía de los derechos constitucionales son criterios que necesariamente deben ser considerados por los Tribunales Superiores de Justicia, con el fin de ajustar el ejercicio del poder sancionatorio estatal al estándar que le imponen la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

1.3.2.2.- Simulación contractual orientada a la regularización del status migratorio

Otra infracción en que incurren los migrantes a propósito de la regularización de su situación migratoria es la simulación contractual. Esta práctica consiste, comúnmente, en pedirle a un tercero la suscripción de un contrato de trabajo (simulado) mediante un acuerdo, generalmente a título oneroso, en que el tercero recibe una cierta cantidad de dinero y el migrante obtiene, en definitiva, el antecedente necesario para solicitar un permiso de residencia que regularice su situación administrativa en Chile. En consideración a la terminología general, no se trata de un acto jurídico que disimule la existencia de otra relación contractual (*simulación relativa*), sino de una *simulación absoluta*, pues en ella “se aparenta la celebración de un contrato determinado, aun cuando en la realidad no existe ninguna intención de celebrarlo, generándose una exclusiva apariencia del acto. Ese sería el caso, por ejemplo, en que dos personas fingen la suscripción de un contrato laboral —en la práctica inexistente— a objeto de obtener determinados beneficios previsionales en función de los períodos de ocupación”²²⁷. Se trata entonces, de una “práctica recurrente debido a la apremiante situación de quedar indocumentado [...] Es una estrategia que los expone al engaño y la delación, pero asumen el riesgo incluso en los

²²⁷ IRURETA URIARTE, P. 2013. Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante. p. 219. En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. 2013. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL. 1er Semestre*. Valparaíso, Chile, pp. 213 - 250.

casos donde existe una relación laboral dependiente pero donde el empleador se niega a la contratación”²²⁸.

Además de estas circunstancias, es común que se realicen contratos simulados cuyas partes contratantes (trabajador y empleador) sean personas migrantes, tal se explica porque generalmente quienes firman como supuestos empleadores ya están en conocimiento de las dificultades que impone la institucionalidad migratoria. Un ejemplo de esta práctica lo podemos ver en la causa Rol O-267-2011 del Juzgado de Letras de Iquique, en el que la demandada (ecuatoriana) sostuvo respecto de la demandante (colombiana) que “convino con ella en que simularían un contrato de trabajo, pagando ella misma sus cotizaciones previsionales, para que pudiera presentarlo en el Departamento de Extranjería de la Gobernación Provincial de Iquique, a fin de que obtuviera la visa de trabajo. [...] Su intención, al elaborar el documento, fue ayudarla, es una práctica que lamentablemente se extiende en nuestra región”²²⁹.

A nuestro juicio, esta práctica tiene por antecedente las diversas limitaciones que impone la legislación migratoria en la regularización de su residencia en el país, que operan como un estímulo legal para que las personas las ‘resuelvan’ al margen de la legalidad.

Como señalamos anteriormente, la regulación migratoria, entre otros factores, induce a los migrantes a desempeñarse en trabajos precarios e informales al llegar al país; todo lo cual se conjuga con el deber de regularizar la situación migratoria acreditando la existencia de una relación formalizada de trabajo, en la que exista plena identidad entre el contrato de trabajo presentado (‘trabajo declarado’) y aquel que efectivamente se desempeña (‘trabajo realizado’).

En este sentido, los trabajadores que desempeñen un trabajo informal o se encuentren actualmente sin empleo (entre otras situaciones) tendrán serias dificultades al momento de regularizar su situación migratoria. Así, el apremio de no caer en una situación migratoria irregular ha estimulado la simulación de contratos de trabajo. Lamentablemente, esta práctica se ha extendido entre los migrantes, quienes ante las dificultades para regularizar su situación migratoria optan -con mayor o menor

²²⁸ VALENZUELA, P. et al. 2014., p. 112.

²²⁹ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE IQUIQUE. RIT O-267-2011. 23 de diciembre de 2011, Considerando Primero.

conocimiento- por infringir la legislación migratoria. Como podremos apreciar, esta práctica, en la mayoría de los casos, responderá al aseguramiento de la condición migratoria para realizar actividades lícitas en Chile.

A. La simulación como objeto de expulsión del territorio nacional

Como se indicó en el capítulo anterior, en el caso de descubrirse fraude o simulación en la contratación de extranjero, cuyo objeto sea regularizar su situación migratoria mediante tal documento, la consecuencia jurídica consiste en la directa expulsión del migrante infractor y en la correlativa multa administrativa al falso empleador²³⁰. Cabe precisar que, en el ámbito de aplicación del Derecho Civil y el Derecho del Trabajo, existen diferencias respecto de las clases de simulaciones que se sancionan y las consecuencias jurídicas que se les aplican.

En el ámbito del Derecho Civil, la simulación contractual sancionada por la legislación migratoria constituye una *simulación absoluta*, pues se trata de “un acto jurídico sin causa o con causa falsa, que no tiene nada de real, y cuyas consecuencias se pueden sintetizar en la siguiente figura: la nulidad del negocio jurídico simulado de conformidad con los artículos 1467 y 1682 CC. En ese contexto, la celebración de un contrato de trabajo aparente supondrá dejar sin efecto la apariencia o falsedad, debiendo declararse nulo el contrato laboral”²³¹.

En el ámbito del Derecho del Trabajo, resulta elemental sancionar la simulación en vista del resultado que puede implicar en la vulneración de los derechos de los trabajadores. Esto se manifiesta en tanto las relaciones contractuales se encuentran regidas por un orden público laboral, cuya manifestación concreta reside en el establecimiento de derechos mínimos e irrenunciables para una de las partes contratantes:

²³⁰ Artículo 75 Inciso 1° y 2° DLE: “Las autoridades dependientes del Ministerio del Trabajo y Previsión Social deben denunciar, al Ministerio del Interior o a los Intendentes Regionales o Gobernadores Provinciales en su caso, cualquiera infracción que sorprendan en la contratación de extranjeros. Si se estableciere que ha existido simulación o fraude en la celebración del contrato de trabajo del extranjero, para que se le otorgue la respectiva visación, se aplicará a éste la medida de expulsión del territorio nacional, sin perjuicio de formularse el requerimiento o la denuncia que corresponda a la Justicia Ordinaria. El empleador o patrón que incurriera en falsedad al celebrar un contrato de trabajo con un extranjero, con el objeto precedentemente señalado, será sancionado con la pena de multa de uno a cincuenta sueldos vitales. En caso de reincidencia, la pena será de presidio menor en su grado mínimo, sin perjuicio de la multa a que haya lugar. En todo caso, deberá pagar el pasaje de salida del extranjero”.

²³¹ IRURETA URIARTE, P. 2013., p. 219.

el trabajador²³². Así, toda actuación jurídica destinada a dejar sin efecto determinados derechos laborales irrenunciables –aun cuando no se haya efectuado con una intencionalidad ilegítima–, tenderá a ser considerada fraudulenta en razón de sus resultados²³³, debiendo, por lo mismo primar las normas laborales ante la regulación del derecho común. En este sentido, la simulación contractual se encuentra principalmente unida a la determinación de la figura del empleador (artículos 4 y 507 CT) y la naturaleza del vínculo contractual (artículo 7, 8 y 9 CT). En ambos casos se sancionan figuras de *simulación relativa*, mediante el ‘levantamiento del velo’ y la ‘declaración de existencia de la relación laboral’ respectivamente, con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención en favor del trabajador.

De todas formas, y dado que la simulación contractual que sanciona la legislación migratoria se trata de una *simulación absoluta*, la consecuencia jurídica que dispone el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo será la misma: la nulidad del acto jurídico. En este caso, en definitiva, la simulación tiene por objeto la obtención de una visación migratoria y se concreta, precisamente, a falta de una relación laboral real.

En materia migratoria, se establecen dos obligaciones para el poder administrativo del Estado que afectan directamente a los trabajadores migrantes. En primer lugar, se establece que las autoridades dependientes del Ministerio del Trabajo y Previsión Social tienen el deber de denunciar estas irregularidades. Esto significa que la Dirección del Trabajo, además de tutelar el cumplimiento de los derechos laborales de los migrantes, debe fiscalizar tanto la regularidad de su situación migratoria, como la veracidad de sus relaciones laborales. A nuestro juicio, esta obligación opera como un desincentivo al acercamiento de los trabajadores migrantes a la Dirección del Trabajo, en desmedro del conocimiento, fiscalización y efectiva tutela de sus derechos laborales. En segundo lugar, se establece que el Ministerio del Interior deberá sancionar la simulación contractual con la expulsión del territorio nacional. En la práctica, esto resulta sumamente grave en base a las siguientes consideraciones:

- i. La instancia de calificación de la conducta: para acreditar la existencia de simulación contractual y sancionarla con la expulsión del país, basta solamente el informe

²³² Artículo 5 inciso 2° CT.

²³³ IRURETA URIARTE, P. 2013., p. 221.

- técnico de Policía de Investigaciones (PDI), sin ninguna clase de pronunciamiento judicial;
- ii. La falta de un adecuado procedimiento para su acreditación efectiva: en consonancia con lo anterior, se decreta la expulsión del territorio nacional en ausencia de un procedimiento previo, racional y justo, en el cual el migrante afectado pueda hacer sus respectivos descargos;
 - iii. La magnitud de la sanción que se aplica: en este caso, se aplica directamente la expulsión del país, sin la posibilidad de establecer una sanción menos gravosa, ni la posibilidad de regularizar la situación migratoria conforme al trabajo que efectivamente se realiza.

En definitiva, la respuesta estatal frente a la simulación contractual, es de gran envergadura: la administración responde con la expulsión del país, en aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 75 DLE, en ausencia de un adecuado razonamiento y ponderación respecto de las condiciones en que se cometió la simulación de contrato de trabajo. A nuestro juicio, esta situación resulta sumamente grave si consideramos que la misma legislación podrá inducir la realización de esta infracción migratoria. Por ello, es preciso recurrir a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia para desarrollar qué criterios deben, y pueden, aplicarse a la simulación contractual en materia migratoria.

B. Criterios en la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

Si bien han existido sentencias que no han controvertido las problemáticas recién expuestas, sosteniendo que el Ministerio del Interior actúa dentro de su competencia y atribuciones al disponer la expulsión (o revocación de visaciones y subsecuente expulsión) de extranjeros que hayan ingresado al país invocando contratos de trabajo falsos o simulados²³⁴, nos parece relevante exponer aquellos fallos que sí las han controvertido, añadiendo más elementos para su análisis.

En un primer orden de ideas, la jurisprudencia ha establecido posiciones respecto de la instancia y suficiencia de la calificación de la conducta de simulación contractual

²³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 8.838-2011, 23 de septiembre de 2011, considerando tercero; y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 3.923-2010, 10 de junio de 2010, considerando quinto.

sancionada por el DLE. A este respecto, se ha sostenido que su declaración y calificación es una competencia privativa de los Tribunales de Justicia. En este sentido, en la causa de Reclamación Rol 3.867-2010, la Corte Suprema sostuvo que “la declaración de ser o no un contrato ‘simulado’ es una función eminentemente jurisdiccional, la que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 76 de la citada Carta Fundamental, corresponde a los tribunales de justicia, previo proceso legalmente tramitado”²³⁵.

Respecto de la suficiencia de la calificación, se ha criticado la labor sancionadora del Departamento de Extranjería al decretar expulsiones sin indagar en la suficiencia de la investigación²³⁶, o bien, por simplemente “no señalar en forma clara y precisa la forma en que se llega a la calificación de la conducta que se reprocha”²³⁷. A su vez, respecto de la suficiencia técnica del informe de Policía de Investigaciones para acreditar la existencia de simulación, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “todos los controles posteriores sobre los actos formales terminales carecen de eficacia frente a la inimpugnabilidad técnica del acto trámite que les sirve de sustento, el que ni la Contraloría General de la República puede revisar, ya que importaría un análisis del mérito del informe²³⁸”. De este modo, “el carácter técnico del informe se transforma “en un precedente vinculante que configura la decisión del Ministerio del Interior que no puede ser desvirtuada. En tal sentido, hay una vulneración en la “igual protección de los derechos” que le otorga la Constitución a toda persona, según lo dispone el artículo 19 N° 3”²³⁹ de la Constitución Política.

En un segundo orden de ideas, los Tribunales Superiores de Justicia han controvertido el rol sancionador del Estado respecto de la simulación contractual, introduciendo nociones de justicia vinculadas tanto a la aplicación del principio de proporcionalidad, como a la ponderación de derechos fundamentales sujetos a afectación. En este sentido, se ha considerado que existe menor reproche si, coetánea o posteriormente, el migrante afectado se desempeñó en un trabajo estable²⁴⁰, o bien, si fue

²³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 3.867-2010, 8 de junio de 2010, considerando cuarto.

²³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 624-2014, 29 de enero de 2014, considerando cuarto: “en tales condiciones y atendida la circunstancia que no se trata más que de una sospecha, puesto que el Informe a que se alude para apoyar la denuncia, no menciona a la extranjera en comentario, tiene como corolario que no se trata más que de una mera afirmación de autoridad, sin respaldo y sin dar al afectado, posibilidad alguna de ejercer sus defensas, en juicio penal o en sede administrativa”.

²³⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 4.222-2013, 27 de junio de 2013, considerando cuarto.

²³⁸ TC. ROL 2273-13, considerando 47°.

²³⁹ TC. ROL 2273-13, Considerando 48°.

²⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 8.838-2011, 23 de septiembre de 2011, Voto de minoría: “sobre el particular existe un contrato de trabajo autorizado y visado por un notario público del país quien da

objeto de un aprovechamiento económico por parte de un tercero, sin mayor conocimiento sobre la infracción cometida²⁴¹. Como se puede apreciar, en ambos casos se analiza la infracción migratoria desde un punto de vista finalista, aduciendo a que si bien se realizaron conductas que merecen sanción, no resulta proporcional expulsar del país a personas cuyo único propósito era desarrollarse laboralmente en actividades lícitas. Desde otra perspectiva, se ha sostenido que la simulación contractual como conducta aislada e inspirada en el bienestar del grupo familiar del infractor, no constituye una afectación real de la conveniencia o utilidad nacionales -descritas en el inciso final del artículo 64 del DL 1.064 como justificantes del rechazo de permisos de residencia-, por lo que la expulsión del país no sería proporcional respecto de la conducta reprochada²⁴². Finalmente, los Tribunales Superiores de Justicia han realizado una ponderación entre el poder sancionador del Estado y los derechos fundamentales que puedan verse afectados con la expulsión del país, entre ellos, el derecho a la reunificación familiar y los derechos del niño migrante²⁴³ han tomado un rol central.

Para concluir, entendemos que la aplicación irrestricta de la ley constituye una ‘criminalización’ de las prácticas que la misma legislación ha estimulado con sus restricciones. A nuestro juicio, esta ‘criminalización’ consiste en la imputación de infracciones migratorias en ausencia de un procedimiento previo en el que el migrante afectado pueda ser oído y hacer sus debidos descargos, como así también, en ausencia de

certeza de la fecha de celebración del contrato como de las firmas estampadas en él, en consecuencia, no existe certeza ni convicción para estimar que no haya sido real y efectivo por lo ya manifestado y teniendo además en consideración que el reclamante hace dos años y medio que tiene un trabajo remunerado estable y que carece de anotaciones penales”. En el mismo sentido: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 6.733-2010, 16 de septiembre de 2010, considerando quinto: “no puede tampoco obviarse el hecho que según se desprende de los documentos incorporados, la persona en cuyo favor se reclama ha realizado trabajos remunerados con contratos de trabajo que aparecen como legítimos como puede advertirse del certificado de pago de cotizaciones previsionales”.

²⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 624-2014, 29 de enero de 2014, considerando sexto: “la decisión adoptada aparece del todo desproporcionada si se tiene presente que, en este caso particular, el supuesto contrato espurio se obtuvo con la intervención de una ciudadana chilena que sacó provecho económico de ello”.

²⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 7.018-2012, 14 de septiembre de 2012, considerando segundo: “el acto irregular que motivó la decisión de revocación del permiso, orden de salida y posterior abandono del país, respecto de la amparada, no aparece como una transgresión que afecte los intereses que se pretende tutelar a través de la norma en examen, al ser, por cierto, una actuación indebida, pero que se lleva a cabo en una sola oportunidad, en un ámbito privado y familiar, pretendiendo buscar el bienestar del grupo, por lo que aparece entendible, no siendo, además, una conducta permanente llevada a cabo con fines ilícitos”.

²⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 6.733-2010, 16 de septiembre de 2010, considerando quinto: “Tiene familia constituida en Chile, con un hijo de esta nacionalidad que contaría con tan solo ocho meses de edad, lo que pone de manifiesto el arraigo del extranjero y la enmienda de la conducta que llevó a la autoridad administrativa a decretar su expulsión”.

mecanismos de impugnación técnica de los informes de Policía de Investigaciones. A mayor abundamiento, esta simple y llana aplicación formal de la ley, se manifiesta tanto en la desconsideración de sanciones graduales según las circunstancias en que se cometió la infracción migratoria, tal como sucede en materia penal respecto de las agravantes y atenuantes del ilícito penal, como así también, en la escasa relevancia que se les otorga a los derechos fundamentales sujetos a afectación mediante estas medidas. Estas circunstancias, constituyen, entonces, una evidente vulneración del derecho a la presunción de inocencia y al derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, ambos reconocidos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

Ante este panorama, aplaudimos la jurisprudencia revisada de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, pues permiten introducir criterios de justicia a la hora de sancionar la simulación de contratos de trabajo en materia migratoria. Por ello, es imprescindible fortalecer tanto el procedimiento -mediante un proceso previo, racional y justo-, como la deliberación -al introducir criterios de proporcionalidad y ponderación de derechos fundamentales- de los órganos administrativos y judiciales, para dar una adecuada respuesta a esta infracción migratoria.

En definitiva, la irregularidad migratoria puede implicar serias consecuencias jurídicas para los migrantes, que se extienden desde la desprotección normativa de la informalidad laboral a la estimulación de infracciones migratorias relacionadas al ámbito del trabajo.

1.4.- Respuesta estatal

Una vez descrita la relación existente entre la situación migratoria irregular y la informalización de las relaciones laborales, cabe preguntarse cuáles han sido las políticas públicas elevadas por el Estado Chileno para reducir sus efectos y proporcionar una solución a largo plazo. Frente a ello, podemos adelantar que, en la práctica, estas problemáticas no han sido abordadas de forma sistemática por el Estado chileno. Pese a ello, es posible reconocer un marco de acción generado tanto por la autoridad administrativa central, como por los Tribunales Superiores de Justicia, quienes directa e

indirectamente, han desplegado acciones y omisiones orientadas a fortalecer la regularidad migratoria y laboral de los trabajadores migrantes²⁴⁴.

1.4.1.- Autoridad administrativa

Durante largo tiempo, y tal como se señaló en un principio, los gobiernos presidenciales tuvieron una escasa preocupación por el tema, la que se vio reflejada en las escasas modificaciones que se hicieron al DLE y en la relevancia que cobraron dos masivas “amnistías migratorias” en 1998 y 2008, que permitieron regularizar su situación migratoria a una gran cantidad de extranjeros (40.000 y 50.000 beneficiarios respectivamente²⁴⁵).

Actualmente, el segundo Gobierno de Michelle Bachelet se comprometió a enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley que reemplazara el marco normativo vigente, lo que aún no se cumple, pues dicho proyecto está siendo revisado en Secretaría General de la Presidencia. En base al Gabinete Presidencial N° 005, el Gobierno se comprometió a ejecutar una política migratoria cuyas bases residen en el derecho internacional de los derechos humanos, reconociendo a los migrantes como sujetos de derecho que merecen una especial protección por parte del Estado²⁴⁶. Esta política consideró como uno de sus principales ejes la “regularidad migratoria” y el “empleo como mecanismo de inserción social”. En este sentido, se declaró que “las iniciativas en materia laboral apuntarán a incentivar la regularización migratoria, la formalización de las relaciones laborales y la corresponsabilidad entre empleadores y empleados”²⁴⁷. A continuación, analizaremos qué tan efectivos han sido estos compromisos a la luz de las acciones y omisiones realizadas por el Departamento de Extranjería y la Dirección del Trabajo.

²⁴⁴ Este análisis no considera las acciones desplegadas por el Congreso Nacional (o poder legislativo), en tanto no existen avances dirigidos a resolver los problemas laborales que genera la legislación migratoria, sino más bien, a resolver otros conflictos relacionados a los migrantes en general (por ejemplo, respecto de la trata de personas o de quienes acreditan la condición de refugiados).

²⁴⁵ JENSEN SOLIVELLAS, M. 2009., p. 11.

²⁴⁶ Un reflejo de ello es el actual “Programa de Promoción y Asistencia social de Inmigrantes en situación de Vulnerabilidad”. Puede consultarse como: CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2016. Resolución Exenta N° 648, Santiago, Chile. [en línea]: www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/3163370.pdf [consulta: 19/01/17].

²⁴⁷ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2015., p. 3.

1.4.1.1- Departamento de Extranjería

En un marco general, el organismo ha desarrollado oficialmente una política de propensión a la regularidad migratoria que ha sorteado las limitaciones del DLE a través del uso de sus atribuciones instructivas²⁴⁸ y de la potestad reglamentaria presidencial²⁴⁹ ejercida por el Ministerio del Interior.

En este sentido, el principal avance en la materia ha sido la instauración de la visa por motivos laborales. Según Rodrigo Sandoval, Jefe Nacional del DEM, “en la práctica, esta visa ha significado un proceso selectivo de regularización masiva de extranjeros”²⁵⁰. Efectivamente, respecto de la cantidad de permisos de residencia otorgados en 2015, la visa por motivos laborales triplicó a la visa sujeta a contrato de trabajo, 64.917 y 21.934 respectivamente²⁵¹. La visa por motivos laborales ha permitido la regularización de la situación migratoria, sin las limitaciones que impone la visa sujeta a contrato, por lo cual, constituye un gran avance en la regularización migratoria y la formalización de las relaciones laborales. Además, ha permitido reducir las asimetrías que genera la visa sujeta a contrato, mediante la supresión del deber de permanecer con el mismo empleador por dos años para obtener la permanencia definitiva.

Un segundo avance se ha dado respecto de los migrantes que cumplen condenas en libertad. Durante largo tiempo, se planteó la necesidad de asegurarles un permiso de residencia que los autorice a trabajar durante el tiempo de cumplimiento de su condena en nuestro país, lo que se concretó mediante la regulación reglamentaria de la visa para condenados²⁵².

Como tercer avance, destacamos la coordinación intersectorial que ha impulsado el DEM a través del Consejo de Política Migratoria²⁵³. Nos parece relevante, pues, si bien

²⁴⁸ Conforme al artículo 91 N° 9 DLE, el DEM tiene por atribución: “Impartir instrucciones para la mejor aplicación de este decreto ley”.

²⁴⁹ Art. 32 N° 6 CPR.

²⁵⁰ Consulta a Rodrigo Sandoval, jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior. Santiago, Chile, 12 de agosto de 2016.

²⁵¹ ARAVENA, N. 2016. Cambios por la vía administrativa: Las normas que facilitan acceso a visas a los inmigrantes en situación irregular. [en línea]: Diario El Mercurio, Sección D Reportajes, 21 de agosto de 2016, p. 10. <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=21-08-2016%200:00:00&dtB=30-08-2016%200:00:00&BodyID=10&PaginaId=10> [consulta: 19/01/17].

²⁵² Artículo 143 Inciso 2° RE, modificado el 7 de marzo de 2015. Cabe mencionar que esta modificación permitió dotar de contenido a un vacío institucional, pues anteriormente, quienes debían cumplir su pena en libertad, al no contar con autorización de trabajo, debían recurrir al trabajo informal.

²⁵³ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2014. Decreto N° 1.393. Crea Consejo de Política Migratoria, 15 de septiembre de 2014. [en línea]:

responde indirectamente a los problemas concretos que han sido objeto de análisis, entendemos que esta coordinación permite dar un enfoque integral al fenómeno migratorio, ya no sólo desde la perspectiva de la seguridad nacional, sino también, desde las múltiples dimensiones que afectan la vida cotidiana de los migrantes (trabajo, salud, vivienda, entre otras). En este mismo sentido, también es interesante considerar al Consejo Consultivo Nacional de Migraciones²⁵⁴, cuyo objetivo es asegurar la participación ciudadana de organizaciones de migrantes y académicos en el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas en materia migratoria.

Si bien, reconocemos que estos avances han permitido hacer frente a la regularización de la situación migratoria y la formalización de la actividad laboral de los migrantes, aún persisten ciertos problemas que no han tenido una adecuada respuesta a nivel institucional.

En primer lugar, se sigue ejerciendo una amplia discrecionalidad respecto de la regularización de la situación migratoria de los migrantes. La resolución de los recursos administrativos es bastante deficiente, pues generalmente son rechazados, con escasa fundamentación jurídica y demora administrativa. A nuestro juicio, ello se explica, por una parte, porque no existe ninguna clase de circular u orden de servicio que uniforme criterios e induzca a los funcionarios a resolver las solicitudes y recursos administrativos a la luz del marco normativo de derechos humanos que se pretende seguir a nivel institucional. Por otra parte, cabe mencionar que el Departamento solo cuenta con 12 abogados en su respectiva unidad jurídica²⁵⁵, quienes resuelven dichas solicitudes a nivel nacional, lo que podría explicar considerablemente la demora administrativa que existe.

En segundo lugar, pese a las denuncias de irregularidades y abusos de poder cometidos por parte de Policía de Investigaciones en los controles fronterizos, no ha existido una respuesta institucional por parte del DEM. En efecto, a lo largo del país, la PDI y las Intendencias Regionales se hacen cargo del control fronterizo y migratorio, lo

<http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/1970897.pdf>

[consulta: 27/01/17].

²⁵⁴ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2015. Resolución Exenta N° 10.330. Regula el funcionamiento y composición del Consejo Consultivo Nacional de Migraciones del Departamento de Extranjería y Migraciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 11 de diciembre 2015. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2015/12/Reglamento-Consejo-Consultivo-Nacional-de-Migraciones.pdf> [consulta: 27/01/17].

²⁵⁵ CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. septiembre de 2016. Ordinario N° 20.619. Respuesta a solicitud de información N° AB001W0005590, en el marco de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Santiago, Chile, p. 2.

cual es bastante grave si consideramos que dichas instituciones ejercen sus facultades desde la perspectiva de la seguridad nacional y el orden público, en ausencia de conocimientos especializados en materia de migración. El DEM no tiene representación en ninguna región del país²⁵⁶, salvo la Región Metropolitana, donde, además de su sede en el centro de la ciudad, recientemente inauguró una Oficina en el Aeropuerto Internacional de Santiago en diciembre de 2015²⁵⁷.

En tercer lugar, se mantiene la situación de vulneración de los migrantes sujetos a un decreto de expulsión, quienes podrán seguir siendo sancionados por el Estado en el caso de trabajar sin autorización.

Desde comienzos de la gestión presidencial de Bachelet, se aprecia una práctica sancionadora más prudencial, pues el DEM generalmente ha aplicado sanciones de multa a quienes continúan residiendo en Chile después de haberse vencido su permiso, conminándolos a regularizar su situación migratoria²⁵⁸. Lo mismo sucede con quienes están trabajando sin haber sido autorizados por la autoridad, quienes han sido amonestados por escrito²⁵⁹. Sin embargo, tal como explicamos anterior, si bien este tipo de prácticas se ajustan de mejor forma a un marco de proporcionalidad en los procedimientos sancionatorios administrativos, dependen de la “benevolencia coyuntural” de los gobiernos y/o funcionarios públicos que deciden aplicarlas.

²⁵⁶ En este sentido, un buen modelo a seguir es el de Argentina, que logró instalar delegaciones de la Dirección Nacional de Migraciones en 144 pasos habilitados a lo largo de su territorio para atender directamente el ingreso y egreso de personas. Para más información, consultar: ARGENTINA. MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE. Dirección Nacional de Migraciones. 2013. [en línea]: Periódico Migraciones. Año 6, N° 64, noviembre 2013, p. 1-3. http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/periodico/periodico_201311.pdf#zoom=75 [consulta: 19/01/17].

²⁵⁷ DEM. 2015. Extranjería Migraciones Chile inaugura primera oficina en el aeropuerto internacional de Santiago. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2015/12/23/extranjeria-migraciones-chile-inaugura-primera-oficina-en-el-aeropuerto-internacional-de-santiago> [consulta: 19/01/17].

²⁵⁸ DEM. 2015. Resoluciones Exentas N° 223469, 86384, 88121, 88417. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3189674.pdf>; <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3189668.pdf>; <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3189641.pdf>; <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/2982220.pdf> [consulta: 19/01/17].

²⁵⁹ DEM. 2015-2016. Resoluciones Exentas N° 221867, 15, 56. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3204553.pdf>; <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/2954086.pdf>; <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/2954110.pdf> [consulta: 19/01/17].

1.4.1.2.- Dirección del Trabajo

Recientemente, la OIT, reconociendo la alta incidencia de la economía informal, hizo una recomendación que orienta a los Estados miembros a “facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores”²⁶⁰. Un aspecto a destacar es que uno de sus doce principios rectores consiste en que los Estados, al formular políticas públicas, deberán tener en cuenta “la necesidad de prestar especial atención a las personas particularmente vulnerables ante los déficits más graves de trabajo decente en la economía informal, incluyendo, aunque no únicamente, a las mujeres, los jóvenes, los migrantes [...]”²⁶¹ entre otros.

La Dirección del Trabajo tiene un rol preponderante en la detección y combate de la informalidad laboral y en la información y difusión de los derechos de los trabajadores²⁶², en virtud de ello, podemos distinguir entre aquellas labores que benefician a los trabajadores en general y aquellas que se orientan específicamente en torno a los migrantes.

Respecto de las primeras, se ha desarrollado un procedimiento especial de fiscalización de la informalidad laboral²⁶³, mediante el cual se insta a los empleadores a formalizar sus relaciones de trabajo, bajo apercibimiento de multa. De esta forma, el procedimiento permite hacer aplicable los artículos 8 y 9 del Código del Trabajo, considerando que la existencia de un contrato de trabajo no se encuentra supeditada a su escrituración formal, sino a la concurrencia material de tres elementos: i) una prestación de servicios; ii) bajo elementos de subordinación y/o dependencia; iii) con una remuneración como contraprestación.

En relación a la interacción de estas normas con la ley de extranjería, la Dirección del Trabajo ha sostenido que esta normativa es plenamente aplicable a los trabajadores migrantes en situación de informalidad, con independencia de su situación migratoria: “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

²⁶⁰ OIT. junio 2015., p. 2.

²⁶¹ OIT. junio 2015., p. 4.

²⁶² DT. 2016., p. 5.

²⁶³ DT. 2005. Circular N° 111 que establece el Procedimiento Especial de Fiscalización de la Informalidad Laboral. [en línea]: 11 de julio de 2005. http://www.dt.gob.cl/transparencia/Circular_No111_de_11-07-2005_Informalidad_Laboral.pdf [consulta: 19/01/17].

normas laborales vigentes, entre ellas, las de los artículos 9° y 10° del Código del Trabajo, sin que tenga incidencia alguna la circunstancia de que el trabajador no reúna los requisitos de extranjería sobre residencia o permanencia legal”²⁶⁴.

Respecto de las labores que el servicio ha desarrollado respecto de los migrantes en específico, reconocemos su rol fiscalizador, investigativo y propositivo.

La labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo se ha desarrollado principalmente mediante el procedimiento de fiscalización de labores desempeñadas por trabajadores extranjeros²⁶⁵, cuyo fin se orienta en determinar el cumplimiento de los artículos 19 y 20 del Código del Trabajo en cuanto al porcentaje máximo de extranjeros, como así también respecto de la regularidad migratoria de los trabajadores y su eventual exención del régimen previsional. A nuestro juicio, estas indagaciones no son suficientes, pues considerando que los trabajadores migrantes presentan especiales condiciones de vulnerabilidad en nuestro país, debiesen existir mecanismos especiales de fiscalización que profundicen respecto del cumplimiento de sus condiciones de trabajo en relaciones asalariadas formalizadas. Sin embargo, cabe mencionar que recientemente la Dirección del Trabajo ha celebrado convenios de trabajo con la PDI y con organizaciones de la sociedad civil, con el fin de fiscalizar de forma más específica e informar respecto de los derechos que asisten a los migrantes²⁶⁶²⁶⁷.

Respecto del rol de investigación de la Dirección, son escasos los estudios relativos a la situación de los trabajadores migrantes. Sin embargo, es relevante destacar la investigación titulada “El Trabajo de los Extranjeros en Chile y en la I Región”, la que, además de describir la situación de los trabajadores migrantes desde las estadísticas y su normativa aplicable, propuso que en los casos en que el empleador no acceda a escriturar el contrato de trabajo que existe en la realidad, el acta de fiscalización pueda tener el “mérito suficiente para tener por cumplido el requisito de contar con un contrato de

²⁶⁴ DT. 1998. Dictamen N° 5848/386, p. 2. [en línea]: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86814.html> [consulta: 19/01/17].

²⁶⁵ DT. 2001. Circular N° 88 que establece Manual de Procedimientos de Fiscalización y deja sin efecto normativa que se indica, p. 54-55. [en línea]: 05 de julio de 2001. http://www.dt.gob.cl/transparencia/Circular_No_88_05.07.2001.pdf [consulta: 19/01/17].

²⁶⁶ DT. 2016. Dirección del Trabajo y la PDI fiscalizan condiciones laborales de migrantes. [en línea]: <http://www.dt.gob.cl/prensa/1618/w3-article-110036.html> [consulta: 19/01/17].

²⁶⁷ DT. 2015. Dirección del Trabajo, CUT y Vicaría de Pastoral Social protegerán derechos laborales de los trabajadores inmigrantes. [en línea]: <http://www.dt.gob.cl/prensa/1618/w3-article-107539.html> [consulta: 19/01/17].

trabajo, para acceder al permiso de trabajo temporal mientras se regulariza la permanencia del trabajador en el territorio chileno”²⁶⁸.

Una iniciativa interesante es el establecimiento de una política pública de largo plazo mediante un Plan de Acción 2017 para la Dirección del Trabajo en materia de trabajadores migrantes. Para la implementación de dicho plan, se propusieron dos etapas: En primer lugar, un autodiagnóstico basado en entrevistas y talleres a funcionarios del servicio a nivel nacional, cuyo fin fue elevar información respecto de los problemas, las buenas prácticas y las propuestas para el tratamiento actual de la problemática migrante. Dicha etapa fue finalizada el 30 de junio de este año, con la elaboración de un Informe Autodiagnóstico. En segundo lugar, la construcción de un plan de acción basado en el diagnóstico realizado, el cual se propone elevar en diciembre de este año.

A nuestro juicio, esta es una forma efectiva de hacer frente a las problemáticas descritas, superando las esferas de la improvisación administrativa. En efecto, el Informe Autodiagnóstico, mediante el análisis de los datos proporcionados por los funcionarios de la DT a nivel nacional, ya permitió extraer importantes conclusiones respecto al tratamiento actual de la problemática migrante, que confirman las situaciones descritas con anterioridad.

En este sentido, las diversas unidades de la DT concluyen que la informalidad laboral es un problema que afecta especialmente a los trabajadores migrantes. Así, “se declara como relevante también el aumento de las denuncias por vulneración de derechos, además la constatación de mayor informalidad laboral, que se puede asociar también a una situación migratoria irregular”²⁶⁹. Además, como problemática de fondo, se concluye que el marco normativo nacional es contradictorio con la misión de la DT, pues conforme al artículo 75 DLE, el servicio tiene la obligación de denunciar a los migrantes que se encuentren en situación migratoria irregular (deber aplicable a la totalidad de la Administración Pública), lo que los deja aún más vulnerables frente al sistema. En este sentido, se señala que los funcionarios tratan de facilitar la regularización “lo que paradójicamente significa evitar la aplicación estricta de la ley, puesto que esta tiende a una mayor vulnerabilidad para el trabajador migrante en situación irregular”²⁷⁰.

²⁶⁸ DT. 2005., p. 44.

²⁶⁹ DT y OIT. 2016., p. 41. Cabe precisar que este Informe aún no se encuentra disponible en el sitio web de la DT, pues nos fue proporcionado en las Oficinas del DEM.

²⁷⁰ DT y OIT. 2016., p. 13.

En un plano general, gran parte de los funcionarios entiende que debe existir una igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, lo cual no permite visibilizar las necesidades específicas de los migrantes²⁷¹. Finalmente, se señala que existen dificultades para identificar, caracterizar y cuantificar a los trabajadores migrantes, lo que podría explicarse por la desactualización de los procedimientos de trabajo de la institución, pues estos no incorporan variables significativas que den cuenta de la situación de los migrantes en los registros administrativos respectivos.

Si bien la migración laboral es un fenómeno ya instalado en el país, aún no se ha visualizado concretamente una respuesta institucional integral por parte de la Dirección del Trabajo. Por ello, confiamos en que la elaboración e implementación del “Plan de Acción 2017” permita desplegar acciones concretas que adapten la institucionalidad a las exigencias del fenómeno migrante en materia laboral.

1.4.2.- Tribunales de Justicia

Los tribunales no han estado marginados respecto de los diversos conflictos que se originan a propósito de la irregularidad migratoria y la informalización de las relaciones laborales.

Respecto de la irregularidad migratoria, hemos podido analizar la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia tanto a propósito de la sanción de expulsión del país en general como respecto de la que tiene lugar a propósito de casos de simulación contractual con el objeto de obtener la regularidad migratoria. En este sentido, respecto de ambas, es posible afirmar que la jurisprudencia ha oscilado entre el formalismo -que legitima órdenes de expulsión basándose en la competencia y legalidad de los órganos que las dictan- y un examen de ponderación basado en la primacía de la Constitución.

En este último sentido, consideramos destacable la importancia que otorgan a la necesaria razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación que debe presentar toda decisión en el ejercicio del poder público, más aún, si dichas actuaciones tienen la aptitud de afectar el ejercicio de los derechos fundamentales de los migrantes. De esta forma, y a modo ejemplar, esta postura jurisprudencial se ha manifestado en recursos que han denegado su expulsión, en consideración a: i) los intentos del migrante por regularizar su

²⁷¹ DT y OIT. 2016., pp. 13, 18 y 43.

estadía en Chile²⁷²; ii) el desistimiento del órgano administrativo de ejercer acciones penales ante ingreso clandestino²⁷³; iii) la indeterminación de los conceptos de conveniencia o utilidad nacionales para el rechazo de permisos administrativos (unida a la necesidad de concretar el contenido de dichos conceptos)²⁷⁴; entre otras. Pese a la diversidad de argumentos que han sido sostenidos en este sentido, cabe mencionar que todos guardan completa armonía con el principio constitucional de juridicidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

De la misma forma, se han acogido recursos en favor de migrantes en atención a un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales, cuyos principales argumentos han estado orientados a la protección del derecho a la protección de la familia²⁷⁵ y el interés superior del niño²⁷⁶.

En este tránsito, consideramos que la jurisprudencia expuesta implica una “constitucionalización del Derecho Migratorio”, en tanto se observa la prevalencia de la Constitución ante las normas de carácter migratorio, aun en oposición de normas de rango legal, otorgándole un rol preponderante a la vigencia de los derechos fundamentales de los migrantes. En este sentido, la jurisprudencia expuesta implica un ajuste a la regla general: la supremacía de la Constitución en la resolución de las controversias jurídicas que se someten a la competencia de los tribunales de justicia. Pese a ello, representa una doctrina minoritaria respecto de la totalidad de las sentencias que se han dictado en la materia; por tanto, constituye un avance que requiere una mayor consolidación a nivel jurisprudencial.

Respecto de la informalidad laboral, cabe mencionar que los tribunales han sostenido exactamente la misma doctrina que ha sostenido la Dirección del Trabajo²⁷⁷, en concordancia con los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran

²⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 6.650-2013, 9 de septiembre de 2013, Considerando Cuarto;

²⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 2.314-2013, 16 de abril de 2013, Considerando Cuarto; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 2.313-2013, 23 de abril de 2013, Considerando Sexto.

²⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 24.188-2014, 30 de septiembre de 2014, considerando tercero; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 7.018-2012, 14 de septiembre de 2012, considerando segundo.

²⁷⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 2.311-2013, 22 de abril de 2013, Considerandos Quinto a Séptimo; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 8.228-2009, 23 de diciembre de 2009, considerando segundo.

²⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3.813-2013, 12 de junio de 2013, Considerando Sexto; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 4.565-2013, 18 de julio de 2013, considerando Quinto.

²⁷⁷ DT. 1998., p. 2.

vigentes. En este sentido, el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta ha sostenido que “no es admisible el argumento según el cual, la carencia del demandante de autorización, visa o venía migratoria, impide creer plausible y veraz un vínculo jurídico, pues tal cual ha sido la doctrina judicial y administrativa dominante al caso, para calificar la concurrencia de un vínculo laboral de un individuo migrante, basta verificar la presencia de los requisitos del artículo 7 del Código del Trabajo, toda vez que la ausencia del permiso de autoridad para laborar en el país, desde luego, provoca efectos jurídicos, como es la potencialidad de sanción y expulsión, más no torna inexistente aquel vínculo jurídico laboral”²⁷⁸. En el mismo sentido, dicho Tribunal sostuvo que “el cumplimiento de los requisitos del artículo 7° del Código del Trabajo, es suficiente para establecer la existencia de un contrato de trabajo, aun a falta de la venia de autoridad migratoria”²⁷⁹.

Respecto de esta jurisprudencia, nos parece valorable que no se condicione la aplicación del estatuto jurídico de los trabajadores a su situación migratoria, pues contribuye a un reconocimiento real al ejercicio de sus derechos laborales. Sin embargo, consideramos que, en este caso, es limitada la contribución que pueden realizar los Tribunales de Letras del Trabajo, pues su pronunciamiento solo será posible en cuanto exista intervención de los mismos migrantes como partes interesadas. En este sentido, cabe reiterar la necesidad de fortalecer la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo, sobretodo, a propósito del control que puede ejercer para formalizar situaciones de informalidad laboral.

Después de revisar las medidas adoptadas a nivel administrativo y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, es posible visualizar ciertos esfuerzos institucionales en materia migratoria, destinados a mitigar los efectos que produce la legislación migratoria en el ejercicio de sus derechos. A nuestro juicio, el problema de estos esfuerzos es que se han realizado de forma reactiva, es decir, cuando ya existen miles de migrantes en un contexto de informalidad laboral, que enfrenta de forma cotidiana la vulneración de sus derechos fundamentales.

Como sostuvimos, formar parte de relaciones de trabajo precarizadas constituye una especial denegación de los derechos que les pertenecen a sus trabajadores por su

²⁷⁸ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE ANTOFAGASTA. RIT N° O-777-2015, 26 de noviembre de 2015, considerando décimo.

²⁷⁹ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE ANTOFAGASTA. RIT N° O-142-2016, 25 de mayo de 2016, considerando noveno.

calidad de tales. Dicha denegación, a su vez, contribuye a estimular la desprotección de los migrantes, en tanto sujetos vulnerables de derechos en el sistema jurídico. A contrario sensu, “desde el punto de vista de los trabajadores, la formalización supondría otorgarles mayores derechos y mayor cobertura de protección social, pero también reconocer su participación como actores en la relación laboral”²⁸⁰.

En este sentido, podemos afirmar que Chile no ha dado cabal cumplimiento a sus obligaciones internacionales, pues respecto de la regulación específica que existe para los trabajadores migratorios, no se observa una igualdad de trato laboral con los nacionales, tal y como lo establece el artículo 25 de la CIDTMF, disponiendo que los trabajadores migratorios (en este caso, sin distinguir entre regulares e irregulares) gozarán de un trato que no sea menos favorable en lo tocante a remuneración y de otras condiciones de trabajo²⁸¹ y de empleo²⁸². A la luz de este mismo tratado internacional, si bien existen recientes esfuerzos por revertir los problemas jurídicos expuestos, no se han adoptado “todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo”.

En definitiva, el Estado chileno pese a reconocer constitucional y legalmente el principio de igualdad de trato, tanto a nivel general como en el entorno laboral, coexiste con una privación de hecho a los trabajadores migrantes del marco de protección que otorga la legislación laboral y la seguridad social.

²⁸⁰ DT. 2016., p. 30.

²⁸¹ Horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término.

²⁸² Edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

2.- TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES LABORALES ADEUDAS, EN EL CONTEXTO DE UNA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

La expulsión presenta importantes consecuencias en las relaciones jurídicas que la persona expulsada mantenía dentro de nuestro país. Algunas se dificultarán ostensiblemente en atención a los obstáculos creados por la distancia entre los sujetos de la relación y otras, derechamente, concluirán por la imposibilidad de que se lleven a cabo sus fines y se cumpla con las obligaciones que las caracterizan. Las relaciones laborales pertenecen al último grupo.

Como ya revisamos, quienes se encuentran en una situación migratoria irregular no contarán con permiso para realizar actividades remuneradas dentro de nuestro país, pero ello no obsta a que, en virtud del principio de realidad y la consensualidad de contrato de trabajo, igualmente se entablen relaciones laborales entre este tipo de migrantes y un empleador. Estas presentan problemas en la dimensión migratoria y administrativa de la ley, pero en materia laboral no se distinguen de las relaciones laborales en general, más allá de la informalidad que las caracteriza.

2.1.- Término de la relación laboral

Cabe advertir que en esta sección, si bien está enfocada en la expulsión del migrante, incluiremos reflexiones en torno al término del contrato de trabajo por causa de una situación irregularidad migratoria, esto con el fin de no dejar cabos sueltos, analizando de forma unitaria la etapa final de las relaciones laborales de los migrantes dentro de nuestro país.

Nuestra legislación establece taxativamente las causales de terminación de los contratos laborales²⁸³. Sin embargo, aun cuando sea evidente que la relación no podrá continuar luego de que el trabajador es expulsado, no existe causal dentro del código del ramo dentro de la cual se encuadre específicamente esta situación. Lo mismo ocurre cuando el inmigrante cae en irregularidad, pues perderá su permiso de trabajo, pero no existe causal de despido asociada a ello.

²⁸³ DFL N° 1. Año 2002., Artículos 159, 160 y 161.

a) Término por irregularidad migratoria.

Dentro de los órganos competentes, son casi inexistentes las ocasiones en que esta situación se ha revisado. La Dirección del Trabajo no se ha pronunciado al respecto y nuestra jurisprudencia casi no se ha hecho cargo de este vacío. Desde los tribunales hemos podido rastrear un fallo²⁸⁴ donde se ha sostenido la vigencia de disposiciones transitorias de nuestra ley de extranjería.

Cabe mencionar que esta situación no parece anómala dentro de lo que podíamos esperar. La población migrante en situación irregular se caracteriza por este temor a ser detectado por las instituciones del Estado y ser definitivamente expulsado, por lo que parece normal que, hasta el día de hoy, existan muy escasas denuncias por parte de estos trabajadores por despidos injustificado u otra materia relacionada. De hecho, la sentencia que vamos a revisar no versa sobre un despido injustificado, sino que la terminación del contrato se menciona tangencialmente respecto de lo principal, que es un reclamo de multa administrativa impuesta por la Inspección del Trabajo al empleador de un trabajador migrante irregular.

En cuanto a la sentencia en específico, en 2012, el Juzgado de letras del Trabajo de San Miguel sostuvo que “éste mismo cuerpo legal regula en su artículo 3 transitorio, la situación de los extranjeros que se encuentran en nuestro país en forma irregular, cuyo es el caso, en la siguiente forma: Los extranjeros en situación irregular que no presenten solicitudes para regularizar su condición, dentro del plazo señalado en el artículo 1° transitorio (inciso tercero de dicha disposición señala un plazo de seis meses), deberán ser despedidos de su empleo u ocupación. Esta circunstancia se considerará como causal legal de despido para todos los efectos, sin que pueda el afectado impetrar indemnización, cualquiera que sean las estipulaciones del respectivo contrato de trabajo. Además, se dispondrá su expulsión del territorio nacional”²⁸⁵.

²⁸⁴ Existen fallos donde se ha discutido la existencia de una cláusula en el contrato que supedita la vigencia del contrato a la regularización de la situación migratoria del trabajador, en los que se ha determinado la no existencia de la relación sino hasta el cumplimiento de esa condición. Estos no fueron incluídos dentro del análisis principal, puesto que se trata de una salida excepcional al problema que depende exclusivamente de la voluntad de las partes a incluir dentro del contrato una cláusula de este tipo. Sin embargo, para una revisión de esta salida ver: 1° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. RIT O-1207-2012, 07 de septiembre de 2012 y 1° JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. RIT O-1799-2014, 07 de agosto de 2014.

²⁸⁵ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SAN MIGUEL. RIT I-9-2912, 10 de julio año 2012, considerando décimo.

Esta postura no nos parece la más acertada. Primero, esta interpretación excede el ámbito de aplicación que la misma ley se otorgó. El artículo citado por el tribunal está contemplado para los extranjeros que han ingresado al país de forma posterior al 1° de Enero del año 1970; se encuentran en situación irregular; que, a la fecha de dictación de la ley hayan permanecido ininterrumpidamente en el país por un plazo de un año; y que dentro de un plazo de 6 meses no concurrieron a regularizar su situación migratoria²⁸⁶. Como todo artículo transitorio, fue creado para enfrentar los problemas que surgieron a la implementación de la ley a la fecha de su dictación y no como una medida permanente, por lo que esta nueva causal de despido tuvo una vigencia temporal sumamente limitada, y no corresponde aplicarla a los casos actuales.

Pasando por alto el hecho de que la aplicación de esta norma a los casos actuales es errada, la interpretación que el tribunal realizó en este caso infringe los principios del derecho del trabajo, en específico el principio protector del trabajador²⁸⁷. Ante dos posibilidades de interpretación de la norma (restringiéndola al tiempo que la misma se otorgó o extendiendo su vigencia hasta nuestros días), el principio protector nos obliga a inclinarnos por aquella que no conlleva un estatuto más duro para el trabajador migrante, que se manifestaría en una causal de despido adicional que los priva de cualquier indemnización asociada al despido.

Al no proceder esta particular causal de despido, habrá que buscar en el resto del ordenamiento jurídico una institución que permita terminar legalmente este tipo de contratos de trabajo. En este análisis nos encontramos con las causales de “caducidad” o disciplinarias, donde el trabajador realiza actos contrarios al ordenamiento jurídico, por lo que es sancionado con un despido sin indemnizaciones²⁸⁸. Para el caso de los trabajadores migrantes irregulares, concluimos que la únicas causales que podrían configurarse son las del artículo 160 número 1 del Código del Trabajo, en sus letras a) “Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones” y e) “Conducta inmoral grave del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña”.

²⁸⁶ Artículo 1 transitorio DLE.

²⁸⁷ Entre las distintas manifestaciones de este principio encontramos “La regla in dubio pro operario, según la cual el juez o el intérprete debe elegir, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador”. En: THAYER, William y NOVOA, Patricio. 2010. Manual de Derecho del Trabajo, 5ª Edición, tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 26.

²⁸⁸ DFL N° 1. Año 2002., Artículo 160.

Como sostiene la jurisprudencia, la causal de falta de probidad está “referida a una infracción que traduzca una falta de integridad y honradez con la entidad suficiente para quebrantar del todo el clima de confianza, credibilidad y respeto que se supone debe regir las relaciones en una vinculación laboral”²⁸⁹, infracción que, en caso de irregularidad migratoria solo podría configurarse si el migrante esconde su calidad de indocumentado del empleador (cuestión de difícil ocurrencia, puesto que el empleador debe verificar la autorización para trabajar si va a contratar extranjeros para lo cual basta con que les solicite que muestren estas autorizaciones) y aún cuando así fuera, el mero hecho de omitir esta información no tiene la entidad suficiente para que ocurra el quebrantamiento al que se refiere la Corte Suprema.

. En cuanto a la causal de conducta inmoral grave, nuevamente la Corte Suprema ha indicado que la causal “se trata entonces, de una evidente y notoria vulneración a las buenas costumbres, la ética y la moral (...) revelando una actitud de ofensa y menosprecio hacia la persona de su empleador, de sus compañeros de trabajo o de otras personas inclusive”²⁹⁰. Como no implica un necesario desprecio por algunos de los integrantes de la empresa, es evidente que la situación migratoria irregular, considerada aisladamente, no constituye un hecho suficientemente grave para que se configure esta causal.

Sin perjuicio de reconocer que dependerá de las circunstancias de cada caso en particular, queda en evidencia que el hecho de que el trabajador no cuente con los permisos migratorios para desarrollar actividades remuneradas, por sí sólo, no tiene la gravedad exigida por el artículo 160 del CT para configurar una causal de despido disciplinaria.

Habiendo excluído la aplicación del artículo 3 transitorio del DLE y de las causales disciplinarias del artículo 160 del CT, existe una sentencia que nos ayuda a esbozar otra vía, recurriendo a las reglas generales (derecho civil) en lo que respecta a los actos jurídicos y contratos en especial. Lo particular de esta sentencia es que el tribunal no se pronuncia sobre esta solución, sino que los argumentos que esgrimen las partes dilucidan una posible discusión.

En este fallo, nuevamente sobre reclamo de multa administrativa, el empleador de migrantes irregulares sostuvo que “el Art. 1461 del C.C. señala que el objeto de un acto jurídico y el contrato de trabajo es un acto jurídico, es moralmente imposible cuando es

²⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3775/2010, 16 de septiembre de 2010, considerando séptimo.

²⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 322/2010, 18 de marzo de 2010, considerando séptimo.

prohibido por las leyes”²⁹¹ para sostener que el contrato de trabajo con esos trabajadores adolecía falta de objeto, puesto que este tipo de contratos de trabajo estaría prohibido por la LE y otras disposiciones migratorias.

De ser acertada esta teoría, el contrato de trabajo adolecería de un vicio de nulidad, específicamente de nulidad absoluta, por lo que esta sería la sanción que terminaría con el referido acto jurídico. Como el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, el efecto no sería el de retrotraer a las partes hasta el estado anterior a al momento de contratar²⁹² (por la imposibilidad de que sean devueltos los montos de remuneraciones al empleador y, sobre todo, el trabajo realizado a los migrantes) sino que tendría efectos sólo para el futuro, lo que excluiría todo tipo de indemnización al trabajador.

Ahora bien, la intervención de la Inspección Provincial del Trabajo de Copiapó en este caso nos parece muy acertada puesto que, en primer lugar, aún cuando se trate de un estatuto supletorio, el derecho común sólo adquiere aplicación en el derecho especial (laboral en este caso) si es compatible con los principios de este último, así como cuando se trata de situaciones realmente análogas, como no parece ser el caso²⁹³. Así, aplicar las normas sobre falta de objeto sería erróneo puesto que “atendido que uno de los principales aspectos a tener en cuenta, es que, en la relación laboral, aparece de manifiesto que se está frente a un notorio desequilibrio del poder negociador de las partes contratantes y que los principios clásicos del Derecho Civil se manifiestan inoperantes para actuar en la materia.”. Por lo que contraría los principios laborales, ya revisados anteriormente, el que un empleador busque beneficiarse, terminando el contrato sin dar mayor explicación o aplicar una causal de despido legal, de la nulidad del contrato si es quién se encuentra en la posición ventajosa en la negociación, más aún cuando conocía de la situación migratoria de los trabajadores con los que contrató.

Adicionalmente, aún considerando lo anterior, la Inspección del Trabajo indica que el contrato en cuestión no es realmente un contrato contrario a la ley, pues ninguna

²⁹¹ JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE COPIAPÓ, RIT I-31-2013, 04 de abril 2014, considerando segundo.

²⁹² Al respecto, la doctrina indica que “En los actos de tracto sucesivo no se puede volver a las partes al estado anterior, ya que dichos actos jurídicos se perfeccionan día a día.” En: BARCÍA, Rodrigo. 2010. Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo I, Del Acto Jurídico. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.148.

²⁹³ Se sostiene, respecto de los casos ausentes de esta posibilidad que “En este escenario el procedimiento se torna inadmisibles pues los principios ya no son los mismos, existen criterios autónomos y lógicas de regulación diversa a la contenida en el Código Civil” En: OTÁROLA, Yasna. 2012. La función supletoria de las normas de derecho civil. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Volumen 3 (2): 89 – 108, p. 104.

disposición de nuestro ordenamiento jurídico prohíbe la celebración o sanciona la validez de estos contratos. El artículo 48 DLE prohíbe “a los turistas desarrollar actividades remuneradas”, esto es, a quienes tienen una visa de turista vigente, sin hacer mención a quienes se encuentren en situación migratoria irregular y más aún, en el artículo 70 LE se establece una única sanción de multa para los extranjeros que se encuentren realizando actividades remuneradas sin autorización, y no está contemplada la nulidad del contrato como sanción complementaria. Por ello, aún si aplicamos las normas civiles, no existe realmente una falta de objeto en el contrato laboral de los trabajadores migrantes irregulares, puesto que este no se encuentra prohibido por la ley.

Además de lo sostenido por la Inspección del Trabajo, parece necesario considerar también que nuestro Código Civil niega la posibilidad de reclamar la nulidad de un acto a quien “ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”²⁹⁴, por lo que un empleador que contrata a trabajadores migrantes irregulares difícilmente tendrá la facultad de solicitar la nulidad del contrato si es parte de su propia responsabilidad el verificar que la documentación migratoria de los extranjeros que emplea se encuentre en orden antes de contratarlos.

Por último, esta vía busca evitar los efectos del contrato de trabajo atacando su génesis, poniendo en entredicho la validez de este acto. Respecto de ello, ya hemos vertidos suficientes argumentos en las secciones anteriores que respaldan la posición de que el contrato de trabajo celebrado con un trabajador migrante irregular es válido ante nuestra ley y produce los mismos efectos que esta reconoce a todo contrato de trabajo.

Podemos sostener, por lo tanto, que no hay dentro de nuestro ordenamiento jurídico modo alguno en que el empleador pueda terminar el contrato de trabajo de un trabajador migrante por el mero hecho de encontrarse este en una situación migratoria irregular. Si el empleador desea terminar el contrato para evitar las sanciones del DLE, deberá esperar a que se configure alguna de las hipótesis de los artículos 159, 160 o 161 del Código del Trabajo.

²⁹⁴ Decreto con Fuerza de Ley N° 1, FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CODIGO CIVIL; DE LA LEY N°4.808, SOBRE REGISTRO CIVIL, DE LA LEY N°17.344, QUE AUTORIZA CAMBIO DE NOMBRES Y APELLIDOS, DE LA LEY N° 16.618, LEY DE MENORES, DE LA LEY N° 14.908, SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS, Y DE LA LEY N°16.271, DE IMPUESTO A LAS HERENCIAS, ASIGNACIONES Y DONACIONES. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de mayo de 2000. Artículo 1684.

b) Término del contrato en caso de expulsión.

Para los casos de despido ante una expulsión efectiva, nos encontramos con un escenario jurisprudencial más precario, puesto que los tribunales no han emitido resoluciones de las que podamos dar cuenta.

Por razones similares a las anteriormente esbozadas, excluimos la posibilidad de aplicar la causal del artículo 3 transitorio del DEL y las del artículo 160 del Código del Trabajo para el estos casos. Sin embargo, aquí existe otra posibilidad para sortear la ausencia de una causal específica de despido si se sostiene que la definitiva ejecución de la expulsión corresponde a un caso fortuito que justifica un despido en virtud del artículo 159 n° 5 del Código del Trabajo, más aún si los actos de autoridad son uno de los ejemplos de caso fortuito indicados en el artículo 45 del Código Civil (donde se define esta institución).

Esto dependerá la situación a la que nos enfrentemos. Según la Dirección del Trabajo, uno de los requisitos de caso fortuito es “que el referido hecho o suceso sea imprevisible, vale decir, que no se haya podido prever dentro de los cálculos ordinarios o corrientes”²⁹⁵, por lo que podemos excluir los casos en que el empleador estuviese informado (o debiese haberlo estado²⁹⁶) de que la expulsión ocurriría. Además del requisito de inimputabilidad, quedando excluidos aquellos casos en que el empleador contrató a migrantes irregulares a sabiendas, con el fin de aprovechar los bajos costos económicos de ello. Por esto, esta causal parece contribuir a la solución, pero por ningún motivo constituye una respuesta adecuada y sistematizada al problema planteado. Respecto de estos casos excluidos del encuadre como caso fortuito, que son una importante mayoría, se constata la ausencia de una causal de despido adecuada, por lo que no será posible despedir a estos trabajadores de forma armónica con nuestro ordenamiento laboral²⁹⁷.

A modo de conclusión, consideramos que la falta de armonización entre la normativa laboral y migratoria deriva en la desprotección jurídica del trabajador

²⁹⁵ DT. 2015. Ordinario N° 1922/034, 20 de abril de 2015.

²⁹⁶ En esta materia, es importante mencionar el artículo 74 del DLE que sanciona a quienes den ocupación a los extranjeros que no acrediten previamente su residencia o permiso de trabajo, puesto que desde este artículo podría sostenerse, ante tribunales, que un empleador diligente siempre debiese verificar el cumplimiento de estos requisitos, por lo que siempre *debiese saber* de la posibilidad de que el trabajador sea expulsado. De esta forma, podemos excluir la mayoría de los casos de la aplicación de la causal de caso fortuito.

²⁹⁷ Desde nuestra postura, esto implicará que toda terminación del contrato de trabajo con la sola causa de la expulsión podrá ser denunciada por el trabajador buscando que sea calificado como injustificado ante los tribunales laborales, en consonancia con el artículo 162 del Código del Trabajo.

migrante. Si bien el ordenamiento permite la creación de relaciones laborales, al menos desformalizadas, cuando el migrante se encuentra en irregularidad, no se hace cargo de las situaciones que engloban el eventual término de estas por causas asociadas a la irregularidad migratoria, puesto que no existe una causal de término del contrato de trabajo dentro de la que esta situación pueda ser encuadrada. Esta grave falta de certeza jurídica hace necesaria la creación de una nueva y especial causal de terminación del contrato que permita dar un término adecuado a la relación laboral, evitando que los empleadores recurran a causales injustificadas o términos fuera de la ley para conseguir este término.

Cualquier solución que se ofrezca en la materia debe equilibrar el reconocimiento a los migrantes como sujetos que deben ser protegidos de los abusos, en consonancia con el principio de igualdad y no discriminación, con las exigencias provenientes del orden público y soberanía nacional sobre las fronteras.

2.2.- Prestaciones laborales pendientes

El salario o remuneración constituye uno de los aspectos elementales de la relación laboral, “esa suele ser la causa por la cual el trabajador se contrató”²⁹⁸, subordinándose a las órdenes de un empleador, pues lo requiere para su subsistencia y sustento del propio proyecto de vida. Por lo tanto, es imprescindible que su pago sea objeto de protección de cualquier ordenamiento jurídico respetuoso de las instituciones laborales.

Precisamente, el principal aspecto de la relación laboral que arriesga ser vulnerado, una vez que un trabajador es expulsado del país, es el cobro de las prestaciones laborales cuyo pago ha quedado pendiente. Dentro del marco jurídico internacional que revisamos, el casi exclusivo reconocimiento a este derecho se realiza en la CIDTMF que, en su artículo 22.9, establece que “La expulsión del Estado de empleo no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido de conformidad con la legislación de ese Estado un trabajador migratorio o un familiar suyo, incluido el derecho a recibir los salarios y otras prestaciones que se le adeuden”.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, “el comité”) ha sostenido que quienes sean expulsados, “no deberán ser privados de ninguno de los derechos adquiridos, como el derecho a recibir los

²⁹⁸ PLÁ, Américo. 1978. Curso de Derecho Laboral, Volumen I, Tomo II. Montevideo: Acali Editorial.

salarios y otras ‘prestaciones’ que se les adeuden, por ejemplo las prestaciones de la seguridad social o el reembolso de las cotizaciones por este concepto”²⁹⁹. Concordamos con el comité en hacer una interpretación extensiva, entendiendo estas prestaciones como todas aquellas que le correspondan al trabajador en virtud de obligaciones cuya fuente sea el contrato de trabajo, incluyendo cotizaciones de carácter previsional o indemnizaciones aparejadas a un despido (como es el caso del despido por la causal del artículo 161 del código del trabajo o del despido injustificado).

El menoscabo que menciona el artículo no se encuentra especificado en el mismo instrumento, por lo que nuevamente recurriremos al comité para su adecuada comprensión. Este órgano ha indicado que “los trabajadores migratorios suelen tener problemas para interponer demandas judiciales en el Estado de empleo una vez que han regresado a su Estado de origen, debido, entre otras cosas, a las altas costas procesales o a las dificultades para aportar pruebas”³⁰⁰. De esta manera, los gastos económicos requeridos para llevar a cabo una demanda más allá de la frontera pueden terminar por hacer ilusorios los derechos que se exigen, considerando también que la prohibición de ingreso del expulsado no contribuye a esta protección.

La Organización Internacional del Trabajo ha caracterizado este problema, diagnosticando que “un abuso que es bastante común es el no pago de las remuneraciones. Los migrantes con un estatus irregular son particularmente vulnerables. Existen frecuentes informes de empleadores poco escrupulosos quienes contratan a migrantes y luego discretamente denuncian a sus propios trabajadores a las autoridades de inmigración un día antes de la fecha de pago para provocar el arresto antes de que los trabajadores puedan percibir sus remuneraciones”³⁰¹.

Frente a ello, la CIDTMF no se queda en el planteamiento genérico de este problema, sino que, por sí misma, establece un mecanismo que permite evitar el menoscabo de estos derechos en caso de expulsión en su artículo 22.6, que prescribe:

²⁹⁹ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2013., p. 17.

³⁰⁰ COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2013., p. 16.

³⁰¹ OIT. 2010. La inspección del trabajo en Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de trabajadores, Programa sobre Administración e Inspección del Trabajo. Ginebra: ILO, p. 32.

“En caso de expulsión, el interesado tendrá oportunidad razonable, antes o después de la partida, para arreglar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que se le adeuden y al cumplimiento de sus obligaciones pendientes”.

El Comité se ha pronunciado sobre esta solución, indicando que “la oportunidad de saldar reclamaciones, salarios y otras prestaciones debe ser efectiva en la práctica”³⁰². Por lo tanto, cualquier plazo que los Estados establezcan para hacer operativo este derecho debe tener en vista su cumplimiento efectivo, y no un mero reconocimiento nominal.

En nuestro propio sistema jurídico no encontramos regulación específica en la materia. Formalmente, no hay norma que prive a los extranjeros expulsados de su derecho a percibir las prestaciones laborales que se le adeuden, o que realice una distinción entre nacionales y extranjeros en el reclamo de estos derechos, sino que las complicaciones aparecen en la práctica.

Las normas generales permiten que el extranjero recurra, antes o posterior a su expulsión, a un abogado dentro de nuestro país que se encargue de perseguir el cumplimiento de estas prestaciones para que, eventualmente, sean pagadas al extranjero en el país que se encuentre³⁰³. El problema de ello, es que implica costos por envío y honorarios de los abogados cuyo monto probablemente excederá la capacidad económica del interesado, además de que la distancia con el lugar de juicio, dificulta la presentación de la prueba que este último pueda aportar (pues existirá prohibición de reingreso al país). Nuestro ordenamiento jurídico aún no cuenta con una respuesta sistemática respecto de estos problemas³⁰⁴, por lo que igualmente se producirá el menoscabo en los términos del artículo 22.9 de la CDMITF, analizado anteriormente.

La ausencia de normativa especial en la materia, deriva en que la situación laboral del trabajador y su situación migratoria operarán independientemente una de la otra. No existe disposición que establezca un plazo prudente para reclamar prestaciones laborales pendientes antes de la ejecución de la expulsión o que permita suspender esta medida hasta

³⁰² COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2013., p.16

³⁰³ Mediante la constitución de un contrato de mandato judicial, en los términos de: Ley N° 18.120, ESTABLECE NORMAS SOBRE COMPARECENCIA EN JUICIO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de abril de 1982. Artículo 2 y Ley 1552, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de agosto de 1902. Artículo 7.

³⁰⁴ Si bien existe la posibilidad de que el extranjero sea asesorado por la Corporación de Asistencia Judicial perteneciente al Ministerio de Justicia, en la práctica será imposible que el extranjero pueda acudir a alguna de sus oficinas si es que se encuentra fuera de nuestro país. Además, esa solución sólo permitiría sortear el problema de falta de recursos, más no el de la lejanía del extranjero con el lugar del juicio, impidiéndole presentar algún medio de prueba con el que cuente (como su propia declaración).

el pago íntegro de lo adeudado, vías que podrían evitar el menoscabo vedado por la normativa internacional, sorteando el problema de la lejanía trabajador-empleador o trabajador-lugar de juicio y facilitando el cobro compulsivo de los dineros adeudados. Sino que la posibilidad de que el extranjero alcance a hacer efectivos sus derechos laborales, antes de ser expulsado, quedará a la suerte de las circunstancias, producto de la ausencia de una protección segura y efectiva para hacer este cobro.

Ahora bien, los plazos de reclamo de esta clase de derechos son cortos³⁰⁵ y, como vimos, los plazos para ejecutar la expulsión se prolongan varios meses en la práctica, por lo que desde que se pierde el permiso de trabajo, por caer en irregularidad, generalmente habrá tiempo suficiente para hacer el reclamo judicial. Sin embargo, en este período, hasta que se ejecuta la medida, no desaparecerán las necesidades económicas que llevaron al extranjero a buscar trabajo desde un principio, por lo que probablemente optará por el empleo informal para satisfacerlas. Así, generalmente, serán las prestaciones provenientes de los trabajos informales las que correrán mayor peligro de no ser pagadas.

Este problema no ha sido abordado directamente por nuestra jurisprudencia. Los tribunales superiores de justicia respecto de las expulsiones no han dimensionado el aspecto laboral como un factor determinante a la hora de determinar la suerte que tendrán los decretos de expulsión.

Las resoluciones que dejan sin efecto estos decretos son aquellas donde se pondera el contexto del migrante y los principios que se encuentran en juego, más allá del cumplimiento reglamentario de los requisitos para decretar la medida. Entre los principales aspectos ponderados encontramos la falta de razonabilidad de la medida³⁰⁶, la diligencia o disposición que el extranjero manifestó para la regularización de su situación migratoria³⁰⁷, el interés superior de los hijos y la protección a la familia que el extranjero

³⁰⁵ Los plazos que contiene nuestro Código del Trabajo para el reclamo de este tipo de derechos van desde los 60 días para reclamar un despido injustificado (artículo 168), seis meses para reclamar la nulidad del despido (artículo 162) y prestaciones laborales impagas luego de terminada la relación laboral (artículo 510).

³⁰⁶ Para estos casos, los tribunales han requerido “una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad, máxime si con ella se afecta un derecho fundamental, como lo es en este caso la libertad personal de los afectados.” En: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3.813-2013, 12 de junio de 2013, considerando quinto. En el mismo sentido se falló por el mismo tribunal en las sentencias ROL 2.311-2013, 22 de abril de 2013; ROL 2.313-2013, 23 de abril de 2013 y ROL 2.314-2013, 16 de abril de 2013. .

³⁰⁷ En este sentido: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ROL 1.805-2013, 27 de marzo de 2013; ROL 2.311-2013, 22 de abril de 2013; ROL 4.565-2013, 18 de julio de 2013 y ROL 2.314-2013, 16 de abril de 2013. En esta última, se complementa con la ausencia de antecedentes penales del extranjero.

ha formado en nuestro país y que corre peligro de verse desintegrada al concretarse la expulsión³⁰⁸.

Esta última, aparece como la razón más poderosa para esgrimir en sede judicial, pues sirve como argumento principal en la mayoría de los reclamos, mientras el resto de los elementos sirven de refuerzo al primero. Así, se ha resuelto que “Este procedimiento que se impone a la recurrente conlleva el atropello no solo del derecho a la libertad de desplazamiento de que goza la recurrente, sino que también vulnera los derechos de protección del niño y de la integridad de la familia que la misma Constitución Política garantiza a la amparada y a los suyos”³⁰⁹.

Sin perjuicio de ello, las relaciones laborales sólo se consideran como información adicional para caracterizar el contexto de la persona, sin un efecto concreto en la decisión. En el mejor de los casos, la Corte Suprema ha reprochado a la Corte de Apelaciones que conoce del asunto el que “tampoco se hace alusión a su situación personal o laboral real”³¹⁰ al momento de ponderar los hechos, sin ahondar en la influencia que esto podría tener en la sentencia. Ante esta ausencia de consideraciones laborales no es de sorprender que, hasta ahora, no hayamos podido encontrar resoluciones que hagan alusión a las prestaciones laborales pendientes, menos aún algún tipo de efecto suspensivo para asegurar que estas sean debidamente enteradas al extranjero³¹¹.

Los órganos administrativos no lo han hecho mucho mejor, la Inspección del Trabajo no ha emitido dictámenes que traten este tema directamente. Los esfuerzos de este organismo para hacer frente a las problemáticas que enfrentan los trabajadores extranjeros se han concretado de forma sumamente reciente³¹² y su intervención, hasta la fecha, se remite a interpretar algunos temas muy específicos, como el número de trabajadores extranjeros dentro de una empresa y el concepto de “técnico” para efectos de

³⁰⁸ En este sentido ha fallado en: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ROL 3.867-2010, 25 de julio de 2013; ROL 1.805-2013, 27 de marzo de 2013; ROL 2.311-2013, 22 de abril de 2013; ROL 3.813-2013, 12 de junio de 2013; ROL 4.565-2013, 18 de julio de 2013; ROL 624-2014, 29 de enero de 2014; y ROL 7.018-2012, 14 de septiembre de 2014.

³⁰⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rol 4.565-2013, 18 de julio de 2013, considerando quinto.

³¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rol 6.650-2013, 09 de septiembre de 2013.

³¹¹ Si bien este tipo de efecto no se encuentra establecido de forma explícita en nuestro ordenamiento nacional, cabe recordar que la CIDMTF constituye derecho vigente en tanto está ratificada por nuestro país, por lo que una sentencia que decretase este efecto suspensivo puede basarse en el derecho consagrado en su artículo 22.6 anteriormente citado, como vía para cumplir la finalidad de la norma.

³¹² DT. 2015. Dirección del Trabajo, CUT y Vicaría de Pastoral Social protegerán derechos laborales de los trabajadores inmigrantes. Fecha 26 de octubre de 2015. [En línea]: <http://www.dt.gob.cl/prensa/1618/w3-article-107539.html> [consulta: 14 septiembre 2016].

la legislación previsional anteriormente analizada. Por ello, aún no se han pronunciado en cuanto a estas prestaciones laborales pendientes.

Concluimos que nuestro ordenamiento jurídico no contempla, en los términos de la CDMITF, un plazo anterior o posterior para el cobro de estas prestaciones pendientes, y tampoco ha creado mecanismo alguno que permita evitar el menoscabo en los términos del 22.9, que puede o no ocurrir en atención a la independencia de plazos entre expulsión y reclamo de las prestaciones.

No existe convenio alguno de cooperación con otros países (ni tampoco un procedimiento especial u organismos dedicados) para hacer expedito este cobro de prestaciones a través de las fronteras, haciéndose ilusoria, finalmente, la posibilidad de su goce efectivo.

Por ello es que, tomando en cuenta la opinión consultiva de la Corte Interamericana analizada en el capítulo anterior, consideramos que el Estado de Chile ha omitido las obligaciones que surgen desde que los resultados vulneratorios producidos por su regulación no han sido enfrentados de forma activa para subsanarlos. Como vimos, el principio de igualdad llama a “tratar diferente a lo que es diferente” y, en este caso, es manifiesto que los trabajadores migrantes irregulares se encuentran en una situación más vulnerable que los trabajadores nacionales y migrantes regulares en el goce de sus prestaciones laborales. Por ello es que la obligación de garantía de los derechos humanos, en este caso, requiere que el Estado genere las vías que sean necesarias y efectivas para que tanto extranjeros como nacionales gocen de su derecho a percibir las prestaciones laborales en igualdad de condiciones.

2.3.- Cotizaciones seguridad social

Ya hemos revisado que estos montos, si bien son parte del patrimonio del trabajador, no terminan directamente bajo su administración. En nuestro sistema, estos se irán a los fondos de la AFP a la que se encuentren afiliados y podrán retirarse paulatinamente, en forma de una pensión, una vez que el trabajador alcance la edad de jubilación.

En razón de esta naturaleza, la hipótesis que analizaremos en esta sección no será la del trabajador migrante cuyas cotizaciones se encuentran impagas, puesto que la

consideramos cubierta en el apartado anterior³¹³. Nuestro caso base será el del migrante que, habiendo efectivamente cotizado en las instituciones de seguridad social de Chile, es expulsado. Nos preguntaremos si el ordenamiento jurídico protege el derecho a la seguridad social del extranjero.

Como vimos en el capítulo anterior, nuestra legislación no hace diferencias en lo formal más allá de la regulación para los trabajadores técnicos. Además, considerando el principio de igualdad y no discriminación en materia de seguridad social, entendemos que hay un consenso en que los trabajadores migrantes tendrán el mismo trato en la materia que los nacionales³¹⁴.

Ahora bien, surgen complicaciones particulares cuando los montos cotizados y el eventual pensionado se encuentran en países distintos. Los Estados han respondido a estas necesidades mediante la suscripción de los convenios internacionales de seguridad social.

En atención a su gran cantidad, indagaremos sólo en aquellos convenios con países que tengan mayor presencia migratoria en nuestro país³¹⁵ (Perú, Argentina, Bolivia y Colombia), además del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social³¹⁶, por ser el instrumento suscrito por Chile que mejor se proyecta para coordinar estos regímenes en la región.

En general, estos convenios son bastante similares en las instituciones que regulan. En todos ellos se establece la igualdad de trato en materia previsional como fuente y principio del sistema de seguridad social. Están pensados, principalmente, para la coordinación entre sistemas de reparto, donde el período en el que se cotiza o “período de seguro” debe alcanzar un tiempo mínimo para acceder o postular a una pensión de vejez, por ello se incluyen mecanismos de “totalización de períodos de pensión” consistentes en

³¹³ Con la particularidad de que el artículo 162 del Código del Trabajo permite al trabajador, en caso de cotizaciones impagas, demandar la nulidad del despido ante los juzgados de letras del trabajo, suspendiéndose parcialmente el contrato de trabajo (el empleador deberá seguir pagando el salario, pero el trabajador no tendrá que seguir prestando servicios) hasta que sean enteradas estas cotizaciones.

³¹⁴ Como lo ha sostenido nuestra Dirección del Trabajo, “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.” en: DT. Ordinario N° 1539/017, 28 de marzo de 2013.

³¹⁵ Podemos encontrar una lista completa de los convenios de seguridad social suscritos por Chile en: CHILE. SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. [en línea]: <https://www.spensiones.cl/portal/regulacion/582/w3-propertyvalue-5936.html> [consulta: 14 septiembre 2016].

³¹⁶ Promulgado en nuestro país mediante: Decreto N° 76, PROMULGA EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 11 de mayo de 2011.

que “que todas las cotizaciones llevadas a efecto por un trabajador en cualquier Estado miembro durante su vida laboral tienen el mismo valor que si se hubieran realizado de continuo en el Estado miembro competente para hacer efectiva la prestación de que se trate. Por lo tanto, cuando el Estado miembro exija un cómputo mínimo de cotizaciones para generar el derecho a una determinada prestación de seguridad social, las cotizaciones ajenas a su sistema se computarán la misma medida que si se hubieran efectuado en él”³¹⁷.

En cuanto a los convenios en específico, en primer lugar, abordaremos los casos de Colombia³¹⁸ y Argentina³¹⁹, que trataremos conjuntamente en atención a las similitudes que presentan.

Para los nacionales argentinos y colombianos, ambos convenios contemplan el mecanismo de “exportación de pensiones”, que consiste en el “pago de la pensión concedida por una de las Partes, en el territorio de la otra, sin descuentos administrativos”³²⁰. Los extranjeros que han cotizado en nuestro país, para acceder a este derecho, deberán realizar la solicitud correspondiente en el “organismo de enlace” en su propio país que se coordinará con la Superintendencia de Pensiones chilena, para que la AFP donde se encuentren cotizados estos montos se haga cargo de las transferencias correspondientes³²¹. Lo beneficioso de esta vía es que evita que la pensión disminuya por los gastos que implica la distancia con el extranjero, que serán asumidos por la misma AFP.

De esta forma, los montos cotizados no se quedarán atrapados en Chile, sino que podrán ser gozados por el extranjero en su país de origen. Pero hay que advertir que la exportación no implica la transferencia de fondos, por lo que el extranjero sólo podrá recuperar lo cotizado una vez haya alcanzado la edad de jubilación en su país de origen.

³¹⁷ PÉREZ, Ana María y CARPENA, José María. 2005. La Seguridad Social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro. *Revista del ministerio del trabajo y asuntos sociales* (59): 191-211, p. 196.

³¹⁸ Promulgado en nuestro país mediante: Decreto N° 193, PROMULGA EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE CHILE Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de agosto de 2008.

³¹⁹ Promulgado en nuestro país mediante: Decreto N° 164, PROMULGA EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE CHILE Y LA REPÚBLICA DE ARGENTINA Y EL ACUERDO MODIFICATORIO AL MISMO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 06 de noviembre de 2009.

³²⁰ CHILE. SUBSECRETARIA DE PREVISIÓN SOCIAL. 2016. Convenios internacionales de seguridad social: la experiencia chilena, 2016. [en línea]: <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/convenios-internacionales/presentacion-convenios-subsecretaria-agosto-2016.ppt> [consulta: 09 septiembre 2016].

³²¹ El procedimiento en específico en nuestro país se encuentra pormenorizado en: CHILE. SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. 2005. Compendio de normas del sistema de pensiones, libro III, título IV y, de la misma institución, Circular N° 1252, 05 de marzo de 2005.

En segundo lugar, tenemos el convenio con Perú³²² en el que, a diferencia de todos los demás, se manifiesta concretamente la coordinación entre sistemas de capitalización individual. Por ello, sin perjuicio de contemplarse la exportación de pensiones, contiene también la posibilidad de que los fondos cotizados por un nacional de Perú en una AFP chilena sean trasladados a la cuenta que este tenga en el sistema de seguridad social de Perú (y viceversa).

Para ello, tendrá que cumplir con los siguientes requisitos³²³:

- a) Tener residencia definitiva en el país al que se trasladarán los fondos y,
- b) Registrar cotizaciones por, al menos, 60 meses o tener la calidad de pensionado en el país al que se trasladarán los fondos.

En los sistemas de capitalización individual, el monto de la pensión final depende de la cantidad de dinero acumulada en la cuenta al momento de jubilar. Por ello, tiene más sentido el que las cotizaciones se concentren en una sola cuenta, que el gozar de una pensión pagada desde el extranjero adicional a la pensión que se recibe en el propio país.

Sin perjuicio de lo útil del traslado de fondos, no ha estado exento de críticas, sobre todo, en atención al requisito de 60 meses (5 años) cotizando en el sistema. Compartimos la postura de la doctrina que sostiene que “es entendible que, para una persona migrante, con relativamente bajos ingresos y conocimiento del sistema chileno y con una expectativa inicial de menos de 5 años de trabajo en Chile, pueda resultar inconveniente afiliarse al sistema previsional chileno”³²⁴. Este requisito también resulta excesivo al considerar que alcanzar sesenta meses de cotización está supeditado, en la práctica, a encontrarse empleado continuamente y de manera formal por esa misma cantidad de tiempo, meta que puede requerir mucho más que cinco años para ser alcanzada.

En tercer lugar, para el caso de Bolivia, no existe aún un convenio bilateral. Sin embargo, este país y el nuestro son parte de un esfuerzo multilateral en materia de seguridad social para suplir este vacío. Se trata del Convenio Multilateral Iberoamericano

³²² Promulgado en nuestro país mediante: Decreto N° 37, PROMULGA EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL CON GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de febrero de 2004.

³²³ Decreto N° 37. Año 2004., Artículo 18.

³²⁴ CAMMAGE, Sarah y HELMREICH, Anne. 2013. Migración y mercados laborales en Chile: un trabajo decente para todos. En: Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración. Santiago: Centro Democracia y Comunidad, p.55.

de Seguridad Social, instancia que busca unificar las disposiciones de los distintos convenios bilaterales y que agrupa un número considerable de países³²⁵.

En la misma tónica de los instrumentos ya citados, el convenio contiene disposiciones sobre igualdad de trato y totalización de períodos de seguro. Además de un mecanismo de exportación de pensiones en términos muy similares a los que ya revisamos.

Un aspecto muy valorable de este convenio es que toma en consideración que los Estados ratificantes presentan sistemas de seguridad social diversos, algunos basados en el reparto y otros basados en el ahorro, por lo que dedica una sección a la coordinación entre estos sistemas. Contiene la posibilidad de considerar los períodos cotizados en los sistemas de capitalización individual para el caso de los sistemas de reparto que requieren de períodos mínimos para acceder a una pensión. Así como el derecho a cotizar voluntariamente en el sistema de capitalización individual de un Estado mientras se cotiza obligatoriamente en otro, en atención a la importancia de acumular la mayor cantidad de dinero en la cuenta de capitalización individual para acceder a una pensión más alta.

Sin embargo, una falencia importante la detectamos que no contempla un mecanismo de transferencia de fondos de forma directa, sino la mera posibilidad de que los Estados acuerden esta modalidad, como vimos ocurre en el caso de Perú. Por lo tanto, la exportación de pensiones es la única posibilidad que tiene aquel extranjero que desee recuperar los montos cotizados.

En resumen, el texto de los convenios nos presenta caminos útiles a la protección de las cotizaciones y pensión de aquel migrante que deja el territorio de nuestro país (sea voluntariamente o mediante una expulsión), pero la falta de coordinación entre todos los convenios implica que el nivel de esta protección dependerá de la nacionalidad del migrante, estando vedada para la mayoría de estos la posibilidad de transferir los fondos de su cuenta de capitalización, situación que es compleja considerando que nuestro sistema se basa en la capitalización individual.

Además, en la práctica, las vías que estos convenios contemplan se han visto obstaculizadas en su aplicación concreta por la falta de ratificación de estos instrumentos y por la desinformación entre sus principales beneficiarios³²⁶. Si bien no se trata de un

³²⁵ A la fecha de entrega de esta investigación, el convenio se encontraba en estado de aplicación efectiva en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Portugal y Uruguay.

³²⁶ Encontramos este punto de vista en: Cammage, Sarah y Helmreich, Anne. 2013., p. 54. y Diario Uchile. Migrantes acusan discriminación por parte de las AFP. Fecha 03 de abril 2016. [en línea]:

problema netamente jurídico, igualmente es una obligación del Estado realizar las acciones necesarias para que los instrumentos que ratifica se encuentren completamente operativos.

Además, como crítica a los convenios en general y al Convenio Multilateral Iberoamericano en particular, se ha sostenido por la doctrina que el “Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, no cubre todas las ramas de la seguridad social. Este posee un ámbito de aplicación materia limitado. Cubriéndose los pagos periódicos de regímenes contributivos: invalidez, vejez, sobrevivientes, accidentes y enfermedades profesionales”³²⁷, excluyéndose de su cobertura, por ejemplo, el ámbito de las prestaciones de salud.

De forma anterior a estos convenios, se nos presenta otra oportunidad para la protección a las pensiones de un trabajador migrante. Como vimos anteriormente, si el trabajador es “técnico”³²⁸, podrá recurrir a los derechos establecidos en la ley 18.156 y eximirse de la obligación de cotizar en nuestro país. Adicionalmente, si ya se han enterado cotizaciones, el extranjero podrá solicitar que le sean devueltas y, en la hipótesis de expulsión, podrá hacer el trámite correspondiente antes de la ejecución de la medida (en atención a los amplios plazos que ocurren en la práctica).

No nos explicamos la razón de que solamente los técnicos tengan esta posibilidad, compartiendo la crítica que realizan algunas organizaciones de migrantes en nuestro país³²⁹. Esta distinción entre trabajadores técnicos y “no técnicos”, no parece ser un criterio relevante para la situación que tratamos: trabajadores migrantes que cotizan en nuestro país y que deben encontrarse afiliados a otro sistema que les asegure una pensión de vejez. La calidad de técnico, por si misma, no altera los elementos para la concreción del que debiese ser el objetivo de la ley, la protección del derecho a la seguridad social de los extranjeros. Por lo tanto, la distinción no se encuentra debidamente justificada, constituyendo una vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

<http://radio.uchile.cl/2016/04/03/migrantes-acusan-discriminacion-por-parte-de-las-afps/> [consulta: 15 septiembre 2016].

³²⁷ ARELLANO, Pablo. 2012. Trabajadores migrantes y seguridad social: aproximación nacional e internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a las prestaciones, I parte. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Volumen 3 (6): 87 – 109, pp. 106 y 107.

³²⁸ La superintendencia de pensiones define a estos trabajadores como aquellos “que posean conocimientos de una ciencia o arte, que puedan ser acreditados mediante documentos justificativos de estudios especializados o profesionales debidamente legalizados y, en su caso, traducidos oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores” en: CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. 1988.

³²⁹ MOVIMIENTO ACCIÓN MIGRANTE. 2014. Agenda corta con medidas urgentes en relación a la migración. [en línea]: <http://www.mamchile.cl/?p=117> [consulta: 15 de septiembre 2016].

Además, como ha señalado la doctrina, si bien este derecho parece un beneficio que permite al extranjero recuperar directamente estos montos, “no se estaría cumpliendo con el objetivo de que el trabajador migrante logre una continuidad en las prestaciones. El trabajador termina sus labores en el país, retira sus cotizaciones, pero estas no le servirán para obtener derecho a una pensión”³³⁰. Nada nos asegura que esos montos recuperados vayan a parar a los fondos de seguridad social del migrante (por lo general, tampoco podrá depositarlos de una sola vez), provocando una pensión más baja por la falta de esos ahorros (en modelos de capitalización individual), o generando el riesgo de que los períodos de cotización efectiva no sean suficientes para acceder a una pensión (en modelos de reparto).

En conclusión, en caso de expulsión, el trabajador migrante tendrá distintas vías para proteger y gozar de los fondos que no salen del país junto a él. Sin embargo, estos caminos, y su efectividad, están supeditados a variables como la nacionalidad o la calidad de técnico, fallando en otorgar un camino igualitario para todos los migrantes. Entendemos que la uniformidad en el caso de los convenios es casi imposible de conseguir, pero se hace necesario idear mecanismos nuevos que permitan a los migrantes no sólo proteger su derecho constitucional a la seguridad social, sino que gozar de sus pensiones en igualdad de condiciones con los trabajadores nacionales y otros trabajadores extranjeros.

³³⁰ ARELLANO, Pablo. 2013. Propiedad sobre los fondos de pensiones y continuidad de las prestaciones para los trabajadores técnicos extranjeros. *Revista Ius et Praxis*, vol. 19 (2): 509 – 516, p. 514.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- Conclusiones

En el contexto actual, Chile se ha constituido en un país receptor de migrantes. Sin embargo, pese a la normativa internacional, constitucional y legal que rige en el país, pudimos apreciar que el mandato de promoción, respeto y garantía de los derechos humanos, no se cumple respecto de los migrantes.

En este sentido, dado el carácter predominantemente laboral de la migración, profundizar en la relación “migrante” y “trabajo” es esencial, pues el trabajo constituye un factor relevante para el proyecto migratorio, con una importancia tridimensional para el migrante a nivel personal, social y jurídico. A nivel personal, pudimos apreciar que el móvil se concreta principalmente mediante la satisfacción y financiamiento de las necesidades básicas de los migrantes y sus familias (tanto en el país como en el extranjero). A nivel social, el trabajo se aprecia como uno de los principales valores y motivos de inclusión comunitaria de los migrantes, en un contexto marcado por la xenofobia y la asociación del migrante a actividades delictuales en los medios de comunicación social. A nivel jurídico, entendimos que el trabajo asalariado constituye una garantía de estabilidad migratoria, en tanto requisito para la obtención de la mayor parte de los permisos migratorios.

En este último sentido, en el plano jurídico, es donde podemos contribuir de mejor manera para visibilizar y concientizar respecto de las afectaciones de derecho que integran la vida cotidiana del trabajo asalariado migrante. Por ello, resultó fundamental cuestionar la relación existente entre legislación migratoria y ejercicio de derechos laborales.

Lo que planteamos en un inicio era cierto. La legislación migratoria efectivamente contribuye e incide en la vulneración del ejercicio de los derechos laborales de los migrantes.

En este trabajo, pudimos constatar una serie de limitaciones para la obtención de la situación migratoria irregular. Así, el amplio catálogo de causales de rechazo y revocación

de permisos migratorios, el espacio de discrecionalidad administrativa de la autoridad migratoria y la falta de proporcionalidad en la aplicación de sanciones administrativas, constituyen (entre otros factores) un entorpecimiento legal para la regularización de la situación migratoria.

De esta forma, evidenciando las limitaciones que impone la legislación en la residencia migrante, entendimos que esta situación se ve reflejada en el ejercicio de sus derechos laborales, que se manifiesta tanto en la estimulación de informalidad laboral, como en el incumplimiento de las normas del trabajo al momento de expulsar a los migrantes.

Respecto de la informalidad laboral, entendimos que sus principales consecuencias se radican tanto en la desprotección jurídica que implica, como así también en su constitución como un factor que puede determinar la realización de infracciones migratorias. ¿Qué significa en términos prácticos?: la precarización del trabajo migrante, al margen del ámbito de protección que otorga el Código del Trabajo en su relación con el capital. A su vez, dadas las limitaciones de la normativa migratoria, el empleo informal no tendrá la aptitud para asegurar la estabilidad migratoria, favoreciendo la realización de infracciones como el trabajo no autorizado por la autoridad administrativa, o bien, la simulación de contratos de trabajo con el ánimo de regularizar la situación migratoria. La gravedad de esta situación radica en que el principal factor de inclusión migrante -el trabajo- se desenvuelve en un marco en el que se ha naturalizado la vulneración de derechos, lo cual lleva a la siguiente paradoja: el reconocimiento mediante el trabajo asalariado sin el reconocimiento de la calidad de trabajador respecto del ejercicio de los derechos que le pertenecen por su calidad de tal.

Respecto de las vulneraciones de derecho que tienen lugar ante la expulsión de los migrantes, pudimos constatar nuevamente la falta de armonización entre la normativa laboral y migratoria. Así, no hay regulación vigente que aborde la situación de aquellos migrantes que son expulsados del país, cuyas relaciones laborales se mantienen vigentes. Ello, cobra particular importancia respecto de las prestaciones laborales originadas en favor del trabajador migrante, como producto de su trabajo asalariado. ¿Qué sucede con ellas? Pese a existir tratados internacionales que obligan al Estado Chileno a proteger su cumplimiento efectivo, no existen mecanismos especiales que puedan garantizar el cobro y pago de prestaciones laborales adeudadas a migrantes expulsados del país. Asimismo,

respecto de las cotizaciones de seguridad social, si bien existen mecanismos que facilitan su traslado al país de origen de los migrantes expulsados, no se garantiza el derecho a la seguridad social de forma igualitaria entre migrantes. Es más, dichos mecanismos no se ajustan a la lógica que inspira la seguridad social, pues solamente aseguran la devolución del dinero cotizado en Chile.

A nuestro juicio, esta investigación contribuye a visibilizar un ámbito específico de vulneración a propósito del ejercicio de los derechos humanos migrantes. Todo ello, se sitúa en un contexto nacional en el que desde 2006, con la “revolución de los pingüinos”³³¹, los movimientos sociales han tomado parte en el debate público, cuestionando el rol del mercado en cuanto al ejercicio de derechos sociales, económicos y culturales. Esta discusión, también debe darse a propósito de los migrantes, pues la experiencia demuestra que el mercado no es capaz de regular el fenómeno migratorio de forma satisfactoria. Dejar el destino de los migrantes en Chile al libre juego del *laissez-faire*, constituye una gran falta de responsabilidad y sentido de bien común, pues ya conocemos los abusos a los que se ven sometidos en el marco jurídico vigente.

Existe, entonces, un gran desafío para la construcción de políticas públicas en materia migratoria. Reconocemos que existe un despertar reciente de la institucionalidad respecto del fenómeno migratorio, sin embargo, entendemos que los avances dados siguen siendo tímidos ante la magnitud de vulneraciones que viven los migrantes en lo cotidiano. Actualmente el fenómeno migratorio se ha tomado el espacio del debate público, pero de mala forma. Suele abordarse desde la perspectiva de la criminalización, al acentuar la comisión de delitos por personas migrantes, o bien, desde la perspectiva de la “invasión”, sobredimensionando la cantidad de migrantes que actualmente residen en el país. El Estado chileno tiene el deber de hacerse cargo de las discriminaciones y constantes afectaciones al principio de igualdad que sufren los migrantes, pues, de otra forma, los tratados internacionales vigentes y los derechos constitucionales asentados en el sistema jurídico constituirán letra muerta.

³³¹ Denominación que se le otorga al movimiento estudiantil del 2006 en Chile, en el que los estudiantes secundarios cuestionaron el rol del mercado en el sistema de educación, elevando protestas a nivel nacional. Para más información, ver: DÍAZ LAVANCHY, J. 2008. Documental: la revolución de los pingüinos. Santiago, Chile. [en línea]: <https://vimeo.com/167828838> [consulta: 19/01/17].

2.- Recomendaciones

Para contribuir a la construcción de medidas de solución a los problemas jurídicos expuestos, y considerando que prontamente se enviará un proyecto de ley de migraciones al Congreso, proponemos las siguientes recomendaciones³³², todas ellas, con el fin de cumplir con las obligaciones internacionales, garantizando los derechos humanos en materia migratoria y el pleno ejercicio de los derechos laborales de los migrantes:

2.1.- Recomendaciones de carácter general

- i. Nueva Ley de Migraciones: con el fin de establecer una legislación respetuosa de los derechos humanos migrantes, las comunidades migrantes y diversos organismos institucionales han planteado la necesidad de promulgar una nueva ley de migraciones. Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado explícitamente que “el Estado de Chile debe acelerar la aprobación del proyecto de ley sobre inmigración que garantice plenamente los derechos protegidos por el Pacto”³³³.
- ii. Ratificación del Acuerdo de Residencia del Mercosur para los nacionales de Colombia, Ecuador y Perú: dadas las facilidades que establece este acuerdo para la obtención de la regularidad migratoria, se hace necesario extenderlo a nacionales de dichos países.
- iii. Creación de un Servicio descentralizado de Migraciones con injerencia directa en todas las regiones del país, sin intermediación de Intendencias Regionales.
- iv. Control Fronterizo directo: Es necesario que funcionarios del DEM hagan el control de ingreso de migrantes, pues otorgan más garantías que la policía en el

³³² Estas recomendaciones fueron elaboradas considerando las propuestas de reformas legales y políticas públicas que ha realizado la comunidad migrante. Para más información, consultar: INDH. 2013. Declaración de comunidades de migrantes ante coyuntura electoral para reflexionar y aportar propuestas al debate sobre legislación y política migratoria en Chile. [en línea]: <http://www.indh.cl/declaracion-de-comunidades-de-migrantes-ante-coyuntura-electoral-para-reflexionar-y-aportar-propuestas-al-debate-sobre-legislacion-y-politica-migratoria-en-chile> [consulta: 19/01/17]; MAM Chile. 2014. Agenda corta con medidas urgentes en relación a la migración. [en línea]: <http://www.mamchile.cl/?p=117> [consulta: 19/01/17].

³³³ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. ONU. VI Informe del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 13 de agosto de 2014, Obs. 23. [en línea]: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/CHL/CO/6&Lang=Sp [consulta: 19/01/17]. apud BASSA, J. y TORRES, F. 2015. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2, 2015. Talca, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 108.

ejercicio de facultades discrecionales. Tal como se señaló anteriormente, Argentina implementó un sistema bajo esta modalidad, posicionándose como un ejemplo a nivel regional.

2.2.- Recomendaciones de carácter especial

- i. Nuevo sistema de visados: es necesario implementar una “visa multiuso” que tenga la duración de un año, renovable por una vez, con el fin de obtener la permanencia definitiva en dos años. Esta visa permitiría que los migrantes puedan desarrollar cualquier actividad lícita en Chile, que no dependa exclusivamente de un contrato de trabajo, entendiendo que “es necesario separar el acceso a derechos de los migrantes de su condición laboral”³³⁴. Además, permitiría aliviar la carga de trabajo del DEM, por la burocracia que implica el cambio y renovación de las visas que actualmente establece la legislación³³⁵.

Además, el establecimiento de una “visa multiuso” o de un sistema flexible de visados, debe consagrarse a nivel legal, pues la regulación reglamentaria queda sujeta a la voluntad política de los gobiernos de turno.

- ii. Ejercicio gradual de discrecionalidad administrativa: eliminar las causales facultativas de prohibición de ingreso y de revocación o rechazo de permisos migratorios. Además, el ejercicio de las facultades otorgadas al DEM debe ajustarse al marco internacional de derechos humanos. Esto significa, que en cada actuación que se realice, deberá existir un ejercicio de ponderación de derechos por mandato legal, respetuoso del principio de proporcionalidad. Actualmente, en ausencia de una nueva regulación, puede lograrse mediante la dictación de circulares administrativas que dispongan una unificación de criterios para el uso de la Unidad Jurídica del DEM. Así, por ejemplo, respecto de quienes continuaren en el país después de haberse vencido sus permisos de residencia (artículo 71 DLE) puede fijarse que la expulsión constituirá una medida de *ultima ratio*, mediante el uso preferente y previo de las sanciones de amonestación escrita y multa, en ejercicio de las atribuciones del artículo 72 bis DLE.

³³⁴ THAYER, L. 2015.

³³⁵ Esta es una propuesta de MAM Chile. Para una mayor comprensión de esta, consultar video explicativo: MAM Chile. 2014. Nueva Ley Migratoria en Chile. [en línea]: <https://www.youtube.com/watch?v=kyODTvdbx5k> [consulta: 19/01/17].

- iii. Utilización de facultad de reconsideración por nuevos antecedentes (142 bis RE): en el tenor de lo anterior, puede incrementarse la utilización de la facultad de reconsideración por nuevos antecedentes, dejando sin efecto aquellas resoluciones que rechacen o revoquen permisos de residencia, con el fin de fomentar la regularización migratoria. Esto, permitiría regularizar permanentemente a los migrantes en situación irregular que cumplan con los requisitos legales respectivos, sin la necesidad de abrir procesos de amnistía migratoria de carácter extraordinario; todo lo cual, se enmarca dentro de las atribuciones del DEM para “disponer la regularización de la permanencia de los extranjeros que hubieren ingresado o residan en Chile irregularmente u ordenar su salida o expulsión”³³⁶.
- iv. Visas especiales para expulsados: con ello, podrán trabajar de forma regular en Chile mientras se revisa su eventual expulsión del país en sede administrativa y/o judicial. Esta visa provisoria puede plantearse con las mismas limitaciones que se utilizaron en la regulación de la visa para condenados en el artículo 143 inciso 2º RE; es decir, deberá ser “restringida en su plazo de validez” y “prorrogable sucesivamente” (en este caso, hasta la dictación de una sentencia firme y ejecutoriada que ordene la expulsión del migrante).
- v. Flexibilización de requisitos para entrega de permisos de trabajo: dado que la realización de actividades remuneradas se realiza con independencia de la concesión de permisos de trabajo, es necesario que se aminoren o flexibilicen los requisitos para su entrega. Otra alternativa es que, al momento de solicitar un permiso migratorio, se otorgue inmediatamente un permiso de trabajo provisoria (sin esperar a la entrega de la “visa en trámite”), cuya vigencia estará sujeta al resultado de la regularización migratoria.
- vi. Facilitar convalidación de títulos profesionales: si bien este asunto es de competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores, es necesario un procedimiento simplificado de convalidación de títulos profesionales que garantice que los migrantes técnicos y/o profesionales puedan desempeñar su profesión u oficio en Chile.
- vii. Defensoría de Migrantes: encargada de velar por casos relacionados a ley de extranjería, como así también, respecto de aquellas materias que requieran más

³³⁶ Artículo 91 N° 8 DLE.

atención. Además, es necesario fortalecer la institucionalidad vigente en las Unidades Especiales de Migrantes en la Defensoría Penal Pública y en la Defensoría Laboral. En este último caso, debiese existir representación de migrantes expulsados para el cumplimiento de sus prestaciones laborales adeudadas.

- viii. A nivel jurisprudencial: es necesaria la inclusión de “criterios legales que permitan orientar la ponderación o proporcionalidad en la determinación y aplicación de dichas medidas”³³⁷. Adicionalmente, se hace urgente que los Tribunales de Justicia incluyan el principio *pro hominem* dentro de sus ejercicios de razonamiento, entendiendo que “debe primar el estándar internacional, el cual indica que, no obstante haber ingresado en contravención a las disposiciones legales que regulan el ingreso al país, se debe considerar la concurrencia de nuevas circunstancias de hecho que permitieran regularizar la situación migratoria del extranjero afectado”³³⁸. En los hechos, esto permitiría considerar como nueva circunstancia la existencia de una relación laboral vigente, en favor de la persona migrante.
- ix. Eliminar obligación de organismos públicos de denunciar a migrantes en situación irregular: los migrantes están al tanto de esta situación y, respecto de la Dirección del Trabajo, se genera un efecto adverso en cuanto a la denuncia de vulneraciones de derechos laborales. Nos parece, como principio general, que las denuncias de vulneraciones de derechos no pueden llevar aparejada una sanción administrativa, pues opera como un efecto de disuasión que mantiene dichas vulneraciones, impidiendo el cumplimiento de la regulación laboral (misión institucional de la Dirección del Trabajo).
- x. Programas de inserción laboral para migrantes y capacitación sobre la institucionalidad laboral.
- xi. Establecimiento de mecanismos que permitan el pago de prestaciones laborales adeudadas a migrantes expulsados: las modalidades que podría tener este mecanismo son diversas, pudiendo establecerse un efecto suspensivo (en el procedimiento de expulsión) ante una demanda de prestaciones laborales interpuesta por el migrante sujeto a la sanción; un procedimiento de breve

³³⁷ Bassa y Torres. 2015., p. 114

³³⁸ DÍAZ TOLOSA, R. 2016. Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: examen de compatibilidad con los estándares internacionales. Revista Tribuna Internacional, Vol. 5, N° 9, p. 152.

tramitación para la determinación y cobro de las prestaciones laborales de los migrantes en esta situación; organismos dedicados al cobro de estas prestaciones cuya representación subsista aun cuando el migrante haya vuelto a su país de origen (en armonía con la creación de una defensoría de migrantes); entre otros mecanismos. Lo que se debe evitar es la mera referencia a la protección de estas prestaciones en la ley, sin que tenga una aplicación efectiva en el procedimiento de expulsión.

- xii. Fiscalización y mejoramiento de las disposiciones de los convenios de seguridad social: Como vimos, existen disposiciones en estos convenios que contemplan derechos de gran utilidad, pero que imponen severos obstáculos para su goce efectivo. Por ello, es necesario que se unifiquen en un solo instrumento, que sea revisado con el objeto de remover todas aquellas trabas que impiden a los migrantes el goce efectivo de los derechos que enuncian. En ese sentido, reconocemos la labor realizada con el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, pese a que aún no contemple derechos suficientemente armónicos con los distintos sistemas de seguridad social dentro de la región.
- xiii. Creación de normativa unificadora en materia de seguridad social: Para evitar la pérdida de los avances realizados a propósito de los convenios de seguridad social, deben crearse normas que permitan la conservación de los derechos que otorgan. Adicionalmente, deben generarse mecanismos para que los migrantes no protegidos puedan acceder a los mismos derechos, por ejemplo, mediante la transferencia de fondos en el caso de los sistemas de capitalización individual, o la exportación de pensiones en los otros sistemas.
- xiv. Extensión de la facultad reconocida a los trabajadores migrantes técnicos para el resto de trabajadores migrantes: Nos parece que la facultad de poder pedir la devolución de los montos pensiones cotizados constituye una facultad que, mientras nuestro sistema de pensiones sea de capitalización individual, es sumamente beneficioso para los migrantes, pues evita que su dinero se quede estancado en nuestro país, si es que finalmente termina por volver a su país de origen.
- xv. Prohibición de despido de un trabajador migrante por el sólo hecho de encontrarse bajo condición migratoria irregular: dado que no se trata de un criterio objetivo

relacionado con la idoneidad en el empleo, cualquier despido que se base en la condición irregular constituye una vulneración del principio de igualdad. Así, y en vista de que estamos ante un grupo de especial vulnerabilidad, esta prohibición debiese especificarse en la normativa correspondiente.

- xvi. Causal de término del contrato de trabajo relacionada específicamente con la ejecución de la expulsión: Para que el término de la relación laboral de los migrantes expulsados sea respetuosa de sus derechos básicos, debe crearse una nueva causal asociada con la expulsión del territorio nacional. Esta debe terminar con la relación laboral de forma previa a la expulsión, con el fin de que el trabajador tenga oportunidad de velar por que el empleador cumpla con los derechos laborales que hayan quedado pendientes de la relación.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACKERMAN, Mario. y TOSCA, Diego. 2005. Tratado de Derecho del Trabajo, Vol. I. Buenos Aires: Rubinzal. Culzoni,

ARELLANO, Pablo. 2012. Trabajadores migrantes y seguridad social: aproximación nacional e internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a las prestaciones, I parte. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Volumen 3 (6): 87 – 109.

ARELLANO, Pablo. 2013. Propiedad sobre los fondos de pensiones y continuidad de las prestaciones para los trabajadores técnicos extranjeros. *Revista Ius et Praxis*, vol. 19 (2): 509 – 516.

ARUJ, Roberto. 2008. Causas, consecuencias, efectos e impacto de las migraciones en Latinoamérica. *Papeles de población*. Vol. 14 (55): 95 – 116.

BARCÍA, Rodrigo. 2010. Lecciones de Derecho Civil Chileno, Tomo I, Del Acto Jurídico. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BASSA, J. y TORRES, F. 2015. Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento sostenido de los flujos migratorios. *Estudios Constitucionales*, Año 13, N° 2, 2015. Talca, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

CALDERA, H. 1989. Límites constitucionales a la discrecionalidad administrativa. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, N° 2, Santiago, Chile. [en línea]: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2649660.pdf> [consulta: 19/01/17].

CAMMAGE, Sarah y HELMREICH, Anne. 2013. Migración y mercados laborales en Chile: un trabajo decente para todos. *En: Un Chile abierto: propuestas para una nueva ley de migración*. Santiago: Centro Democracia y Comunidad.

CASTLES, Stephen. enero 2010. Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales. *Migración y Desarrollo*, Vol. 7 (15): 49 – 80.

CEPAL. 2009. Conocer para legislar y hacer política: Los desafíos de Chile ante un nuevo escenario migratorio. Serie Población y Desarrollo. Santiago, Chile.

CERDA, Carmen. 2005. Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: Un intento de delimitación. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° (50/51): 193 – 218.

CDH UDP. 2009. Informe Anual 2009: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales UDP (2013), Informe Anual 2013: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile.

CDH UDP. 2013. Informe Anual 2013: Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile, Ediciones Universidad Diego Portales.

COMISIÓN MUNDICAL SOBRE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES. 2005. Las migraciones en un mundo interdependiente: nuevas orientaciones para actuar. Suiza. Revisitada en: *Relaciones internacionales Revista académica cuatrimestral de publicación electrónica* (14), [en línea]: <http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/issue/view/14.html> [consulta: 30 de enero de 2017].

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. ONU. VI Informe del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 13 de agosto de 2014. [en línea]: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/CHL/CO/6&Lang=Sp [consulta: 19/01/17].

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 74 de la Convención, Chile. Naciones Unidas.

COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. 2013. Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares. Naciones Unidas.

CONSEJO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE DERECHOS HUMANOS. 2010. Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia. Ginebra, Suiza.

Conferencia Ministerial Europea sobre la Integración. 2010. Declaración de Zaragoza. Zaragoza, España, 15 y 16 de abril de 2010, p. 17.

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. *Revista Electrónica Isegoría*. España, pp. 59-84.

DELLACASA, F. y HURTADO, J. 2015. Derecho Migratorio Chileno. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

DÍAZ TOLOSA, R. 2016. Tribunal Constitucional y ley migratoria chilena: examen de compatibilidad con los estándares internacionales. *Revista Tribuna Internacional*, Vol. 5, N° 9.

DT. 2016. Informalidad laboral: conceptos y mediciones (Parte 1). Unidad Taller de Coyuntura, Departamento de Estudios. Santiago, Chile.

DT y OIT. 2016. Informe Autodiagnóstico. El tratamiento actual de la Problemática Migrante en la Dirección del Trabajo. Santiago, Chile.

DULITSKY, Ariel. 2007. El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros en la jurisprudencia interamericana. *Anuario de Derechos Humanos* (3): 15 – 32.

GODOY, R. 2014. Comentarios de Jurisprudencia de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sobre derechos humanos de las personas migrantes durante el año 2013. *Anuario de Derechos Humanos* N° 10, Santiago, Chile.

HERNÍQUEZ, Miriam. 2008. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Revista estudios constitucionales* (2): 73-119.

- HENRÍQUEZ, M. 2014. El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes: Análisis jurisprudencial (2009-2013). *Ius et Praxis*, vol. 20 N° 1, Santiago, Chile. [en línea]: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100015> [consulta: 19/01/17].
- HUMERES, Héctor. 1997. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. 15ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- INDH. 2013. Informe misión de observación por situación de la población migrante en Iquique y Colchane. Santiago, Chile, pp. 1-35. [en línea]: <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/560/Informe%20Mision?sequence=4> [consulta: 19/01/17].
- INDH. 2014. *Situación de los Derechos Humanos en Chile: Informe anual 2014*. Santiago: INDH.
- IRURETA URIARTE, P. 2013. Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante. En: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. 2013. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL*. 1er Semestre. Valparaíso, Chile, pp. 213 - 250.
- DÍAZ LAVANCHY, J. 2008. *Documental: la revolución de los pingüinos*. Santiago, Chile. [en línea]: <https://vimeo.com/167828838> [consulta: 19/01/17].
- JENSEN SOLIVELLAS, M. 2009. Inmigrantes en Chile: La exclusión desde la política migratoria chilena. En: BOLOGNA, E. (Ed.). *Temáticas Migratorias actuales en América Latina: remesas política y emigración*. Río de Janeiro, Brasil, Asociación Latinoamericana de Población.
- LIZAMA, Luis y UGARTE, José. 1998. *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur.
- LÓPEZ, D. 2005. Mitos, alcances y Perspectivas de la flexibilización laboral: Un debate permanente. En: ENSIGNIA, J. (ed.). 2005. *Mitos y realidades del mercado laboral en Chile*. Santiago, Chile, Fundación Friedrich Ebert Stiftung, pp. 37-57.
- MÁRMORA, L. 1993. *Las políticas de Migraciones Internacionales*. Argentina, XIII Curso Interamericano sobre Migraciones Internacionales.
- MARTÍN, Antonio; SAÑUDO, Fermín y GARCÍA, Joaquín. 2008. *Derecho del Trabajo*. 17ª edición. Madrid: Tecnos.
- MARTÍN, Magali. 2006. La migración irregular en Latinoamérica. *Anuario Digital CEMI: Migraciones Internacionales y Emigración Cubana* [En línea]. La Habana: [en línea]: <http://www.uh.cu/centros/cemi/wp-content/uploads/2016/02/2-anuario-2006.pdf> [consulta: 31 de enero de 2017].
- NARVONA, K. 2015. Para una historia del tiempo presente: lo que cambió el Plan Laboral de la dictadura. *Ideas para el buen vivir*, N° 6. Santiago, Chile, Fundación Sol.
- NASH, Claudio. 2012. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro Derechos Humanos Universidad de Chile.

- NASH, Claudio. 2005. La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación ¿Continuidad o cambio? En: MARTINIC, María y TAPIA, Mauricio. (eds.). 2005. Sesquicentenario del Código Civil Chileno. Santiago: Lexis-Nexis.
- NOGUEIRA, Humberto. 2006. El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (10): 739 – 831.
- NOVAK, Fabián. 1998. Declaración Universal de Derechos Humanos Cincuenta años después. *Revista Agenda Internacional* (10):75 – 86.
- NUÑEZ, Constanza. 2015. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. *Anuario de Derechos Humanos* (11): 157-169.
- OIM. 2016. Misión en Colombia Conceptos Generales sobre Migración. [en línea]: <http://www.oim.org.co/conceptos-generales-sobre-migracion.html> [consulta: 30/09/2016].
- OIM. 2004. Migración y Trabajo, sección 2.6. En su: Fundamentos de Gestión de la Migración. [en línea]: http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v2/V2S06_CM.pdf [consulta: 30 de enero de 2017].
- OIM. 2006. Glosario sobre Migración. *Derecho Internacional sobre Migración* (7): 1- 87, p. 40. [en línea]: http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf [consulta: 30 de enero de 2017].
- OIM. 2011. Perfil Migratorio de Chile. Buenos Aires, Argentina.
- OIT. 2010. La inspección del trabajo en Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de trabajadores, Programa sobre Administración e Inspección del Trabajo. Ginebra: ILO.
- OIT. 2013. La medición de la informalidad: Manual estadístico sobre el sector informal y el empleo informal. Ginebra, Suiza.
- OIT. 2015. Migraciones laborales en Argentina. Protección social, informalidad y heterogeneidades sociales. Buenos Aires, Argentina.
- OIT. junio 2015. Recomendación N° 204 sobre la Transición de la economía informal a la economía formal. Conferencia Internacional del Trabajo. 104ª Reunión. Ginebra, Suiza.
- OTÁROLA, Yasna. 2012. La función supletoria de las normas de dercho civil. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Volumen 3 (2): 89 – 108.
- PÁEZ, K. 2008. Diferencias y semejanzas en las trayectorias de las y los migrantes Latinoamericanos en el mercado laboral chileno según su calificación. Un análisis desde la perspectiva de género y los derechos humanos. Tesis para optar al grado de Sociólogo. Santiago, Chile, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile.
- PALACIOS, Patricia. 2006. La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.
- PASCUAL, T. 2011. Debido Proceso en la expulsión de inmigrantes en Chile y la jurisprudencia de la Corte de Derechos Humanos (Tesis de Pregrado). Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

PLÁ, Américo. 1978. Curso de Derecho Laboral, Volumen I, Tomo II. Montevideo: Acali Editorial.

PÉREZ, Ana María y CARPENA, José María. 2005. La Seguridad Social de los trabajadores migrantes: realidad actual y perspectivas de futuro. *Revista del ministerio del trabajo y asuntos sociales* (59): 191-211.

ROJAS MIÑO, I. 2015. Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo. Santiago, Chile, Editorial Thomson Reuters.

ROJAS, Víctor. 2010. Derecho Internacional Público. México D.F.: Nostra Ediciones.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la lengua española, 23ª edición, 2014. [en línea]: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=vise> [consulta: 26 de diciembre 2016].

STEFONI, C. 2002. Inmigración peruana en Chile. Una oportunidad a la integración. 1ª Ed. Santiago, Chile, Editorial Universitaria.

TOKMAN, V. 2000. El sector informal pos reforma económica. En: CARPIO, J. et al (ed.). Informalidad y exclusión social. Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica y Secretaría de Desarrollo Social de la Nación.

THAYER, William y NOVOA, Patricio. 2010. Manual de Derecho del Trabajo, 5ª Edición, tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

THAYER, L. 2011. Trabajo y género: La condición social de inmigrante como referente para la definición de identidad. En: STEFONI, C. (ed.). 2011. Mujeres inmigrantes en Chile: ¿Mano de obra o trabajadoras con derechos? Santiago, Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado.

VALENZUELA, P. et al. 2014. Integración laboral de los inmigrantes haitianos, dominicanos y colombianos en Santiago de Chile. *Revista Antropologías del Sur*, N° 2, Santiago, Chile.

VENTURA, Manuel. 1996. "El valor de la declaración universal de derechos humanos". En: CANÇADO, António (ed.). 1996. El mundo moderno de los derechos humanos: Ensayos en honor de Thomas Buergenthal. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

VERGARA, Mónica. 2005. El trabajo de los extranjeros en Chile y en la I región. *Aporte al debate laboral* (17): 1 - 44.

ZÚÑIGA, Francisco. 1998. El estatus constitucional de extranjeros (notas acerca de derechos fundamentales y expulsión de extranjeros). *Revista de Derecho, Universidad de Concepción* (203): 301 - 330.

NORMATIVA INTERNACIONAL

CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES DE LA COMUNIDAD ANDINA. 2003. Decisión 545, Instrumento Andino de Migración Laboral. Antioquia, Colombia, Artículo 3, letra e.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969

ONU. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. 18 de diciembre de 1990.

ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL. 2011. Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, promulgado mediante el Decreto 76 del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la fecha 11 mayo 2011.

MERCOSUR. 2009. Declaración de Montevideo relativa al Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Ratificado por el Ministerio de Interior de Chile mediante el Oficio Circular N° 26465 de 04 diciembre 2009.

ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948.

ONU. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial. 21 de diciembre de 1965.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966.

ONU. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. 18 de diciembre de 1979.

ONU. Convención Internacional de los derechos del niño. 20 de noviembre de 1989.

ONU. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. 13 de diciembre de 2006.

NORMATIVA NACIONAL

Auto Acordado de la Corte Suprema. Sobre tramitación y fallo del recurso de amparo. 19 de diciembre de 1992.

Auto Acordado de la Corte Suprema. Sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales. 27 de junio de 1992.

CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 1983. DS 818. Delega en autoridades de gobierno interior que indica, las atribuciones relativas a extranjeros, que señala. 13 de Julio de 1983.

CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2013. Protocolo de actuación para expulsión de extranjeros infractores. Santiago de Chile.

CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2014. Decreto N° 1.393. Crea Consejo de Política Migratoria, 15 de septiembre de 2014. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/1970897.pdf> [consulta: 27/01/17].

CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2015. Gabinete Presidencial N° 005, Lineamientos e Instrucciones para una Política Nacional Migratoria, Santiago, Chile Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2016). Resolución Exenta N° 648. [en línea]: www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/3163370.pdf [fecha de consulta: 19/01/17].

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, FIJA TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CODIGO CIVIL; DE LA LEY N°4.808, SOBRE REGISTRO CIVIL, DE LA LEY N°17.344, QUE AUTORIZA CAMBIO DE NOMBRES Y APELLIDOS, DE LA LEY N° 16.618, LEY DE MENORES, DE LA LEY N° 14.908, SOBRE ABANDONO DE FAMILIA Y PAGO DE PENSIONES ALIMENTICIAS, Y DE LA LEY N°16.271, DE IMPUESTO A LAS HERENCIAS, ASIGNACIONES Y DONACIONES. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 16 de mayo de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, FIJA EL TEXTO, REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CÓDIGO DEL TRABAJO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 31 de julio de 2002.

Decreto con Fuerza de Ley N° 69, SOBRE INMIGRACIÓN Y EL DEPARTAMENTO RESPECTIVO, DEPENDIENTE DEL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 27 de abril de 1953.

Decreto Ley N° 1.094. ESTABLECE NORMAS SOBRE EXTRANJEROS EN CHILE. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile. 19 de julio de 1975.

Decreto Ley N° 3.500, ESTABLECE NUEVO SISTEMA DE PENSIONES. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 04 de noviembre de 1980.

Decreto N° 37, PROMULGA EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL CON GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 23 de febrero de 2004.

Decreto N° 76, PROMULGA EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 11 de mayo de 2011.

Decreto N° 100, FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de septiembre de 2005.

Decreto N° 164, PROMULGA EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE CHILE Y LA REPÚBLICA DE ARGENTINA Y EL ACUERDO MODIFICATORIO AL MISMO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 06 de noviembre de 2009.

Decreto N° 193, PROMULGA EL CONVENIO DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE CHILE Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de agosto de 2008.

Decreto Supremo N° 597. APRUEBA NUEVO REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA. 24 de noviembre de 1984.

Ley 1552, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 28 de agosto de 1902.

Ley 17.322, NORMAS PARA LA COBRANZA JUDICIAL DE COTIZACIONES, APORTES Y MULTAS DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 10 de agosto de 1970.

Ley N° 18.120, ESTABLECE NORMAS SOBRE COMPARECENCIA EN JUICIO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de abril de 1982.

Ley 18.216. 1983. ESTABLECE PENAS QUE INDICA COMO SUSTITUTIVAS A LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 14 de mayo de 1983.

Ley N° 19.728, ESTABLECE UN SEGURO DE DESEMPLEO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de abril de 2001.

Ley 19.880. ESTABLECE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS QUE RIGEN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 29 de mayo de 2003.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo, 18 de agosto de 2000.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2001.

CORTE IDH. 2003. Opinión consultiva OC-18/03 sobre la Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA. ROL 9-2015, 9 de febrero de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. ROL 3188-2009, 6 de noviembre de 2009.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. ROL 102-2011, 30 de mayo de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 8.228-2009, 23 de diciembre de 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 322-2010, 18 de marzo de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3.867-2010, 8 de junio de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3.923-2010, 10 de junio de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3775-2010, 16 de septiembre de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 6.733-2010, 16 de septiembre de 2010

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 8.838-2011, 23 de septiembre de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 4.485-2012, 22 de junio de 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 7.018-2012, 14 de septiembre de 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 1.805-2013, 27 de marzo de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 2311- 2013, 22 de abril de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 2313-2013, 23 de abril de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 2314-2013, 16 de abril de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3813-2013, 12 de junio de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 4.222-2013, 27 de junio de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, ROL 3.867-2010, 25 de julio de 2013

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 4565-2013, 18 de julio de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 6.650-2013, 09 de septiembre de 2013.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 624-2014, 29 de enero de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 5.010-2014, 10 de marzo de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 7.018-2012, 14 de septiembre de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL N° 24.188-2014, 30 de septiembre de 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 2548-2015, 16 de febrero 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 3.073-2015, 23 de febrero de 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 4065-2015, el 30 de marzo de 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 5276-2015, 23 de abril 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ROL 1448-06, 27 de abril 2016.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE ANTOFAGASTA. RIT O-777-2015, 26 de noviembre de 2015.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE ANTOFAGASTA. RIT O-142-2016, 25 de mayo de 2016.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE COPIAPÓ, RIT I-31-2013, 04 de abril 2014.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE IQUIQUE. RIT O-267-2011. 23 de diciembre de 2011.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SAN MIGUEL. RIT I-9-2912, 10 de julio año 2012.

JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE VILLARRICA. RIT O-21-2014. 22 de enero de 2015.

PRIMER JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. RIT O-1207-2012, 07 de septiembre de 2012.

PRIMER JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. RIT O-1799-2014, 07 de agosto de 2014.

SEGUNDO JUZGADO DE LETRAS DEL TRABAJO DE SANTIAGO. RIT O-6.237-2015, 8 de abril de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. ROL 519-06, 05 de junio 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. ROL 576-06, 24 de abril 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. ROL 2273-12-INA, 04 de julio de 2014.

RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2015. Resolución Exenta N° 10.330. Regula el funcionamiento y composición del Consejo Consultivo Nacional de Migraciones del Departamento de Extranjería y Migraciones del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, 11 de diciembre 2015. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2015/12/Reglamento-Consejo-Consultivo-Nacional-de-Migraciones.pdf> [consulta: 27/01/17].

CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. 2016. Resolución Exenta N° 648, Santiago, Chile. [en línea]: www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosyDocumentosDiarioOficial/200/3163370.pdf [consulta: 19/01/17].

CHILE. MINISTERIO DEL INTERIOR Y SEGURIDAD PÚBLICA. septiembre de 2016. Ordinario N° 20.619. Respuesta a solicitud de información N° AB001W0005590, en el marco de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Santiago, Chile.

CHILE. SUBSECRETARÍA DEL INTERIOR, MINISTERIO DEL INTERIOR. 2009. Oficio Circular N° 26465, 04 de diciembre 2009.

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. 1988. Circular N° 553, 28 de octubre de 1988.

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. 2005. Compendio de normas del sistema de pensiones, libro III, título IV.

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. Circular N° 1252, 05 de marzo de 2005.

DEM. 2015. Circular N° 06, Instruye sobre visación temporaria por unión civil, 26 de febrero 2015.

DEM. 2015. Circular N° 07, Instruye sobre visación temporaria por motivos laborales, 26 de febrero 2015. Departamento de Extranjería y Migraciones, 26 de febrero 2015.

DEM. 2015. Resolución Exenta N° 221867. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3204553.pdf> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2016. Resolución Exenta N° 15. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/2954086.pdf> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2016. Resolución Exenta N° 56. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/2954110.pdf> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2015. Resolución Exenta N° 223469. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3189674.pdf> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2015. Resolución Exenta N° 86384. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3189668.pdf> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2015. Resolución Exenta N° 88121. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/3189641.pdf> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2015. Resolución Exenta N° 88417. [en línea]: <http://www.interior.gob.cl/transparenciaactiva/doc/ActosTerceros/9/2982220.pdf> [consulta: 19/01/17].

DT. 1998. Dictamen N° 5848/386, p. 2. [en línea]: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-86814.html> [consulta: 19/01/17].

DT. 2001. Circular N° 88 que establece Manual de Procedimientos de Fiscalización y deja sin efecto normativa que se indica, p. 54-55. [en línea]: 05 de julio de 2001. http://www.dt.gob.cl/transparencia/Circular_No_88_05.07.2001.pdf [consulta: 19/01/17].

DT. 2004. Ordinario 37 04/134, 11 de agosto 2004.

DT. 2005. Circular N° 111 que establece el Procedimiento Especial de Fiscalización de la Informalidad Laboral. Santiago, Chile, 11 de julio de 2005, p. 1. [en línea]: http://www.dt.gob.cl/transparencia/Circular_No111_de_11-07-2005_Informalidad_Laboral.pdf [consulta: 19/01/17].

DT. 2011. Ordinario N° 1539/017, 28 de marzo de 2011.

DT. 2012. Ordinario N° 1539/017, año 2012.

DT. 2013. Ordinario N° 1539/017, 28 de marzo de 2013.

DT. 2015. Ordinario N° 1922/034, 20 de abril de 2015.

ESTADÍSTICAS

CEPAL. 2013. Perfil Nacional Socio Demográfico de Chile. Empleo y Remuneraciones. [en línea]: http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=CHL&idioma=spanish [consulta: 19/01/17].

CHILE. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. 1982. Censo de Población de 1982. Características de la migración, Tomo I, Santiago de Chile, 21 de abril de 1982.

CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional 2015. Inmigrantes. Principales resultados (versión extendida). Inserción laboral e ingresos. Santiago, Chile, pp. 62-95.

CHILE. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. 2015. Informe de desarrollo social 2015. Santiago, Chile, pp. 6-13.

CHILE. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. 2015. Censos de Población de países y Registro INE-DICOEX 2003-2004. [en línea]:

www.chilesomostodos.gov.cl/wp/wp-content/uploads/2015/07/Registro-de-Chilenos-en-el-Exterior-2003-2004.pdf, p. 11 [Consulta: 27/06/16].

DEM. 2016. Migración en Chile: 2005-2014. Santiago, Chile.

CONSULTAS

Mario Araneda, Presidente del Sindicato de Trabajadores de KSB Chile S.A. (consulta realizada el 30 de enero de 2017).

Pablo Vera, abogado del Servicio Jesuita a Migrantes (consulta realizada el 10 de junio de 2016).

Rodrigo Sandoval, jefe del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior (consulta realizada el 12 de agosto de 2016).

Valentina Guerra, abogada del Departamento Jurídico de la Intendencia de la Región Metropolitana (consulta realizada el 19 de mayo de 2016).

NOTICIAS Y OPINIONES EN SITIOS WEB

ÁGUILA, F. 2016. Jefe de Extranjería y Migración reconoce que no habrá nueva ley en este Gobierno. [en línea]: El Mercurio, Sección Nacional, 28 de noviembre de 2016 <http://www.emol.com/noticias/Nacional/2016/11/28/833093/Jefe-de-Extranjeria-y-Migracion-reconoce-que-no-habra-nueva-ley-en-este-Gobierno.html> [consulta: 19/01/17].

ARAVENA, N. 2016. Cambios por la vía administrativa: Las normas que facilitan acceso a visas a los inmigrantes en situación irregular. [en línea]: Diario El Mercurio, Sección D Reportajes, 21 de agosto de 2016, p. 10. <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=21-08-2016%20:00:00&dtB=30-08-2016%20:00:00&BodyID=10&PaginaId=10> [consulta: 19/01/17].

ARGENTINA. MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE. Dirección Nacional de Migraciones. 2013. [en línea]: Periódico Migraciones. Año 6, N° 64, noviembre 2013, p. 1-3. http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/periodico/periodico_201311.pdf#zoom=75 [consulta: 19/01/17].

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES. [en línea]: <https://www.spensiones.cl/portal/regulacion/582/w3-propertyvalue-5936.html> [consulta: 14 septiembre 2016].

CHILE. SUBSECRETARIA DE PREVISIÓN SOCIAL. 2016. Convenios internacionales de seguridad social: la experiencia chilena, 2016. [en línea]: <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/convenios-internacionales/presentacion-convenios-subsecretaria-agosto-2016.ppt> [consulta: 09 septiembre 2016].

DEM. 2013. Permisos de residencia temporal otorgados el año 2013. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2014/07/Permisos-de-residencia-temporal-2013.pdf> [consulta: 08 noviembre 2016].

DEM. 2013. Plazos aproximados de entrega de permisos de residencia. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/faq/#plazos> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2014. Advertencia Permanencia Definitiva. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/media/2014/12/Advertencia-Permanencia-Definitiva.pdf> [consulta: 21 de diciembre 2016].

DEM. 2015. Extranjería Migraciones Chile inaugura primera oficina en el aeropuerto internacional de Santiago. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2015/12/23/extranjeria-migraciones-chile-inaugura-primera-oficina-en-el-aeropuerto-internacional-de-santiago> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2015. Requisitos de visa temporaria por primera vez por motivos laborales. [en línea]: http://www.extranjeria.gob.cl/media/2015/04/TE16_ISO_TEMPORARIA_POR_MOTIVOS_LABORALES1.pdf [consulta: 03 de diciembre de 2016].

DEM. 2016. Consejo Consultivo Nacional de Migraciones celebró su primera sesión. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/05/16/consejo-consultivo-nacional-de-migraciones-celebro-su-primera-sesion> [consulta: 19/01/17].

DEM. 2016. Gobierno, Ministerio Público e INDH abordan riesgos asociados a presencia de 'coyotes' en la frontera. [en línea]: 7 de abril de 2016 <http://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/04/07/gobierno-ministerio-publico-e-indh-abordan-riesgos-asociados-a-presencia-de-coyotes-en-la-frontera/> [consulta: 19/01/17].

DEM. Tipos de residencia temporaria. [en línea]: <http://www.extranjeria.gob.cl/residencia-temporaria/tipos-de-residencia-temporaria> [consulta: 01 noviembre 2016].

Diario Uchile. Migrantes acusan discriminación por parte de las AFP. Fecha 03 de abril 2016. [en línea]: <http://radio.uchile.cl/2016/04/03/migrantes-acusan-discriminacion-por-parte-de-las-afps/> [consulta: 15 septiembre 2016].

DT. 2015. Dirección del Trabajo, CUT y Vicaría de Pastoral Social protegerán derechos laborales de los trabajadores inmigrantes. Fecha 26 de octubre de 2015. [En línea]: <http://www.dt.gob.cl/prensa/1618/w3-article-107539.html> [consulta: 14 septiembre 2016].

DT. 2016. Dirección del Trabajo y la PDI fiscalizan condiciones laborales de migrantes. [en línea]: <http://www.dt.gob.cl/prensa/1618/w3-article-110036.html> [consulta: 19/01/17].

Fondo Nacional de Salud, página web institucional. FONASA. [en línea]: https://www.fonasa.cl/portal_fonasa/site/artic/20140607/pags/20140607152007.html [consulta: 30 de noviembre 2016].

INDH. 2013. Declaración de comunidades de migrantes ante coyuntura electoral para reflexionar y aportar propuestas al debate sobre legislación y política migratoria en Chile. [en línea]: <http://www.indh.cl/declaracion-de-comunidades-de-migrantes-ante->

[coyuntura-electoral-para-reflexionar-y-aportar-propuestas-al-debate-sobre-legislacion-y-politica-migratoria-en-chile](#) [consulta: 19/01/17].

LA TERCERA. 2015. Gobierno crea visa que extiende a un año la residencia a extranjeros cesante, 28 febrero 2015. [en línea]: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/02/680-618667-9-gobierno-crea-visa-que-extiende-a-un-ano-la-residencia-a-extranjeros-cesantes.shtml> [consulta: 01 julio 2016].

MAM Chile. 2014. Nueva Ley Migratoria en Chile. [en línea]: <https://www.youtube.com/watch?v=kyODTvd5k> [consulta: 19/01/17].

MAM Chile. 2014. Agenda corta con medidas urgentes en relación a la migración. [en línea]: <http://www.mamchile.cl/?p=117> [consulta: 15 de septiembre 2016].

Publimetro. 2014. Infografía: ¿Cuántos son, ¿dónde están y cómo votan los chilenos en el extranjero? [en línea]: www.publimetro.cl/nota/politico/infografia-cuantos-son-donde-estan-y-como-votan-los-chilenos-en-el-extranjero/xIQndq!haR081crYWpCo [Consulta: 27/06/16].

Servicio Jesuita a Migrantes y Refugiados. 2013. Nueva Ley de Migraciones: Chile pide mano de obra y vienen personas. CIPER Chile. [en línea]: <http://ciperchile.cl/2013/06/21/nueva-ley-de-migraciones-chile-pide-mano-de-obra-y-vienen-personas> [consulta: 19/01/2017].

Superintendencia de Salud. [en línea]: <http://www.supersalud.gob.cl/568/w3-article-6081.html> [consulta: 30 de noviembre 2016].

THAYER, L. 2015. Migración en Chile, la deuda del Estado. [en línea]: Diario Digital El Mostrador. 13/07/2015. <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/07/13/migracion-en-chile-la-deuda-del-estado> [consulta: 19/01/17].