



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Laboral

ANÁLISIS SOBRE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER NORMATIVAMENTE LA OBLIGACIÓN DE TRADUCIR LOS CONTRATOS DE TRABAJO DE AQUELLOS TRABAJADORES EXTRANJEROS QUE NO HABLAN ESPAÑOL

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Autores

Paula González Drago

Farid Seleme Ruilova

Profesor Guía

Víctor Ricardo Juri Sabag

Santiago de Chile, 2019

Índice

| | |
|--|----|
| Resumen | 3 |
| Introducción | 3 |
| Capítulo I | 8 |
| 1.1. Normas aplicables al trabajador migrante | 8 |
| 1.2. Legislación nacional relativa al idioma en que debe otorgarse el contrato de trabajo en Chile | 12 |
| 1.3. El idioma como factor de discriminación. Problemas de otorgar el contrato en español cuando el trabajador no maneja nuestro idioma | 18 |
| 1.4. El contrato de trabajo para trabajadores extranjeros en Chile | 27 |
| Capitulo II | 31 |
| 2.1. Observaciones de la Organización Internacional del Trabajo y aplicación de tratados internacionales en la materia | 31 |
| 2.2. Análisis de legislación comparada con el fin de determinar experiencias internacionales que establezcan la obligatoriedad de escriturar los contratos de trabajo en el idioma que entiende el trabajador | 43 |
| Capitulo III | 55 |
| Propuesta de cambio normativo en relación con la suscripción del contrato de trabajo para trabajadores migrantes y el idioma en el cual se otorgan | 55 |
| Conclusiones | 67 |
| Bibliografía | 74 |

Resumen

En esta memoria, “Análisis sobre la posibilidad de establecer normativamente una obligación de traducir los contratos de trabajo de aquellos trabajadores extranjeros que no hablan español”, hemos querido buscar una alternativa de solución frente a la problemática que viven estos trabajadores y trabajadoras.

De acuerdo a las cifras del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, en los últimos 13 años se han entregado 366.483 visas a personas provenientes de países con idiomas oficiales diferentes al español, la gran mayoría de ellos haitianos. Se trata de personas que, motivadas por razones laborales, llegan a Chile y a poco andar deben suscribir un contrato de trabajo en un idioma que no entienden.

El Dictamen 1124-29 del año 2003, de la Dirección del Trabajo, establece que un contrato de trabajo puede ser traducido a un idioma diferente del español, sin perder su validez como tal. A partir de esto, y luego de analizar los tratados internacionales, convenciones y también la legislación comparada atinente a la materia en estudio, hemos concluido que existe un amplio espacio en nuestra legislación para transitar hacia normas que permitan una mayor protección de los derechos de los trabajadores migrantes.

Una de ellas, justamente es la posibilidad de establecer la obligación de traducción de los contratos de trabajo suscritos por personas que no hablan español, para lo cual, en el último capítulo, damos a conocer una propuesta de nuevo articulado en el Libro II del Código del Trabajo, que permite reconocer a los trabajadores migrantes como sujetos que requieren una protección especial, y establecer la obligación ya enunciada, mediante un procedimiento que evita complejizar este tipo de contratos, y que traslada la carga de la obligación impuesta al Estado, de manera de no transformarla en un desincentivo a la contratación de trabajadores extranjeros en Chile.

Introducción

En nuestro país, el Código del Trabajo establece que el contrato de trabajo debe constar por escrito y ser firmado por ambas partes. Por esta razón, es fundamental que ambas partes efectivamente comprendan el contenido de lo que están suscribiendo. El problema radica cuando uno de los contratantes, en particular el trabajador, maneja un idioma diferente al español y no es capaz de entender un texto en esa lengua.

El español, si bien no está consagrado en la constitución, a la luz de las diferentes normativas analizadas actúa de facto como idioma oficial para todo instrumento que tenga carácter de oficial o público.

Existe, en ese sentido, un vacío legal respecto a la situación de los trabajadores migrantes que no comprenden el español, y que podría ser análoga a la situación que enfrentan los trabajadores analfabetos, que no saben leer ni escribir, y que por tanto dado el carácter consensual del contrato de trabajo deben -en la práctica- ser auxiliados por un tercero que les lea el contrato, para que así pueda cumplirse con uno de sus elementos esenciales: el libre consentimiento.

No obstante, creemos que nuestra legislación no impide que un contrato pueda ser traducido al idioma madre del trabajador. Más bien, a la luz de algunos dictámenes de la Dirección de Trabajo, esto es absolutamente posible, pero pensamos que debiera quedar reglado como una disposición imperativa, y no como una mera facultad de las partes, de manera de reconocer el derecho de todos y todas a entender el contrato de trabajo, estableciendo posibilidades efectivas de ejercicio de los derechos, así como de cumplimiento de los deberes que éste establece.

Desde ese punto de vista, consideramos necesario analizar tanto la legislación chilena como las experiencias comparadas, para establecer los vacíos existentes respecto al completo entendimiento de los contratos por parte de trabajadores que no manejan nuestro idioma.

Actualmente en nuestro país existe un gran número de migrantes cuyo idioma no es el castellano, y por tanto se verían en desventaja frente a los trabajadores cuya lengua nativa es efectivamente el español. Esta desventaja se estaría traduciendo en una discriminación, que vulnera derechos fundamentales asegurados por variados tratados internacionales, partiendo por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y por nuestra constitución, viéndose afectado el derecho asegurado por el artículo 19 N°16, por cuanto la libertad de trabajo se vería limitada frente al desconocimiento de las características del contrato de trabajo, lo que puede llevar incluso al contratante a tomar decisiones equivocadas, afectando a la consensualidad que todo contrato de trabajo debe necesariamente contener para ser válido.

Analizaremos entonces los mecanismos jurídicos en torno a los cuales se podría subsanar esta discriminación de carácter idiomático, con el fin de facilitar el intercambio de personas y de trabajo en el contexto del mundo globalizado en el que vivimos.

De igual forma, determinaremos cual es la mejor manera de establecer en nuestro ordenamiento la obligatoriedad de escrituración del contrato de trabajo en el idioma madre del trabajador, así como también quién debe hacerse cargo de esta obligación, evitando añadir cargas adicionales que puedan operar como desincentivos a la contratación de trabajadores migrantes.

Corresponde conocer la magnitud del problema que hemos detectado en esta tesis, delimitando nuestro campo de estudio. Para ello, realizamos una primera investigación basándonos en los datos oficiales entregados por el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior¹.

¹ Información disponible en: <http://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>

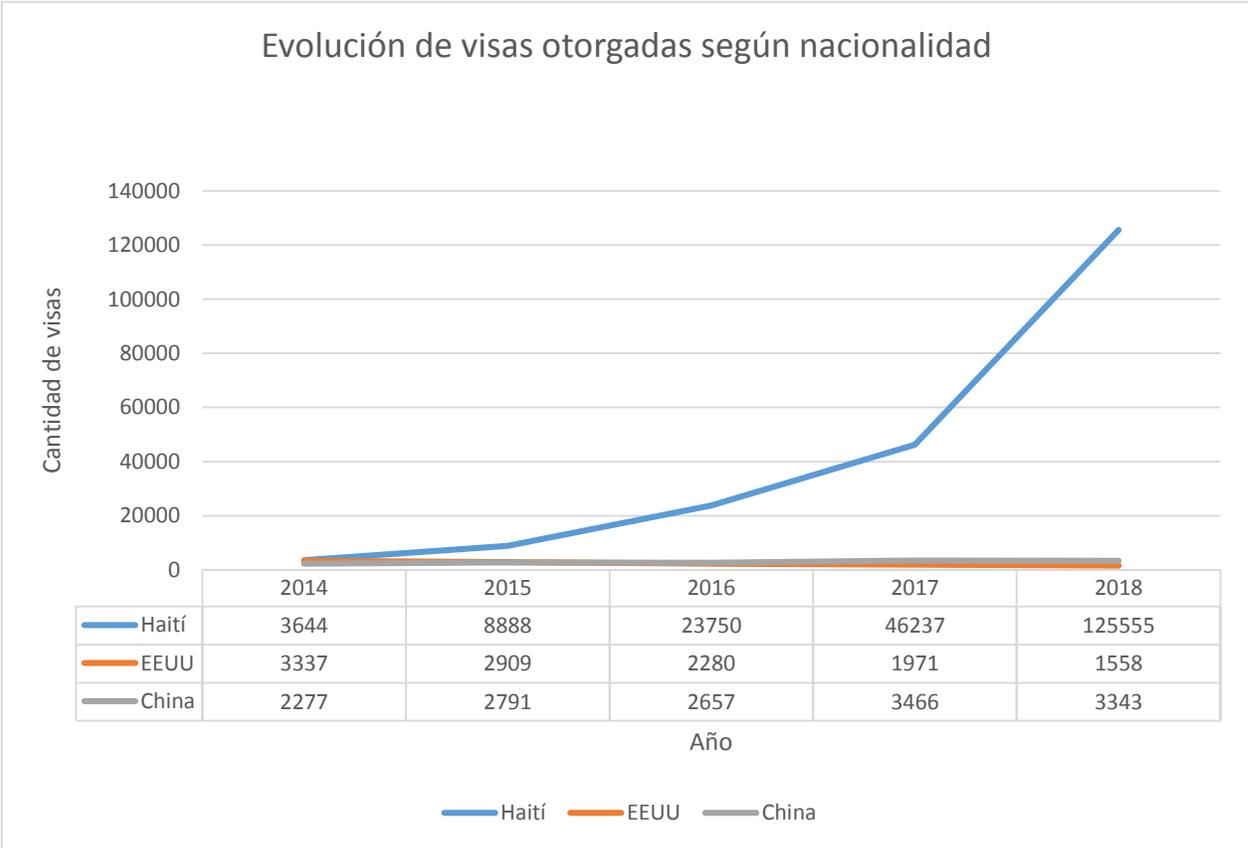
De acuerdo con estos datos, entre los años 2005 y 2018 se otorgaron 1.882.633 visas a personas extranjeras (lo cual no significa que haya ingresado ese número de migrantes, pues se deben considerar las visas de turista para los países sin convenios diplomáticos con Chile y también la situación de que una misma persona puede tener distintas visas de diferentes categorías durante su estadía en el país, para luego optar a una permanencia definitiva). Del total de visaciones estampadas en los respectivos pasaportes, 366.483, equivalentes a un 19,5%, corresponden a nacionales de países en los cuales el español no figura como una de sus lenguas oficiales.



Dado que todas las personas que obtienen algún tipo de visación en nuestro país son susceptibles de suscribir un contrato de trabajo, incluso cambiando la categoría de la visación para ese efecto, podemos determinar que el problema que hemos identificado en esta tesis afecta a casi un 20% de los migrantes en Chile, tomando como promedio los datos de los últimos 13 años.

Respecto de los países de procedencia de los migrantes que componen esas 366.483 visaciones, que representan 81 nacionalidades diferentes, aquellas que más se repiten son las siguientes: Haití (214.709), Estados Unidos (34.236), China (27.160), Brasil (24.772), Francia (9.218), Alemania (6.207), Italia (5.951), Corea Del Sur (4.620), Canadá (3.338) e Inglaterra (3.193).

Si delimitamos los datos anteriores solamente a las visas entregadas durante los últimos cinco años, a nacionales de los tres países no hispano hablantes con mayor cantidad de visaciones, nos encontraremos con un aumento exponencial de las visas otorgadas a ciudadanos nacionales de Haití, que en el año 2018 llegaron a 125.555, la cifra más alta de la que se tenga registro. Si bien, las políticas migratorias adoptadas por el gobierno han hecho descender los ingresos de haitianos durante los últimos meses, las cifras que podemos apreciar en el siguiente gráfico dan cuenta de una realidad inminente:



Por esta razón, los efectos de una normativa que establezca la obligación de traducir el contrato de trabajo al idioma madre del trabajador, podrían impactar de forma muy positiva, por ejemplo, en la población de origen haitiano, más aun considerando sus indicadores de vulnerabilidad social.

En efecto, la población haitiana que ingresa a Chile mayoritariamente habla y escribe en kreyol, un lenguaje difícil de entender para un hispano parlante, por lo cual es cada vez más frecuente ver casos de conflictos laborales o de otra índole producidos por la falta de comprensión idiomática.

De acuerdo con un estudio elaborado por el Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana, Migraciones y Desarrollo el año 2016 (“La Migración en Chile, breve Reporte y Caracterización”), del total de población haitiana residente en la Región Metropolitana de nuestro país, el 56,5% se ubica dentro de los dos primeros quintiles de ingreso, la población más vulnerable, en contraste con el 35,6% de la población migrante que -en la misma región- se ubica dentro de dichos quintiles. Es decir, la población haitiana es una de las más pobres dentro de la población migrante. De acuerdo con el mismo estudio, el 82,5% de los migrantes haitianos en la RM ha firmado algún contrato de trabajo, con una alta probabilidad de que todos hayan sido suscritos en español.

Como vemos entonces, el análisis de los datos arroja que el problema de los migrantes que no hablan español es real, ha ido sostenidamente en aumento, y tiene en la población haitiana a su mayor exponente.

El avance en esta materia ha sido lento. Si bien hoy día existen algunos casos de escuelas y municipios que han contratado traductores para la educación de los niños o para ayudar a cierto tipo de trámites, la cobertura de estos sigue siendo muy baja, y limitada a autoridades comunales que han tomado conciencia sobre este fenómeno. El establecimiento de una obligación en nuestra legislación de traducir los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que no entienden nuestra lengua se transforma en un imperativo ético, social y legal.

Capítulo I

1.1. Normas aplicables al trabajador migrante.

Los trabajadores migrantes son trabajadores que se desplazan a través de las fronteras, a lo largo y ancho de todo nuestro planeta en búsqueda de nuevas oportunidades en países distintos a los de su procedencia.

Trabajador migrante o migratorio, de acuerdo con la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 45/158, ratificada por Chile, es “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”. Similar definición encontramos en el Convenio sobre los trabajadores migrantes adoptada por la 32ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1949, no ratificado por nuestro país, según el cual 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”.

El gran avance en el mundo de la globalización económica ha generado que cada vez existan más trabajadores migrantes. El desempleo y la pobreza aún existente en diversos países en desarrollo han determinado que muchos trabajadores busquen trabajo en el extranjero. Por su parte, los países desarrollados han aumentado su demanda de trabajadores, especialmente de aquellos menos calificados. Como consecuencia, son millones los trabajadores y sus familias que viajan a otros países para encontrar trabajo.

La estabilidad social y las oportunidades económicas han convertido a nuestro país en un lugar al que muchos extranjeros deciden venir en búsqueda de nuevas oportunidades. Oportunidades que no tienen en sus países de origen.

Existe un consenso a nivel global de que la gran causa de las migraciones son las motivaciones económicas y laborales y para ello es fundamental contar con una normativa adecuada que regule la situación de estos trabajadores en el país.

Plantear una estrategia sobre los trabajadores migrantes implica realizar un análisis exhaustivo y aplicar el diseño de legislación y programas que tomen en cuenta

sus derechos humanos y las problemáticas sociales asociadas que pueden acontecer a este gran grupo de hombres, mujeres y niños que migran a otro país dispuestos a hacer lo que sea por su sustento y el de sus familias.

Ahora bien, en relación con las normas aplicables al trabajador migrante es importante señalar, en primer lugar, que le compete la normativa general de todo trabajador. Esto es principalmente el Código del Trabajo, a menos que éstos sean funcionarios sometidos por ley a un estatuto especial como por ejemplo en el caso de que desempeñen funciones en la Administración del Estado.

En segundo lugar, si hacemos un análisis del Código del Trabajo, no nos encontraremos con ninguna disposición normativa que haga alguna diferencia entre trabajadores extranjeros o migrantes y trabajadores nacionales en cuanto a sus derechos y obligaciones como trabajador. Esto en consonancia con lo dispuesto en el artículo 19, N° 16, inciso 3° de la Constitución Política de la República que se encarga de garantizar a los extranjeros la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

"La Constitución asegura a todas las personas (...) N° 16 la libertad de trabajo y su protección: Se prohíbe cualquiera 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".

La única referencia que se hace en el Código del Trabajo, con relación a la nacionalidad de los trabajadores, es en el Capítulo III denominado "De la nacionalidad de los trabajadores". En este capítulo, en los Artículos 19 y 20 se dispone que "El ochenta y cinco por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena", exceptuando al empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores. Para computar la proporción se señala que se seguirán las siguientes reglas:

- 1.- Se tomará en cuenta el número total de trabajadores que un empleador ocupe dentro del territorio nacional y no el de las distintas sucursales separadamente;
- 2.- Se excluirá al personal técnico especialista;

3.- Se tendrá como chileno al extranjero cuyo cónyuge o conviviente civil o sus hijos sean chilenos o que sea viudo o viuda de cónyuge chileno, y

4.- Se considerará también como chilenos a los extranjeros residentes por más de cinco años en el país, sin tomarse en cuenta las ausencias accidentales.

Esta norma tiene por objeto “proteger la competitividad del mercado de trabajo nacional frente a migraciones excesivas y de poca calificación al país, y teniendo presente además que el legislador ha sido en extremo cuidadoso de no afectar negativamente el desarrollo de la industria nacional, excluyendo de esta restricción al personal técnico especialista”²

Por su parte, en relación con la normativa previsional, la situación de los extranjeros que trabajan en Chile se encuentra regulada por las normas comunes y generales sobre la materia, es decir por el Decreto Ley 3.500 de 1980. Sin embargo, la Ley 18.156 que fue publicada el 25 de agosto de 1982, concede la posibilidad de no enterar en Chile el pago de cotizaciones previsionales al trabajador extranjero que cumpla con las exigencias dispuestas en el artículo 1° de dicha ley:

- Que las empresas firmen contratos con personal técnico o profesional extranjero.
- Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y
- Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

Si el trabajador extranjero no cotiza en nuestro país, no podrá acceder a los beneficios del sistema chileno, salvo los derivados del sistema de cobertura de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, dispuestos en la ley 16.744, que son de cotización obligatoria para el empleador.

² Dirección del Trabajo. (1996a, 14 noviembre). ORD.: N°6307/282. Recuperado 28 septiembre, 2017, de <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-88707.html>

Otro importante punto con relación a los trabajadores extranjeros en la ley 18.156, es que esta dispone en su artículo 7° que en el caso de que trabajadores extranjeros registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones, podrán solicitar la devolución de los fondos previsionales que hubieren depositado, siempre que den cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1° de la misma ley.

La fiscalización de las disposiciones laborales, previsionales y de higiene y seguridad del Código del Trabajo, incluida la de los extranjeros y sus leyes complementarias, son de competencia exclusiva de la Dirección del Trabajo.

Como pudimos observar en este subcapítulo, las normas relativas a los trabajadores migrantes son en general normas comunes a todos los trabajadores. No existen normas especiales relativas al otorgamiento del contrato de trabajo y menos aún relativas al idioma en que pueda o deba otorgarse éste.

1.2. Legislación nacional relativa al idioma en que debe otorgarse el contrato de trabajo en Chile.

Para el desarrollo de este trabajo es fundamental conocer que dice la legislación nacional respecto al idioma en que debe otorgarse un contrato de trabajo en Chile. Pero antes de esto, es necesario analizar si existe en nuestra legislación la determinación de un idioma oficial en el país.

Al respecto, es importante señalar que no existe cuerpo legal, incluyendo la Constitución Política de la República, que indique que el idioma oficial de nuestro país es el español. Sin embargo, se le considera nuestro lenguaje oficial de facto por ser el idioma en el que se redactan las leyes que en su totalidad están escritas en castellano y también todos los documentos administrativos oficiales del país, como los reglamentos, los decretos, los dictámenes, etc.

Frente a la problemática abordada, es importante analizar este punto, pues nos ayudará a vislumbrar si existe la posibilidad de escriturar un contrato de trabajo en Chile en un idioma que no sea el español y, en la afirmativa, las condiciones necesarias para aquello.

Consideramos también oportuna la revisión y análisis de la legislación nacional en su totalidad, partiendo por la Ley Fundamental y pasando por la legislación común, la legislación específica y también los actos administrativos. Sólo así se podrá resolver la problemática planteada.

Con respecto a la Constitución Política de la República, es del caso señalar que no encontramos referencia alguna, en su texto, relativa al idioma oficial de Chile.

Por su parte, en la legislación común nos encontramos con una serie de normas dispuestas en distintas leyes que exigen como requisito para la validez de ciertos instrumentos el que se encuentren redactados en español, pero no una referencia a que el español sea efectivamente el idioma oficial del país. Algunas de estas normas serán revisadas más adelante a propósito de un análisis que realiza la Dirección del Trabajo, para dar respuesta a un requerimiento que se les realiza donde se consulta sobre el idioma en que fue otorgado un contrato de trabajo.

En cuanto a la legislación específica, que en este caso vendría siendo el Código del Trabajo, no existe artículo alguno en todo el cuerpo legal que señale el idioma en el cual deba escriturarse obligatoriamente el contrato de trabajo. Así en el artículo 10, de dicho cuerpo legal, donde se establecen las estipulaciones mínimas que debe contener un contrato de trabajo, no se exige que estas estipulaciones deban ser necesariamente redactadas en idioma español.

Esta circunstancia evidencia lo que hemos venido diciendo, esto es, que en ningún cuerpo legal o reglamentario, incluida la Constitución Política de la República, se señala que el español sea el idioma oficial del país.

Ahora bien, la Dirección del Trabajo en el dictamen ORD. N°1124/29, de fecha 27 de marzo de 2003, donde se le requiere un pronunciamiento sobre la legalidad de un contrato redactado en idioma extranjero, realiza un análisis de nuestra legislación

para poder dar una respuesta a dicho requerimiento. En dicho dictamen se señala la existencia de un vacío legal y que para resolverlo es necesario recurrir a las reglas de interpretación de la ley, en específico al inciso segundo del artículo 22 del Código Civil, según el cual los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre la misma materia.

Considerando que no existe norma expresa de carácter general en nuestra legislación que disponga al español o castellano como el idioma oficial de Chile, sólo se puede entender que lo sea a través de la vía interpretativa y más que nada que se entienda como requisito para determinadas cuestiones de distinta índole, en casos más bien concretos.

Al respecto, dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen normas dispersas que señalan como requisito el idioma español en distintas circunstancias. Algunas de estas normas están relacionadas con los requisitos para la presentación de documentos en idioma extranjero en juicio, con el idioma que deben manejar los estudiantes como requisito mínimo en la enseñanza básica y media, el exigido para las escrituras públicas, el idioma en que se deben llevar los libros de contabilidad, también diversas normas relativas al derecho de los consumidores, firma electrónica, formularios de medicamentos, entre otros.

A continuación, revisaremos cada una de las normas mencionadas, partiendo con la disposición del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil, el cual prevé que “Los instrumentos extendidos en lengua extranjera se mandarán traducir por el perito que el tribunal designe, a costa del que los presente, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas en la sentencia. Si al tiempo de acompañarse se agrega su traducción, valdrá ésta; salvo que la parte contraria exija, dentro de seis días, que sea revisada por un perito, procediéndose en tal caso como lo dispone el inciso anterior”.

La norma del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra inserta en el Título XI, del Libro II, De los Medios de Prueba. Según lo dispuesto en este artículo, entendemos que vendría a confirmar que legítimamente pueden otorgarse en Chile instrumentos en un idioma distinto al español, sin embargo, establece que es necesaria su traducción al español para que sean reconocidos en

juicio. Esta exigencia se encuentra también en otros cuerpos legales y reglamentarios siguiendo la misma lógica.

Otra norma que encontramos en nuestro ordenamiento, relativa al idioma español como requisito para una situación particular, es la del artículo 11, letra a), de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, 18.962, en el Título I, sobre requisitos mínimos de enseñanza básica y media, donde se establece que para lograr los objetivos generales establecidos en dicha ley, los alumnos de enseñanza básica deberán alcanzar entre los requisitos mínimos de egreso: “saber leer, expresarse correctamente en el idioma castellano, en forma oral y escrita, y ser capaz de apreciar otros modos de comunicación”.

Siguiendo la misma lógica, el inciso primero del artículo 404, del Código Orgánico de Tribunales, establece que las escrituras públicas deben escribirse en idioma castellano. Por su parte, el artículo 26 del Código de Comercio dispone que los libros de contabilidad y correspondencia deberán ser llevados siempre en lengua castellana.

A su turno, el artículo 17 de la ley 19.496, del Consumidor, establece que los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por dicha ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor. En el mismo artículo, en el inciso tercero, se dispone que “tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales”. De esta norma podemos deducir que en los contratos relacionados con el derecho del consumidor la norma general es la escrituración en castellano, pero que admite que excepcionalmente se puedan redactar en otro idioma siempre que se cuente con el consentimiento expreso del consumidor.

Similar al caso anterior es la exigencia que se establece en el decreto N° 1876, del Ministerio de Salud del año 1995 respecto a los formularios de medicamentos, en el artículo 12, letra a), también en la ley 19.799 sobre firma electrónica, y en el artículo 28, letra a), de la ley 19.253 o Ley Indígena.

De forma general podemos entender, que lo dispuesto en estas normas apunta a que se logre entregar un mensaje entendible a las personas. Su fin es que pueda ser comprendido por la gran mayoría de los habitantes del país, que efectivamente hablan español, y que representan un 96,8% de la población chilena, según el Censo del año 2012.

La circunstancia descrita, no hace contrario a nuestro parecer, al hecho de que un contrato de trabajo pueda escriturarse en otro idioma además de hacerlo en español, como es el caso de los contratos de adhesión, en el derecho del consumidor. Esto, porque finalmente lo que se debe buscar es la comprensión de lo que se lee y lo que se firma, para lo cual resulta fundamental que la información se entregue en un lenguaje conocido. Y esto se torna aún más importante cuando es aplicado a los contratos de trabajo, pues en ellos entran en juego muchos factores, siendo el más importante los derechos fundamentales del trabajador migrante.

En el dictamen de la Dirección del Trabajo ya comentado, se concluye que de acuerdo a la normativa invocada, es posible derivar que todo documento que haya de tener un uso o destino de carácter oficial o público, debe estar redactado en idioma español o ser acompañado de una traducción, significando en los hechos que el idioma oficial de la República de Chile sea el castellano.

Esto último también se menciona en el dictamen de la Contraloría General de la República N°4031, del 1 de febrero de 1996, que señala “el único idioma oficial de la República de Chile es el castellano, de modo que todo documento que haya de tener un uso o destino de carácter oficial o público debe estar redactado en dicha lengua, o

ser acompañado de la respectiva traducción, a menos que la ley autorice su extensión en lenguaje diverso”.³

Posteriormente, en el año 2014, la Contraloría generó un nuevo dictamen, el N°4510, que complementa el N°4031 y que señala lo siguiente:

“Además, no existe en el ordenamiento jurídico nacional disposición general alguna que establezca el castellano como lengua oficial para todos los efectos legales, sin perjuicio de que determinadas leyes demandan ese idioma tratándose de actos o situaciones específicas, como sucede por ejemplo con la ley N° 19.496 sobre la protección de los derechos del consumidor, que en su artículo 17 exige que se redacten en ese idioma los contratos de adhesión regulados por ella y la ley N° 19.799, artículo 12, letra a), la cual indica que el prestador de servicios de certificación de firma electrónica deberá comunicar a los usuarios las reglas que regirán la misma en idioma castellano”.⁴

Esto confirmaría lo que venimos señalando en este capítulo, que no existe en el ordenamiento jurídico una disposición general que establezca al español o castellano como idioma oficial de la República de Chile, pero que sí existen determinadas leyes que en situaciones específicas requieren que se utilice el idioma español y que fundamentalmente se hace de esta forma para lograr la comprensión de la gran mayoría de los habitantes del país.

La Dirección del Trabajo concluye que la obligación de escriturar el contrato de trabajo, dentro de los plazos establecidos por el artículo 9 del Código del Trabajo, supone necesariamente la obligación de extender un ejemplar en idioma español, o acompañar la respectiva traducción que hayan aceptado las partes del contrato o aquella realizada por el perito que se haya designado.

³ Contraloría General de la República. (1996a, 1 febrero), Dictamen 4031. Recuperado 29 septiembre, 2017, de <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales>

⁴ Contraloría General de la República. (2014^a, 20 septiembre). Dictamen 45010. Recuperado 28 septiembre, 2017, de <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>

Señala también la Dirección del Trabajo que: “Confirma lo anterior lo dispuesto por el artículo 31 del D.F.L. N° 2, de 1967, ley orgánica de la Dirección del Trabajo, en cuya virtud los funcionarios del trabajo podrán requerir de los empleadores, patronos o de sus representantes y de sus organizaciones, toda la documentación necesaria para efectuar las labores de fiscalización que les corresponda y todos los datos pertinentes para realizar las encuestas que patrocina la Dirección del Trabajo, incluso la exhibición de sus registros contables, acción fiscalizadora que sólo es posible cumplirse cuando los documentos respectivos se han extendido en idioma español o se ha acompañado la correspondiente traducción, según se precisa en el informe evacuado por el Departamento de Fiscalización de 11.03.2003”.⁵

Lo concluido por la Dirección del Trabajo nos permite vislumbrar que efectivamente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico la obligación de únicamente escriturar el contrato de trabajo en idioma español. En la práctica sí podría otorgarse un contrato de trabajo en un idioma distinto, pero sería necesario acompañar una copia en español.

1.3. El idioma como factor de discriminación. Problemas de otorgar el contrato en español cuando el trabajador no maneja nuestro idioma.

El fenómeno migratorio responde, fundamentalmente, a motivaciones laborales. Muchas veces, los trabajadores migrantes ocupan los empleos que los nacionales no quieren ocupar, generándose en su incorporación al mercado laboral distintas barreras y discriminaciones. En esta parte analizaremos en particular por qué el otorgamiento del contrato de trabajo en español se transforma en una de estas formas de discriminación, cuando el trabajador afectado no maneja este idioma.

⁵ Dirección del Trabajo. (2003a, 27 marzo). Dictamen 1124/29. Recuperado 5 octubre, 2017, de <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-62866.html>

Los trabajadores migrantes no pueden quedar ajenos al objetivo de las políticas públicas de propender a un trabajo decente. Para que el trabajo decente sea efectivo se debe cumplir la garantía internacional del principio de igualdad y no discriminación. Este principio lo encontramos en nuestra Constitución Política en los siguientes artículos:

Art. 1° inciso 1° “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Art. 19° N° 2.- (Derecho a) “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

Art. 19° N° 6.- “Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera 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”.

El cumplimiento de la garantía de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales se relaciona con la generación de condiciones laborales justas que respeten la dignidad de las personas⁶. Algunas de esas condiciones, en concreto, tienen que ver con una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador, objetivos que dada su envergadura escapan de la pura esfera del derecho laboral y se transforman en cuestiones con una evidente implicancia social⁷.

Todas las condiciones antes mencionadas se relacionan con el idioma de suscripción del contrato de trabajo entre el trabajador migrante y su empleador; algunas como la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador de manera

⁶ Vid. HEPPLE, B. Equality: The New Legal Framework. Hart Publishing, 2011. p. 27.

⁷ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. The principle of equality in the labour market: reflections on the spanish model. Essays in honour of Georgios I. Kassimatis, (Coord. Nikolaos Alvizatos). Atenas: BWV Berliner Wissenschafts-Bruylant, 2004. p. 527-528.

directa, y otras como la remuneración, las condiciones de libertad y la aplicación equitativa de condiciones laborales de forma indirecta a través de las lesiones producidas a la autonomía de la voluntad.

¿Podemos estar seguros de que un trabajador chino, que no habla español, entiende y es capaz de negociar su remuneración cuando está suscribiendo un contrato de trabajo en dicho idioma? Ciertamente, la respuesta es negativa.

El Doctor en Derecho Jorge López sostiene que la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es, a la vez, la fuente y medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce. “Decir que la voluntad es autónoma significa que ella es libre para crear los derechos y obligaciones que le plazcan.”⁸

Según este autor, el principio de la autonomía de la voluntad no está enunciado en el Código Civil chileno, pero su importancia es manifiesta toda vez que la mayoría de los principios de la contratación derivan de él. Así, el del consensualismo, la libertad contractual, el de la fuerza obligatoria y del efecto relativo de los contratos serían subprincipios de la autonomía de la voluntad, mientras que el de buena fe sería el único que se perfila como independiente de esta institución⁹.

El artículo 7º del Código del Trabajo define el contrato individual como “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

A partir de dicha definición, podemos desprender los hechos que configuran el contrato de trabajo: la existencia de un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador, la obligación que suscribe el trabajador de prestar servicios personales no delegables, la obligación que suscribe el empleador de pagar una remuneración, y el vínculo de subordinación y dependencia entre ambas partes.

⁸ Lopez, J.(1998). *Los contratos parte general* (2ª ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. p. 233.

⁹ *Ibíd.* p. 234.

La doctrina especializada en derecho laboral ha señalado algunas características específicas del contrato individual de trabajo, a saber: es bilateral, oneroso, conmutativo, principal, consensual, dirigido, de tracto sucesivo y nominado. El que sea dirigido implica que el legislador fija el contenido contractual mínimo o máximo de la relación laboral con el objeto de superar la desigualdad existente entre las partes contratantes.

En el contenido del contrato de trabajo –definido por el abogado chileno Luis Lizama como “el conjunto de derechos y obligaciones que se generan para las partes¹⁰”– es posible distinguir entre el contenido jurídico-institucional, el patrimonial y el ético-jurídico, según la clasificación que exponen los autores nacionales William Thayer y Patricio Novoa¹¹.

De acuerdo a estos autores, el contenido jurídico institucional tiene que ver con los derechos y obligaciones que ligan a ambas partes con vistas a la adecuada realización de la relación laboral y al cumplimiento de los fines de la empresa, el contenido patrimonial se refiere al deber del trabajador de prestar los servicios personales comprometidos a cambio del pago de la remuneración convenida, y el contenido ético-jurídico deriva del hecho de que el contrato de trabajo no está delimitado exclusivamente por su contenido patrimonial, pues vincula a seres humanos en una relación de comunidad jurídico-personal. El objeto de la relación jurídica no es una mercancía. Por esta razón, el contrato de trabajo tiene además un “profundo contenido moral con manifestaciones ético-jurídicas, a las que llamamos obligaciones ético-jurídicas¹²”. Los deberes de este tipo a los que debe dar cumplimiento el empleador son, entre otros, el respeto a la persona y dignidad del trabajador, el deber general de protección, de higiene y seguridad, de previsión, de capacitación y de ocupación efectiva y adecuada.

A mayor abundamiento, el contenido ético-jurídico ha sido incluido por parte de doctrina más reciente, dentro de los elementos que se derivan de la aplicación del

¹⁰ Lizama, L. *Derecho del Trabajo*. Santiago, Chile: LexisNexis. p. 66

¹¹ Thayer, W., & Novoa, P. (2008). *Manual de Derecho del Trabajo Derecho individual de trabajo* (5ª ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo III. p. 113.

¹² *Ibíd.* p 113

principio universal de la buena fe a las relaciones laborales, particularmente a la suscripción del contrato de trabajo¹³.

La buena fe se traduce en una obligación de las partes contratantes que les exige actuar rectamente, de forma honrada, sin intención de dañar u oscurecer las cláusulas acordadas, obligándose a observar una determinada actitud de respeto y lealtad en el tráfico jurídico, ya sea que se actúe en el ejercicio de un derecho como de una obligación¹⁴.

En el caso del trabajador, al tratarse de un vínculo intuito persona, se deben cumplir por parte del deudor ciertos deberes más gravosos que en otro tipo de contratos, debiendo acomodarse de manera más rigurosa al principio de la buena fe. De este modo, la buena fe del contratante se traducirá en el hecho de que tanto su declaración o conducta, así como su voluntad, se ajustan no sólo a los cánones de la legalidad, sino que, también, a los de la justicia¹⁵.

La buena fe, entonces, tiene en el ámbito del derecho laboral una función informadora, integradora y correctora de derechos, actuando a modo de complemento de los vacíos que tenga la legislación nacional. Durante los estadios previos a la suscripción, la buena fe les impone a los contratantes un conjunto de deberes de confianza, corrección y cooperación. Entre ellos se destaca el deber de información y transparencia, según el cual los contratantes están obligados a entregar información completa y veraz, que contribuya a la formación de un consentimiento claro y reflexivo¹⁶.

Es evidente que la única manera de conseguir un consentimiento claro y reflexivo es a través de una comunicación escrita donde tanto el trabajador como el empleador entiendan el contrato que están suscribiendo. La buena fe, entonces,

¹³ Irureta, P. (2011). Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Revista Ius et Praxis*, (2), pp. 133–188.

¹⁴ Cfr., entre otros, Capón, R. *El abuso del derecho con relación al contrato de trabajo. Estudios de derecho individual de trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali*. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1979. pp. 780 y ss.

¹⁵ Cfr., Herrero, B. *La simulación y el fraude a la ley en el Derecho del Trabajo*. Bosh. Barcelona, 1958. p. 242.

¹⁶ Gil y Gil, J. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Consejo Andaluz de relaciones laborales. Sevilla, 2003. p. 22.

impone el deber de escriturar el contrato en el idioma que el trabajador maneja de manera funcional.

Por otra parte, el contrato de trabajo se rige, respecto a los requisitos de validez, por las normas de derecho común establecidas en nuestro Código Civil:

Artículo 1445° inciso 1°: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita”.

Si nos concentramos en la segunda causal del artículo referido, debemos analizar cuáles son los presupuestos bajo los cuales un contrato de trabajo adolecería de validez debido a un vicio en el consentimiento.

Los autores Thayer y Novoa recogen un concepto del Derecho Civil que define el consentimiento “como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico.¹⁷” Típicamente, los vicios del consentimiento que pueden dar lugar a la nulidad del acto o contrato son: el error, la fuerza y el dolo.

Respecto al error, que puede generarse producto de la diferencia idiomática, su elemento central es la ignorancia o el juicio equivocado y debe versar sobre una persona, un hecho o una cosa. Para que vicie el consentimiento debe recaer sobre la especie de acto o contrato celebrado, la identidad de la cosa específica de que se trata, la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, u otra calidad de la cosa que, sin ser esencial, sea el principal motivo de una de las partes para contratar, habiendo sido este motivo conocido por la otra¹⁸.

De acuerdo con esta definición, pensemos en un trabajador haitiano que solo entiende francés y creole, y que se ve enfrentado a la suscripción de un contrato de trabajo con un empleador chileno, escrito completamente en español. En este caso hipotético, naturalmente el trabajador sabe que está firmando un contrato de trabajo

¹⁷ Alessandri, A. Somarriva. M y Vodanovic. A, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, 1945, págs. 397 y ss., citado en Thayer, W. y Novoa, P. (2008). p. 93.

¹⁸ Ver artículos 1452, 1453 y 1454 del Código Civil.

(pues la motivación de su migración es de tipo laboral) pero podría perfectamente no entender el tipo de trabajo, sus condiciones o incluso el monto de su remuneración. Para un migrante recién llegado a Chile, es probable que el motivo principal para contratar sea el monto de la remuneración (dejando de lado otros aspectos que en ese momento puedan ser secundarios para él, como la fragmentación de la jornada laboral), por lo cual podemos caer en una causal de invalidez del contrato si el trabajador no entiende cuál es el período de pago de su remuneración, de acuerdo al numeral 4° del artículo 10° del Código del Trabajo, y por esta razón cree que va a recibir un monto mayor al que efectivamente recibirá.

Thayer y Novoa sostienen que también es posible que en el contrato de trabajo exista error en cuanto a la persona, en cuyo caso “hay que referirlo más bien a la consideración patrimonial y económica del empresario y a las aptitudes profesionales del trabajador.¹⁹”

Respecto a la fuerza, que de acuerdo con el artículo 1456 del Código Civil vicia el consentimiento, “cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”, la doctrina mayoritaria en la materia considera que no son comunes las hipótesis de fuerza al momento de la firma de un contrato de trabajo, pues más bien los episodios de violencia se dan durante el desarrollo de la convención laboral.

Thayer y Novoa precisan que no puede considerarse como fuerza invalidante del contrato el hecho de que sea celebrado bajo el imperativo de que una necesidad económica del trabajador lo haga aceptar una remuneración muy baja²⁰, por lo cual podemos descartar esta posibilidad, muy frecuente en el caso de trabajadores migrantes, especialmente en aquellos de origen latino, pero no debemos por ello pasar por alto la eventual invalidez del contrato que se puede producir cuando por motivos idiomáticos se configura una causal de error de las que ya hemos mencionado.

¹⁹ Thayer, W., & Novoa, P. (2008). Op. cit. p. 93

²⁰ Thayer, W., & Novoa, P. (2008). Op. cit. p. 94

Si bien, en la práctica, los vicios del consentimiento tienen poca aplicación en el caso del contrato individual de trabajo, por existir otras vías más expeditas para poner término a la relación laboral, se transforman en importantísimo elemento a estudiar para configurar la discriminación arbitraria que se produce en el caso que estamos analizando en esta tesis.

Retomando el punto sobre la garantía del principio de igualdad y no discriminación, debemos notar que esta no solo se encuentra reglada en la Constitución, sino que también la encontramos presente en los cuerpos normativos específicos. Para el caso del contrato individual de trabajo, debemos remitirnos al Código del Trabajo que en su artículo segundo establece: "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.

Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona (...)

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".

Así, al recapitular los elementos analizados en esta sección, tenemos como marco general a la garantía del principio de igualdad y no discriminación, sumado a las características propias del contrato individual de trabajo en nuestra legislación, tanto sobre los elementos jurídico-éticos que lo configuran -al tratarse de una convención respecto de personas- como a las condiciones de validez del contrato que están contenidas en el derecho común y, especialmente, el principio de la buena fe como mecanismo integrador de las normas de derecho laboral en relación a los principios generales del derecho.

Todos estos elementos configuran un evidente escenario de discriminación al que se ve enfrentado un trabajador migrante que no entiende el español, cuando se le obliga a suscribir un contrato individual de trabajo en este idioma. El contrato de trabajo es un contrato especial, reglado en un código particular, y que –como ya hemos visto– presenta elementos diferenciadores que incluyen incluso consideraciones éticas. Por estos motivos resulta doblemente gravoso para el trabajador la hipótesis de que no se le permita entender el contrato que va a firmar, resultando del todo natural que al aplicar nuestras normas, y más aún cuando examinemos en el segundo capítulo la normativa internacional, se le permita a este tipo de trabajadores la suscripción del contrato de trabajo en su idioma madre, como parte de sus derechos inherentes a la condición humana y al carácter intuitivo personal de este tipo de contratación.

Esta constatación obliga también a incentivar la realización de cambios en la normativa interna, cuestiones que analizaremos en detalle más adelante, pero que a priori deben considerar un cambio de enfoque tanto en nuestro Código del Trabajo como en nuestra Ley de Extranjería (DL 1094 de 1975).

Dentro de las inconsistencias encontradas, en el libro II del Código del Trabajo denominado “De la protección a los trabajadores” y donde encontramos algunas normas específicas para grupos generalmente vulnerados en sus derechos, se establecen regulaciones para la maternidad, la paternidad, el seguro social contra accidentes del trabajo, el acoso sexual y los trabajadores de carga y descarga manual, no considerándose a los trabajadores migrantes que cada día crecen como fuerza laboral relevante y usualmente vulnerada en nuestro país.

Del mismo modo, este código establece la necesidad de suscribir contratos especiales, con mayores medidas de control y fiscalización, en casos de trabajadores con mayores posibilidades de vulneración, dentro de los cuales tampoco se encuentran los migrantes: contratos de trabajadores agrícolas, de trabajadores embarcados, de los trabajadores de artes y espectáculos, de trabajadores de casa particular, de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas, de tripulantes de vuelo y de tripulantes de cabina de aeronaves comerciales de pasajeros y carga, entre otros.

Por otra parte, resulta fundamental tener una ley de extranjería acorde a los nuevos tiempos, que deje de ver al fenómeno de la migración como una amenaza, y lo vea como la oportunidad que es, particularmente en el mundo del trabajo y de la potenciación de la fuerza productiva del país. Así, resulta curioso por ejemplo que el actual artículo 24° establezca que: “El contrato de trabajo que se acompañe para obtener esta visación (visa sujeta a contrato) deberá contener una cláusula por la que el empleador o patrón se comprometa a pagar el pasaje de regreso del trabajador y demás personas que estipule el contrato. Las formalidades y características del contrato serán señaladas en el reglamento”.

Nuestra ley de extranjería vigente obliga al empleador a comprometerse a pagar el pasaje de regreso del trabajador, pero en ninguna parte obliga a garantizar que el trabajador, independientemente de su lengua madre, tenga las alternativas necesarias para entender a cabalidad su contrato de trabajo y de esta forma dar cumplimiento a la garantía de igualdad y no discriminación, a los elementos jurídico-éticos inherentes a este tipo de contratos, y de paso se pueda evitar algún tipo de nulidad que pueda surgir a partir del error en la suscripción del mismo por motivos idiomáticos.

1.4. El contrato de trabajo para trabajadores extranjeros en Chile.

Como ya hemos analizado, el Código del Trabajo no establece normas específicas para los trabajadores migrantes en lo relativo a la suscripción del contrato de trabajo. No obstante, debemos remitirnos a la Ley de Extranjería actualmente vigente (Decreto Ley N°1094 de 1975) para identificar alguna regulación respecto a estos trabajadores, la cual se remite fundamentalmente a los requisitos de acceso al país y a las visaciones necesarias para ejercer actividades remuneradas, sin hacerse cargo de la dimensión político social del fenómeno migratorio. Una de las críticas recurrentes a nuestra actual normativa de extranjería es la concepción del fenómeno migratorio como una amenaza que debe ser restringida, más que como una oportunidad para el desarrollo del país.

En esa línea, un estudio preparado por el Observatorio Ciudadano y Amnistía Internacional recomienda una nueva legislación porque la actual "está lejos de responder al respeto de los derechos humanos de los extranjeros que residen en Chile²¹". Macarena Machín, coordinadora del equipo de Migración, Refugio y Solicitud de Asilo de Amnistía Internacional y autora del informe mencionado, ha señalado que "Chile cuenta con una Ley de Extranjería que tiene muchos de sus artículos en desuso y obsoletos y está centrada básicamente en aspectos relativos al otorgamiento de visas y el ingreso o expulsión de extranjeros del país²²".

En efecto, el trabajador extranjero sólo puede iniciar una actividad laboral cuando obtiene la visación de residencia o el permiso especial de trabajo. La Ley de Extranjería contempla los siguientes permisos de residencia y autorizaciones de trabajo:

Visa Temporaria (art. 29): Este permiso se otorga, entre otros, a extranjeros que tienen vínculo con chileno, vínculo familiar con residente con permanencia definitiva, profesionales y técnicos de nivel superior y ciudadanos de los estados parte del Mercosur.

Quienes la poseen, pueden realizar actividades remuneradas con cualquier empleador, desde que se estampa dicho permiso en el pasaporte. Si desea comenzar a trabajar inmediatamente, se tiene la opción de solicitar un permiso de trabajo mientras se tramita la solicitud de visa.

Visa sujeta a contrato (art. 23): Habilita al titular a realizar actividades remuneradas, exclusivamente con el empleador con el cual se suscribió un contrato. Este contrato debe tener las siguientes características:

Debe contener: lugar y fecha de expedición; nombre, nacionalidad, rut y domicilio del empleador; nombre, nacionalidad, n° de pasaporte y domicilio del trabajador; función o labor que desarrollará en Chile; lugar donde se efectuará, y

²¹ MACHÍN, M.(2011) *Los derechos humanos y la migración en Chile: desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural*. Observatorio Ciudadano y Amnistía Internacional. Santiago, Chile.

²² Diario La Nación. (2011, 16 diciembre). Informe advierte ley chilena de extranjería está obsoleta. Recuperado 28 noviembre, 2017, de <http://lanacion.cl/informe-advierte-ley-chilena-de-extranjeria-esta-obsoleta/noticias/2011-12-16/104310.html>

extensión de la jornada laboral; determinación de la remuneración, la que no podrá ser inferior al salario mínimo y puede ser pagada en moneda nacional o extranjera; duración del contrato y fecha de inicio de actividades.

Además, debe contener las siguientes cláusulas: cláusula de vigencia, según la cual la obligación de prestar servicios solo podrá cumplirse una vez que el trabajador haya obtenido la visación de residencia o el permiso especial correspondiente; cláusula de viaje, a través de la cual el empleador se compromete a pagar al trabajador y a los miembros de su familia -al término del contrato- el pasaje de regreso a su país de origen o al que acuerden las partes; cláusula de régimen previsional, donde el empleador se compromete a efectuar las retenciones correspondientes y entregarlas a las instituciones de seguridad social; y la cláusula de impuesto a la renta, por la que el empleador se obliga a responder por el pago de impuesto a la renta correspondiente a la remuneración del trabajador extranjero para rentas superiores a 13,5 UTM.

Como vemos, este contrato -que debe legalizarse ante notario público- tiene exigencias tales como la compra del pasaje de regreso para el trabajador, pero no garantiza que la suscripción del mismo se realice en su idioma.

La visa del residente sujeto a contrato no puede ser inferior a un año, pudiendo tener una vigencia de hasta dos años, prorrogable por periodos iguales y sucesivos. Si la relación laboral termina, se acaba también este permiso de residencia.

Permiso para trabajar con Visa de Estudiante (art. 27): los extranjeros que sean titulares de esta visa no pueden trabajar, salvo una autorización especial otorgada por el Ministerio del Interior con la finalidad de realizar la práctica profesional o de costear los estudios.

Permiso para trabajar como turista (art. 48): los turistas no pueden trabajar en el país. No obstante, en casos calificados el Ministerio del Interior puede autorizarlos a trabajar por un tiempo máximo de 30 días, prorrogables, mientras se mantenga vigente el permiso de turismo.

Existen también algunas figuras especiales al respecto, tanto respecto de la calidad de refugiados -conforme a la Ley N° 20.430 del año 2010- que genera un tipo

de residencia que permite desarrollar cualquier labor remunerada de carácter lícito, como de la concesión de visas de residente sujeto a contrato excepcionales, sin necesidad de contar con un contrato de trabajo escrito, para los casos de artistas, científicos, profesores, escritores o personas de especial relevancia en el ámbito cultural o figuras de notorio prestigio público, o bien personas patrocinadas por entidades de reconocida solvencia o cuyas actividades las realizan con fines de beneficencia, enseñanza o difusión.

Más allá de las particularidades de cada situación ya enunciada, podemos resumir los requisitos genéricos para que un extranjero trabaje en Chile de la siguiente manera:

- 1.- La empresa que contrata al trabajador extranjero debe tener domicilio legal en Chile.
- 2.- El contrato de trabajo debe firmarse en Chile, ante notario, por el empleador y el trabajador, o quien lo represente.
- 3.- Los profesionales o técnicos especializados deben acreditar su respectivo título, legalizado ante el Consulado chileno en el país de origen y ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.
- 4.- Las actividades que desarrolle el extranjero en Chile no pueden ser consideradas como peligrosas o atentatorias para la seguridad nacional.

La reglamentación nacional sobre la contratación de trabajadores extranjeros, como hemos señalado, se limita a los aspectos normativos relacionados a la calidad del trabajador de acuerdo a su categoría de autorización para permanecer en el país, ya sea visa o permiso especial, dejando de lado otro tipo de consideraciones que - como hemos visto en este capítulo- revisten vital importancia al ser el contrato de trabajo una institución *instituto personae*, y al tratarse los trabajadores migrantes de sujetos generalmente provistos de una situación de vulnerabilidad que hace necesaria una mayor protección por parte del Estado.

En la actualidad, se encuentra en discusión en el Congreso Nacional una nueva ley de migraciones, proyecto que fuera ingresado el año 2013 por el Presidente

Sebastián Piñera en su primer gobierno, siendo complementado por diversas indicaciones durante su segunda administración. Pese a que esta iniciativa introduce diversas innovaciones y permite avanzar hacia un marco regulatorio discutido democráticamente, respecto al contrato de trabajo de trabajadores migrantes no existen mayores cambios que permitan afrontar esta problemática de acuerdo con los parámetros que exige la sociedad globalizada del siglo XXI.

Capítulo II

2.1. Observaciones de la Organización Internacional del Trabajo y aplicación de tratados internacionales en la materia.

Para partir, debemos señalar que la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. La OIT tiene un gobierno tripartito, integrado por los representantes de los gobiernos, de los sindicatos y de los empleadores. Su misión consiste en promover la justicia social y los derechos humanos y laborales reconocidos a nivel internacional.

En la actualidad la OIT impulsa la creación de trabajo decente y las condiciones laborales y económicas que permitan a trabajadores y a empleadores su participación en la paz duradera, la prosperidad y el progreso.

Su estructura tripartita ofrece una plataforma desde la cual promueve el trabajo decente para todos los hombres y mujeres. Es la única agencia de las Naciones Unidas con este tipo de estructura, cuyos mandantes son representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores quienes constituyen un foro singular en el cual sus 186 estados miembros pueden libre y abiertamente confrontar experiencias y comparar políticas nacionales que promuevan el trabajo decente para todos. La OIT está consagrada a promover la justicia social y los derechos humanos y laborales reconocidos a nivel internacional, teniendo como objetivos primordiales: fomentar los derechos laborales, ampliar las oportunidades de acceder a un empleo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo.²³

Ahora bien, lo anterior es más bien la preocupación y trabajo en general que desarrolla la OIT. Sin embargo, también se preocupa de grupos de trabajadores en particular y de las problemáticas que le son propias. En este orden de cosas es que se han dictado una serie de recomendaciones y se han promovido convenios para resguardar a los trabajadores migrantes. Éstos han tenido la atención de la OIT desde su creación, tratándose en el Tratado de Versalles e incluyéndose también, en la primera Conferencia Internacional del Trabajo del año 1919, discusiones sobre la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes y la concertación de políticas migratorias entre Estados, gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores.²⁴

A pesar de lo anterior, el asunto de los trabajadores migrantes no fue abordado específicamente hasta que se incluyó dentro de los fines y objetivos de la organización en 1944 (en la Declaración de Filadelfia). Posteriormente se hace con más fuerza en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, reiterando que los trabajadores migrantes necesitan una atención especial.

²³ Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). Misión e impacto de la OIT. Recuperado 2 diciembre, 2017, de <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

²⁴ Organización Internacional del Trabajo. (2006, 29 noviembre). La OIT y los trabajadores migrantes. Recuperado 2 diciembre, 2017, de http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang--es/index.htm

Al ser uno de los objetivos de la OIT la búsqueda de justicia social, la atención a los trabajadores migrantes ha resultado fundamental, y por lo mismo la organización busca situar este debate en la palestra pública.

El año 2003 comienza la implementación del Convenio Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios, y el 2004 la cuestión de la migración laboral y sus diversas secuelas fue el tema de la agenda principal a debatir en la Conferencia Internacional del Trabajo que anualmente se realiza en Ginebra.²⁵

Para la Reunión Técnica Tripartita sobre Migraciones Laborales, celebrada en noviembre de 2013 en la ciudad de Ginebra, se preparó un documento base para la discusión. Este texto, llamado “La Migración laboral y el desarrollo: La OIT sigue avanzando”²⁶, nos muestra el interés de la institución en los temas relativos a la protección de los y las trabajadoras migrantes. Esto porque se visualiza que estos trabajadores, que en su mayoría se encuentran poco o medianamente calificados, son particularmente vulnerables a situaciones de abuso y explotación y se encuentran frecuentemente mal informados respecto a las condiciones de trabajo y de vida del lugar al que llegan, pudiendo ser víctimas de engaños por parte de los agentes contratantes, lo que muchas veces tiene como consecuencia la suscripción de un contrato que no es comprendido por el trabajador, más aún cuando se trata de un idioma distinto al que él maneja.

En el texto se manifiesta que la OIT estaría considerando formular orientaciones más detalladas sobre prácticas éticas de contratación, esto a través de consultas con los diferentes actores. También que buscaría promover la adopción y la utilización de modelos de contratos de trabajo en los sectores de la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico y la industria del vestido, por ser sectores que atraen a migrantes poco o medianamente calificados que resultan ser particularmente vulnerables a

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Organización Internacional del Trabajo. (2013). *Migración laboral y desarrollo: La OIT sigue avanzando*. Documento de base para la discusión en la Reunión Técnica Tripartita sobre las Migraciones Laborales. Ginebra, Suiza.

condiciones laborales abusivas. Se da el ejemplo de Jordania, donde existe un modelo de contrato de trabajo en la industria del vestido.

Si bien es cierto que el foco de atención está puesto en los trabajadores migrantes que ocupan puestos en los sectores de la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico y la industria del vestido, no solo éstos podrían ver afectados sus derechos al contratar en un idioma en que no manejan completamente. Además, nuestro foco no son solo los trabajadores migrantes que no hablan español, sino que también se incluye a los que no lo entienden de manera total, pues igualmente pueden verse perjudicados.

Ahora, referido a un grupo especial de trabajadores, los trabajadores indígenas, existe otro convenio también promovido por la OIT, llamado Convenio relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas²⁷, que entró en vigor el año 1948 y que a pesar de que su estatus actual sea el de un “convenio dejado de lado”²⁸, nos entrega un importante punto relativo al idioma de los trabajadores. En este caso como ya señalamos, enfocado a los trabajadores indígenas.

En el mes de junio de 1939 fue convocada en Ginebra, por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, donde se decidió adoptar diversas proposiciones relativas a la reglamentación de los contratos de trabajo de los trabajadores indígenas, decidiendo también que estas proposiciones queden bajo la forma de un convenio internacional, adoptando el Convenio ya mencionado en el mismo año, 1939, que entra en vigencia posteriormente.

El citado Convenio, en su artículo 17 señala lo siguiente:

“Artículo 17

²⁷ Organización internacional del trabajo (1948). *Convenio relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas*. Adopción: Ginebra, 25ª reunión CIT (27 junio 1939) Estatus: Convenio dejado de lado (Convenios Técnicos).

²⁸ Así se les llama a los convenios que han dejado de ser pertinentes dado el actual contexto.

1. La autoridad competente, cuando sea necesario, deberá hacer imprimir resúmenes de la legislación relativa a los contratos, en el idioma o idiomas oficiales del territorio interesado, y en un idioma que conozcan los trabajadores, y deberá poner estos resúmenes a disposición de los empleadores y trabajadores interesados.
2. Cuando sea necesario, el empleador deberá estar obligado a colocar estos resúmenes en lugares visibles en un idioma que conozcan los trabajadores”

En este caso nos encontramos con una normativa que da claras luces sobre la problemática relacionada al idioma de los trabajadores, y que busca resolverla a través de traducciones de la legislación aplicable a los contratos de trabajo, imponiendo a la autoridad el deber de proporcionar a los empleadores estos instrumentos para ponerlos en conocimiento de los trabajadores.

Si bien la solución propuesta no es la óptima, no cabe duda de que sería un gran avance si se aplicara el mismo criterio a los trabajadores migrantes en nuestro país que no hablen español.

También -dentro de las recomendaciones que ha realizado la OIT- encontramos la R100, sobre la protección de los trabajadores migrantes del año 1955²⁹. En el título VI, sobre la aplicación de la Recomendación se señala, en el número 54, lo siguiente:

“En particular, en los casos en que las condiciones de trabajo, lenguaje, costumbre o moneda que circule en la región del empleo no sean familiares a los trabajadores migrantes, el servicio o los servicios administrativos apropiados deberían garantizar la observancia de cualquier procedimiento para celebrar contratos de trabajo, a fin de asegurarse de que cada trabajador comprende las condiciones de trabajo de su empleo, las disposiciones de su contrato, los detalles relativos a las tasas y al pago de salarios, y de que ha aceptado tales condiciones”.

Esta Recomendación, pese a que su estatus actual es de “Instrumento en situación provisoria”, es particularmente importante para el tema que estamos

²⁹ Organización Internacional del Trabajo (1955) *R100 - Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados)*. Adopción: Ginebra, 38ª reunión CIT (22 junio 1955) - Estatus: Instrumento en situación provisoria.

tratando, debido a que se enfoca en la necesidad de que los trabajadores migrantes comprendan las condiciones de su trabajo, las disposiciones de su contrato, lo relativo al pago de salarios y la aceptación de tales condiciones, recayendo tal labor en los servicios administrativos adecuados en los países, que puedan garantizar la observancia de los procedimientos para celebrar contratos de trabajo. Una vez más vemos en un instrumento de la OIT, que la obligación de velar por los contratos de trabajo de los trabajadores migrantes va a recaer en la autoridad competente

Finalmente, en la página oficial de internet de la OIT, en su apartado de *Preguntas y respuestas sobre las empresas y el trabajo forzoso*³⁰, encontramos la siguiente pregunta: “Un asalariado trabaja sin haber firmado todavía su contrato, o está trabajando, pero sin comprender el contrato, porque no puede leer o entender el idioma en el que está escrito. ¿En qué medida puede considerarse que esta situación contraviene lo dispuesto en los convenios de la OIT relativos al trabajo forzoso? Con el fin de evitar el trabajo forzoso, ¿tienen las empresas la obligación de traducir el contrato en un idioma que sea comprensible para el trabajador?” y la respuesta a dicha pregunta, entregada por la OIT es la siguiente; “Todos los trabajadores deberían tener contratos escritos, en un idioma que les resulte fácilmente comprensible, en los cuales se especifiquen sus derechos con respecto al pago de los salarios, las horas extraordinarias, la retención de los documentos de identidad, y otras cuestiones relacionadas con la prevención del trabajo forzoso”.

Frente a esto, pese a que aún no existe un instrumento específico, ni convenio o recomendación donde se plasme expresamente ni tampoco un pronunciamiento oficial que establezca de manera imperativa la necesidad de traducir los contratos, de todas formas podemos interpretar la posición del organismo respecto a la cuestión que hemos planteado en este trabajo. Esto, relacionando lo dispuesto en relación al idioma en otros temas, como en el convenio relativo a los trabajadores indígenas o la importancia de contar con sistemas de traducción frente ciertas situaciones legales que podrían enfrentar los migrantes, por ejemplo, ante detenciones o riesgos de

³⁰ Organización Internacional del Trabajo. (2012, 1 julio). Preguntas y respuestas sobre las empresas y el trabajo forzoso. Recuperado 28 mayo, 2018, de https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_152009/lang--es/index.htm

expulsión. Y es que efectivamente es necesario que el trabajador cuente con un contrato de trabajo en un idioma que le sea comprensible, para de esta forma evitar que sea vulnerado en sus derechos.

Respecto a los tratados internacionales, con fecha 18 de diciembre de 1990, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, suscrita por Chile el 24 de septiembre de 1993.

Esta Convención se convirtió en el tratado internacional más relevante que ha ratificado Chile en la materia, y por tanto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5º de la Constitución Política de la República, debe ser un marco rector en relación al respeto de los derechos fundamentales de este tipo de trabajadores.

Analizaremos en particular los artículos más relevantes, relacionados con el objetivo de esta tesis³¹.

Artículo 7

“Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.”

Como vemos, en este artículo se establece al idioma como uno de los factores que no puede generar distinciones arbitrarias a los trabajadores migrantes ni a sus familias. Tal como hemos analizado, la inexistencia de una obligación de traducir el contrato de trabajo genera con claridad una discriminación, pues hay un grupo de trabajadores migrantes -cada día en aumento en nuestro país- que no entiende lo que está firmando al momento de contratar.

³¹ El subrayado es nuestro.

Ahora vamos a revisar los artículos 16, 18 y 22:

Artículo 16

“5. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean detenidos serán informados en el momento de la detención, de ser posible en un idioma que comprendan, de los motivos de esta detención, y se les notificarán prontamente, en un idioma que comprendan, las acusaciones que se les haya formulado.

8. Los trabajadores migratorios y sus familiares que sean privados de su libertad por detención o prisión tendrán derecho a incoar procedimientos ante un tribunal, a fin de que éste pueda decidir sin demora acerca de la legalidad de su detención y ordenar su libertad si la detención no fuere legal. En el ejercicio de este recurso, recibirán la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete cuando no pudieren entender o hablar el idioma utilizado”.

Artículo 18

“3. Durante el proceso, todo trabajador migratorio o familiar suyo acusado de un delito tendrá derecho a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y las causas de la acusación formulada en su contra;

f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”

Artículo 22 (expulsión)

“1. La decisión les será comunicada en un idioma que puedan entender. Les será comunicada por escrito si lo solicitasen y ello no fuese obligatorio por otro concepto y, salvo en circunstancias excepcionales justificadas por razones de seguridad nacional, se indicarán también los motivos de la decisión. Se informará a los interesados de estos derechos antes de que se pronuncie la decisión o, a más tardar, en ese momento.”

Los artículos anteriores, 16, 18 y 22 de la convención en comento, hacen mención a situaciones de detención y expulsión de trabajadores migrantes. En estos se señala expresamente la necesidad de ser informados del evento en su idioma madre, para el correcto ejercicio de sus derechos, incluso asistiéndolos mediante servicios de traducción si fuera necesario. Tal y como vimos anteriormente, estas mínimas medidas de protección tampoco se cumplen en nuestro país, existiendo casos públicos de detenciones en donde los imputados jamás entendieron la razón de esa medida ni pudieron comunicarse para hacer valer sus derechos, tal como fue el mediático caso de Joane Florvil, mujer de nacionalidad haitiana, acusada injustamente de abandonar a su hija³².

En el caso de esta mujer, producto de la barrera idiomática, la impotencia por no entender porque estaba siendo privada de libertad y la desesperación por no poder explicar que era lo que realmente había sucedido, terminó con un confuso incidente en el cual Joane finalmente perdió la vida.

Los mismos resguardos que señala la convención en los artículos anteriores respecto a las situaciones descritas debieran también considerarse al momento de la suscripción de un contrato de trabajo con un trabajador migrante. En este caso, el trabajador se enfrenta a una situación en que requiere entender las obligaciones que van a surgir de la celebración de este contrato y también conocer los derechos que como trabajador le corresponden, de acuerdo con la legislación nacional. Lo anterior es especialmente importante en los casos en que los trabajadores migrantes están laborando por primera vez en el país, encontrándose especialmente vulnerables debido a la necesidad de generar dinero y buscando regularizar su situación migratoria, pasando en muchos casos por un momento de similar vulnerabilidad al que se encontrarían en caso de una detención.

Artículo 33

³² RUIZ, C. (2017, 7 octubre). Los 30 días de calvario de Joane Florvil. Diario La Tercera. Recuperado 10 junio, 2018, de <https://www.latercera.com/noticia/los-30-dias-calvario-joane-florvil/>

“1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a que el Estado de origen, el Estado de empleo o el Estado de tránsito, según corresponda, les proporcione información acerca de:

- a) Sus derechos con arreglo a la presente Convención;
- b) Los requisitos establecidos para su admisión, sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley y la práctica del Estado interesado y cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir formalidades administrativas o de otra índole en dicho Estado.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas que consideren apropiadas para difundir la información mencionada o velar por que sea suministrada por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones apropiados. Según corresponda, cooperarán con los demás Estados interesados.

3. La información adecuada será suministrada a los trabajadores migratorios y sus familiares que la soliciten gratuitamente y, en la medida de lo posible, en un idioma que puedan entender.”

El artículo 33 obliga a todos los estados firmantes, entre ellos Chile, a entregar toda la información relativa a los derechos de estos trabajadores, no solo respecto a las garantías generales que establece el Convenio, sino también respecto de “sus derechos y obligaciones con arreglo a la ley”, debiendo incluso “velar porque (la información) sea suministrada por los empleadores”. En esta categoría claramente entra el contrato de trabajo, por ser un instrumento privado consagrado en la ley, del cual emanan los derechos y los deberes de cualquier relación laboral contractual.

Al respecto, el punto 3 es claro señalando que dicha información debe ser entregada en el idioma que entienda el trabajador, “en la medida de lo posible”.

La pregunta de rigor, entonces, es si Chile está posibilitado o no para entregar la información relativa a los derechos de los trabajadores migrantes en el idioma que ellos manejan. La respuesta, desde la perspectiva de este trabajo, la dejaremos suspendida para las conclusiones.

Por último, aunque sin relación directa con los contratos de trabajo, no podemos dejar de mencionar el siguiente artículo:

Artículo 45

“1. Los Estados de empleo, en colaboración con los Estados de origen cuando proceda, aplicarán una política encaminada a facilitar la integración de los hijos de los trabajadores migratorios en el sistema escolar local, particularmente en lo tocante a la enseñanza del idioma local.”

Podemos notar que se establece la necesidad de proveer los medios de enseñanza del idioma local a los niños en las escuelas. Es claro que esta medida tiene como objetivo evitar discriminaciones y favorecer la integración de los niños a la sociedad nacional, tanto en su estado de infantes como en el futuro en su condición de adultos y trabajadores, si permanecen en el país. En Chile, existen algunas experiencias de este tipo, pero aún muy focalizadas y dependientes de esfuerzos aislados de los municipios u otras organizaciones particulares, como se mencionó anteriormente, sin existir una política pública general que se haga cargo de esta demanda. A lo que se apunta con lo anterior es a que el idioma es fundamental para desarrollarse en la sociedad y para la integración eficaz de las personas.

En el fondo, podemos observar que en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, existe un interés de reglar ciertas situaciones en que el idioma de las personas resulta un obstáculo para el ejercicio de sus derechos y que, a pesar de no referirse explícitamente al idioma en los contratos de trabajo, podemos extrapolarlo dadas las condiciones tan particulares de la contratación en materia laboral. Esto, en virtud de que los fundamentos tras lo que planteamos en esta tesis y lo señalado por la Convención son profundamente similares. El idioma es una gran barrera que existe frente al real entendimiento de las circunstancias y también del ejercicio de los derechos fundamentales, por tanto un factor de discriminación.

Si en este convenio, que trata precisa y específicamente sobre trabajadores migrantes, se señala en diversas ocasiones la necesidad de dar a entender con claridad distintas situaciones a los migrantes o sus familias y en un idioma que entiendan, con mayor razón aún debería asegurarse que los contratos de trabajo estén, efectivamente, redactados en un idioma que comprenda el trabajador

Otro instrumento de gran relevancia es el recientemente firmado, en el mes de diciembre del año 2018, en Marrakech, por 164 de los 193 países miembros de la Organización de Naciones Unidas, ONU: el “Pacto Global para la Migración Segura, Ordenada y Regular”. Este instrumento pone el acento en la cooperación entre los Estados para enfrentar los retos de los flujos migratorios que existen en el mundo.

En su preámbulo, se afirma que “Este Pacto Mundial presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que se basa en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional”.³³

Chile por su parte, se abstuvo de firmar el Pacto. En palabras del Presidente de la República, Sebastián Piñera: “(El Pacto de Marrakech) lesiona y no resguarda el interés de Chile y los chilenos, que incentiva y pone el foco en la migración irregular, que facilita la promoción de derechos no reconocidos, que establece nuevos deberes para el Estado de Chile, y que dificulta el resguardo de nuestras fronteras y limita nuestra soberana capacidad de tomar decisiones en materia de migración”.³⁴

Este pacto se compone de 23 objetivos, con propuestas de líneas de acción que son producto de intensas jornadas de discusión entre los países miembros de la ONU.

El aspecto más relevante para nuestro trabajo lo encontramos en el Objetivo N° 6, cual es facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente. Dentro de este Objetivo en el número 22, se encuentra un compromiso de examinar los mecanismos de contratación existentes, asegurándose que sean justos y éticos para proteger a todos los trabajadores migrantes contra cualquier forma de explotación y abusos para garantizar el trabajo

³³ Pacto Global para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018)

³⁴ Diario Uchile. (2018, 15 diciembre). Presidente Piñera por rechazo de Pacto Migratorio: "Lesiona y no resguarda el interés de Chile". Recuperado 5 enero, 2019, de <https://radio.uchile.cl/2018/12/15/presidente-pinera-por-rechazo-de-pacto-migratorio-lesiona-y-no-resguarda-el-interes-de-chile/>

decente. Para cumplir este compromiso se señala que se recurrirá a una serie de acciones, entre estas, en la letra d, se estipula lo siguiente: “Colaborar con todos los interesados pertinentes, incluidos los empleadores, las organizaciones de trabajadores migrantes y los sindicatos, para que los trabajadores migrantes reciban un contrato escrito y tengan conocimiento de lo estipulado en él, de los reglamentos relativos a la contratación internacional de mano de obra y el empleo en el país de destino, y de sus derechos y obligaciones, así como de la forma de acceder a mecanismos eficaces de denuncia y recurso, en un idioma que comprendan”.

Es lamentable que Chile, aún, no sea parte de este Pacto tan importante a nivel mundial. Pero a pesar de esto, al menos este instrumento denota que existe una preocupación global respecto al idioma en que se suscriben los contratos de trabajo. Por primera vez se menciona este aspecto directamente y no tenemos que inferirlo a partir de otras disposiciones relacionadas.

2.2. Análisis de legislación comparada con el fin de determinar experiencias internacionales que establezcan la obligatoriedad de escriturar los contratos de trabajo en el idioma que entiende el trabajador.

Retomando alguno de los planteamientos de la OIT, es pertinente señalar una de las conclusiones de su Conferencia del año 2017, respecto de la contratación de trabajadores extranjeros.

“9. Contratación equitativa. La contratación equitativa es esencial para reducir la exposición de los trabajadores migrantes a la explotación y los abusos, la violencia de género, el trabajo infantil y forzoso y la trata de personas, y para mejorar el ajuste entre competencias y puestos de trabajo, tanto en los países de origen como en los de destino. Esta cuestión está cobrando importancia a medida que aumenta la migración temporal y la complejidad de las cadenas de suministro. La aplicación y promoción de la Iniciativa para la equidad en la contratación de la OIT, los Principios generales y

directrices prácticas para una contratación equitativa, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, junto con la Recomendación que lo acompaña, pueden prevenir y hacer frente a los abusos, incluida la imposición de comisiones de contratación y gastos conexos a los trabajadores migrantes, y asegurar la transparencia y la eficiencia”.

Al respecto, la contratación equitativa trae aparejada la necesidad de entender a cabalidad el contrato de trabajo, más allá de las lógicas formales de la contratación, puesto que no se trata de un contrato de intercambio de mercancías, sino de uno que según nuestro Código del Trabajo³⁵ constituye una función social al disponer del esfuerzo de una persona que ha decidido obligarse a efectuar una labor lícita y que debe fundarse en un trato compatible con la dignidad de la misma, siendo contrarios a esta dignidad los actos de discriminación constituidos por distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos como el idioma u otros, cuando tienen por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación.

También debemos considerar que del contrato de trabajo nacen obligaciones y derechos que deben ser respetados, especialmente aquellos del trabajador, que viene por lo general a ser la parte más débil de la relación contractual.

En cifras de la Dirección del Trabajo, durante el primer trimestre del año 2018 se presentaron 1.644 denuncias de trabajadores extranjeros por incumplimiento a la ley laboral, correspondiendo un 29,9% de ellas a trabajadores haitianos, el porcentaje más alto de entre todas las nacionalidades de los trabajadores³⁶.

Un ejemplo de lo anterior es la denuncia pública que decidieron realizar cerca de 600 trabajadores agrícolas de nacionalidad haitiana en la Región de Coquimbo, que

³⁵ Código de Trabajo (2002), artículo 2.

³⁶ Ahora Noticias. Balance de regularización migratoria: 125.578 extranjeros cumplieron con el proceso. Recuperado 5 marzo, 2019, de <https://www.ahoranoticias.cl/noticias/migracion/225170-balance-de-regularizacion-migratoria-125578-extranjeros-cumplieron-con-el-proceso.html>

fue publicada en agosto del 2018 en el Diario La Región³⁷. Entre otras cosas, la misiva señala:

“Llamamos a que puedan fiscalizar las condiciones laborales de nuestros compañeros” (...) “Algunos empresarios inescrupulosos se han aprovechado de la necesidad de trabajar y han comenzado a infringir nuestros derechos” (...) “La única manera de ponerle un freno a esta lamentable situación de abusos es realizando una protesta. No tenemos otra alternativa” (...) “Los abusos que están ocurriendo son tan grandes e inhumanos que ya no queremos más. Esto es como una esclavitud, entonces queremos que las autoridades sepan. Cómo es posible que una persona pueda ganar 2 mil diarios en el trabajo agrícola. Esto no puede seguir ocurriendo” (...) “Por ejemplo, al transportarnos, viajamos con más de 70 personas en un bus que solo tiene capacidad para 41. Los trabajadores vamos pegados como sardinas en lata”.

En otro caso que causó conmoción pública, esta vez en la Región de La Araucanía³⁸, en el mes de enero de 2018 las autoridades encontraron a cinco ciudadanos haitianos que estaban viviendo en un establo que carecía de servicios básicos como luz y agua, en el sector de Pedregoso en la comuna de Villarrica. Dormían en colchonetas en el suelo y con malas condiciones de alimentación. Las víctimas habían sido contratadas para cortar y apilar leña.

Estas situaciones de crueldad extrema, que deben ser sancionadas, no tienen justificación alguna, pero creemos que el factor idiomático es una de las cuestiones que facilita dichos abusos por parte de empleadores inescrupulosos. Al no entender las cláusulas contractuales, es más fácil presionar a los trabajadores para firmar contratos abusivos (siendo el contrato de trabajo uno de los documentos que el extranjero necesita para regularizar su situación de residencia), así como también es posible pensar que dichos trabajadores que no entienden el idioma tendrán menos

³⁷ Diario La Región (2018, 2 agosto). Comunidad haitiana se cansó de malas prácticas laborales en su contra. Recuperado 5 marzo, 2019, de <http://www.diariolaregion.cl/comunidad-haitiana-se-canso-de-malas-practicas-laborales-en-su-contra/>

³⁸ 24horas.cl TVN (2018, 1 junio). Cinco ciudadanos haitianos vivían en un establo de animales en Villarrica. Recuperado 5 marzo, 2019, de <https://www.24horas.cl/nacional/cinco-ciudadanos-haitianos-vivian-en-un-establo-de-animales-en-villarrica-2606779>

oportunidades para reclamar o hacer valer sus derechos ante las autoridades administrativas y judiciales correspondientes, e incluso desconocer completamente cuáles son esos derechos, esto en gran parte producto de la barrera idiomática.

En este apartado, analizaremos algunas legislaciones y políticas públicas comparadas, que hemos recogido de las actas de distintas conferencias de la OIT, así como de diversos documentos de otras naciones y también de entrevistas, todos en línea con el principio de la contratación equitativa y la protección de los derechos de los trabajadores migrantes a la hora de suscribir un contrato de trabajo.

Si bien es cierto, en muchos países existe una preocupación sobre el problema idiomático de los trabajadores migrantes, en la gran mayoría de los casos las soluciones apuntan a dotar a los migrantes de las herramientas necesarias para aprender el idioma oficial del país, de manera que logren entender el marco contractual que rige sus relaciones laborales, así como el resto de la legislación nacional con la cual se tienen que enfrentar a diario. Para cumplir con ese cometido, se toman distintas medidas de política pública que van desde la oferta de cursos de idioma hasta la creación de oficinas especializadas en la protección de los derechos de estos trabajadores.

Por ejemplo, en el caso de Australia, el gobierno ofrece en todos los estados un servicio de asistencia para la inserción laboral, a través de los “Migrant Resource Centre³⁹”. Estos centros proporcionan cursos de preparación para la búsqueda de empleo, entrenamiento en el idioma inglés, listados de puestos de trabajo (bolsas de trabajo), sitios y consultoras de empleo. Para acceder a estos servicios, es necesario estar viviendo en Australia y presentar algunos documentos básicos como el pasaporte, certificados de estudio y referencias laborales. El objetivo principal de los MRC es atender las necesidades inmediatas y de largo plazo de los migrantes y refugiados para facilitar la integración exitosa en su comunidad local.

³⁹ Australian Migrant Resource Centre. (s.f.). The Australian Migrant Resource Centre (AMRC) is the leading settlement agency serving all of South Australia.. Recuperado 4 marzo, 2019, de <https://amrc.org.au/>

El gobierno de Italia, por su parte, ha informado a la OIT sobre la impartición de cursos sobre el idioma y la cultura italiana, los cuales son realizados a los trabajadores en sus países de origen, antes de emprender el viaje al país europeo⁴⁰.

De igual modo, en países como Alemania, Francia, Argentina y España, existen legislaciones específicas para la gestión migratoria, que no solo categorizan al extranjero/inmigrante, sino que además consagran derechos para su integración social y laboral.

En el caso alemán, existen los “Servicios de Asesoramiento para la Inmigración⁴¹”, que asisten a los inmigrantes en su adaptación a la rutina diaria de la vida en Alemania, incluyendo entre sus programas gratuitos -financiados por el Estado- la impartición de cursos de idioma alemán.

En Francia, existe un servicio llamado “Expaconseil⁴²” que puede asesorar -previa solicitud- a los empleadores que quieran contratar trabajadores extranjeros y a los inmigrantes potenciales, sobre la redacción y el contenido del contrato de trabajo, especialmente sobre aspectos como la remuneración y la seguridad social.

En tanto, en Argentina, el artículo 3° de la Ley de Migraciones N° 25.871, de 2004, establece como un objetivo de la política migratoria del país el “Alentar la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en forma legal, para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales y laborales, a fin de contribuir al desarrollo económico y social del país”. El Estado argentino debe velar por la integración de los inmigrantes, mediante cursos de idioma y cultura, como lo sostiene el artículo 14 de la ley en comento.

⁴⁰ Organización Internacional del trabajo (2016). *Promover una migración equitativa*. Conferencia Internacional del Trabajo OIT 105^a. p 88.

⁴¹ Gobierno Federal Alemán. (2018, 4 septiembre). Asesoramiento para migrantes. Recuperado 3 marzo, 2019, de <https://www.make-it-in-germany.com/es/vivir-en-alemania/integracion/asesoramiento/>

⁴² Organización Internacional del Trabajo. (1999). *Trabajadores migrantes*. Informe 87 III (1B). Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo. p.88.

Respecto a España, las autoridades gubernamentales han impulsado el Programa de Actuación sobre la Enseñanza de las Lenguas⁴³, con el foco en la elaboración de un currículum de referencia y en el reconocimiento de la enseñanza.

En el mismo sentido, Suecia inició en 1996 una transición desde normativas centradas en la regulación de la migración hacia leyes enfocadas en la integración de los migrantes a la cultura local. Este principio se plasmó en el proyecto denominado “Suecia, el futuro y la diversidad: desde políticas de inmigración a políticas de integración⁴⁴”, que fue aprobado como ley un año más tarde. Con esta legislación, los trabajadores migrantes pudieron acceder a programas de socialización que incorporaron clases de lengua y cultura sueca y una serie de facilidades para encontrar oportunidades de empleo. Estas medidas fueron reforzadas con la ley de inmigración del año 2005 y con la ley sobre el establecimiento de inmigrantes recién llegados del año 2011. Una de las nuevas alternativas para ellos fue el ser incorporados a un plan de establecimiento del Servicio de Empleo, que les asigna cursos de idioma sueco y programas de orientación laboral y familiar.

En Uruguay, en tanto, el documento rector en materia migratoria es la Ley N.º 18.250, de Migraciones, que en su artículo primero dispone “(...) el derecho inalienable a la migración de las personas y sus familiares; el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (Ley N.º 18.250, 2008).

Por otro lado, algunos países con gran flujo de inmigración, como la República Centroafricana y Nueva Zelanda, poseen una legislación según la cual los trabajadores extranjeros no pueden iniciar una actividad asalariada si no cuentan con un contrato

⁴³ fuente

⁴⁴ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, EXTENSIÓN Y PUBLICACIONES. (2017c). *Regulación migratoria en la experiencia comparada. Asesoría técnica parlamentaria*. Recuperado de <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=115874&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

aprobado por la autoridad competente⁴⁵. Es decir, la suscripción del contrato de trabajo, pese a ser un instrumento privado, no queda a la pura merced de la voluntad de las partes, sino que es controlado por la autoridad a fin de resguardar el respeto a la legislación laboral y el entendimiento mutuo de las partes firmantes.

En el caso de Singapur, una vez que los trabajadores arriban al país se les hace entrega de una guía con sus derechos y deberes en materia laboral, la cual siempre es traducida a su idioma madre⁴⁶.

Por su parte, en el caso de Polonia, su gobierno ha informado a la OIT respecto a la instrucción impartida a las autoridades administrativas del país para que todos los procedimientos relacionados con trabajadores extranjeros sean dispuestos en el idioma que éstos manejen⁴⁷.

Existen otros países que específicamente establecieron una obligación de traducción de contrato de trabajo al idioma madre del trabajador. En Belarús, Israel, Jordania, Chipre y Mauricio, los reclutadores o empleadores tienen la obligación de proporcionar a los migrantes contratos de trabajo redactados en su idioma materno o en otro idioma que puedan entender.

El sistema legal del Estado de Israel se basa todavía en muchos aspectos en el sistema anglosajón, por lo tanto, las leyes legisladas por el Parlamento (Knesset) están sujetas a la interpretación de los tribunales de justicia, y las decisiones y determinaciones de la Corte Suprema de Justicia, son obligatorias y forman parte del derecho.

En 1991 la Knesset legisló la "Ley de Empleados Extranjeros". En el año 2000, el Ministerio de Asuntos Sociales y de Trabajo publicó el reglamento de dicha ley, denominado "Reglamento de empleados extranjeros: prohibición de emplear ilegalmente y garantías de condiciones justas". Los principios y cláusulas básicas que

⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo (1990). *Trabajadores migrantes*. Conferencia internacional del trabajo, 87 reunión. p 139.

⁴⁶ Organización Internacional del Trabajo (2016). *Promover una migración equitativa*. Conferencia Internacional del Trabajo OIT 105ª. p 86.

⁴⁷ *Ibíd.* p 88.

fijan la ley y el reglamento respecto a contratos de trabajo de un empleado extranjero se pueden resumir de la siguiente manera:

- Es obligación del empleador firmar con el empleado extranjero un contrato de trabajo escrito que detalle las condiciones de empleo en un idioma entendible al empleado.
- Si no se firma el contrato antes mencionado, se incurre en un delito penado por ley con cárcel y/o multas.
- Es deber entregar al empleado una copia del contrato de empleo y mantener otra copia en el lugar de trabajo junto a los otros documentos relacionados con el empleo del empleado.
- El contrato debe incluir las siguientes cláusulas: identificación del empleador y del empleado, definición de los deberes del empleado, el sueldo del empleado, mencionar los momentos a deducirse del sueldo, los pagos que el empleador y el empleado deben hacer para beneficios sociales del empleado, la fecha de comienzo del empleo y su fin, las horas diarias y semanales de trabajo, incluyendo el día de descanso, condiciones de ausencia remunerada (incluyendo vacaciones, fiestas y días de enfermedad), la obligación del empleador de asegurar al empleado un seguro médico, las obligaciones del empleador de otorgar condiciones de vivienda razonables al empleado, las obligaciones del empleador (si fueran aplicables) de mantener un depósito a favor del empleado y asegurar su salida de Israel, y los datos del Comisionado para derechos de Empleados extranjeros en su empleo (la forma de comunicarse con él y el derecho de presentar sus quejas).

Las sentencias de los tribunales laborales por infracciones a esta ley han impuesto multas y penas de cárcel en casos graves.

En Jordania⁴⁸, el contrato deberá ser por escrito y en árabe, pero en el caso de trabajadores no árabes se elaborará una copia adicional del contrato en un idioma extranjero.

En Chipre y Mauricio, de acuerdo con la información que sus respectivos gobiernos han compartido a la OIT⁴⁹, los empleadores deben entregar a los trabajadores migrantes una copia del contrato de trabajo traducido a un idioma que puedan entender.

Otro tipo de protección al trabajador migrante, en relación con el contrato de trabajo, se da en las legislaciones que establecen un “contrato modelo”. Así, en Antigua y Barbuda, Bulgaria y Croacia, los contratos de los migrantes deben redactarse siguiendo un modelo que se encuentra establecido en la legislación⁵⁰. El objeto es asegurarse de que los migrantes que no estén familiarizados con las normas y las condiciones de empleo del país de inmigración, cuenten con una protección básica contra los abusos y la explotación.

En algunas legislaciones, como Hong Kong y Sri Lanka, los contratos modelo se utilizan solo en ocupaciones particularmente vulnerables⁵¹, como el trabajo doméstico, manual o agrícola, labores en las cuales suelen emplearse los trabajadores extranjeros de más baja calificación y -por ende- con un menor poder de negociación y menores posibilidades de traducir el documento a suscribir por cuenta propia.

De esta forma, podemos apreciar cómo diferentes países han ido evolucionando hacia legislaciones que dan cuenta de la necesidad de que los trabajadores migrantes logren comprender el idioma local, que tengan instrumentos de protección frente a los abusos, habiendo establecido una mayor injerencia por parte del Estado y de los sistemas públicos al momento de la contratación privada de índole laboral, entendiendo las características propias y naturales de un contrato de trabajo de las

⁴⁸ Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Amman (2014). *Legislación Laboral Jordania*. Recuperado de <http://www3.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4499514>

⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo (2016). Op. cit, p.87.

⁵⁰ Organización Internacional del Trabajo (1990). Op. cit, p.128.

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo (2016). Op. cit, p. 89.

cuales ya hicimos extensa mención en este tesis. Del mismo modo, podemos ver que estas medidas apuntan en distintas direcciones según sea menor o mayor la protección al trabajador migrante: desde programas destinados a la comprensión del idioma local hasta legislaciones más completas que han establecido la expresa obligación de traducir el contrato al idioma madre del trabajador migrante.

Por otra parte y a nivel jurisprudencial, contamos con el ejemplo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que también ha hecho eco de estos principios de justicia en las relaciones laborales, reconociendo la necesidad de entendimiento idiomático entre las dos partes de la contratación laboral, para propender al mutuo entendimiento.

Es así como este tribunal ha entendido que un decreto de la comunidad flamenca de Bélgica que obliga a utilizar el neerlandés (lengua oficial de dicho país) en la redacción de los contratos laborales cuando el trabajador tenga su centro de trabajo en la región flamenca, es contrario al derecho de la UE⁵².

La sentencia reconoce el legítimo objetivo de fomentar y estimular el uso de la lengua neerlandesa por parte de la administración pública, y hace referencia a los artículos del Tratado de la Unión Europea y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que señalan que “la UE respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística” y que “respetará asimismo la identidad nacional de sus estados miembros, de la que también forma parte la protección de la lengua o lenguas oficiales de estos últimos”. Sin embargo, advierte de que obligar a redactar los contratos laborales transfronterizos exclusivamente en la lengua oficial de la región no puede considerarse como una fórmula proporcionada para alcanzar dichos objetivos. Esto, porque los contratos de trabajo deben estar redactados en un idioma que ambas partes logren comprender a cabalidad.

Por su parte, el derecho internacional dispone una protección especial frente al caso en que dos agentes económicos contratantes tengan diferentes lenguas madres, al establecer que en tal situación debe existir un acto consensual previo, cual es

⁵² La voz de Barcelona (2013, 16 abril). La UE advierte a Flandes de que no puede obligar a los comunitarios a redactar los contratos en neerlandés. Recuperado 3 marzo, 2019, de <http://www.vozbcn.com/2013/04/16/139-746/ue-flandes-extranjeros-neerlandes/>

ponerse de acuerdo respecto del idioma que ambas partes darán por aceptado. Es necesario mencionar que cuando existen dos versiones idiomáticas de un contrato, ya sea porque lo exige la ley de uno de los países de las partes o bien porque éstas se sienten más seguras con respecto a sus derechos y obligaciones, es aconsejable insertar una cláusula que especifique cuál es el idioma que prevalece sobre el otro en caso de diferencias entre las partes⁵³. Incluso, cuando un contrato internacional tenga distintas versiones (inglés, español, francés, alemán, chino, etc.), la cláusula de idioma tiene que establecer qué versión prevalece sobre las demás en caso de diferencias. De no existir dicha cláusula, deben acogerse a una normativa internacional como son los Principios Unidroit. La utilidad de estos principios radica en estar reconocidos por una serie de especialistas en la materia, como principios habituales en la práctica diaria del comercio internacional, siendo también conocidos como *lex mercatoria*, en cuanto uso y costumbres adquiridas en la contratación internacional. Son estas reglas las que prevalecerán en el caso de que no exista la cláusula de idioma de la cual hemos hecho mención.

Así es como -en los hechos- cuando las partes contratantes son agentes económicos de alto patrimonio o Estados, como ocurre en el derecho internacional, la libertad contractual queda limitada por ciertas normas que buscan equiparar las condiciones al momento de contratar y garantizar un adecuado entendimiento de las cláusulas que se han pactado. En palabras simples, no resulta procedente que dos de estos agentes suscriban un contrato redactado en un idioma que sólo uno de ellos comprenda. Eso ha sido establecido tanto por regulaciones específicas, así como por la doctrina y la jurisprudencia de la contratación internacional.

De inmediato, entonces, surge la interrogante: ¿Por qué las personas naturales, y especialmente aquellas que cuentan con menor poder de negociación, no poseen una regulación análoga respecto de los contratos de trabajo que suscriben?

⁵³ International Contracts. (s.f.). LA CLÁUSULA DE IDIOMA EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. Recuperado 4 abril, 2019, de <http://www.internationalcontracts.net/Clausulas/Clausula-de-Idioma-en-Contratos-Internacionales.pdf>

Luego de analizar la experiencia comparada al respecto, hemos podido determinar que la preocupación por las características del contrato de trabajo para trabajadores migrantes, así como la forma de suscripción y su idioma, son materias de creciente expansión en el mundo, a nivel legislativo y reglamentario.

En un planeta cada vez más globalizado, donde los intercambios de capital y los movimientos de personas han ido en un creciente ascenso, y el fenómeno migratorio se ha instalado con fuerza en los debates públicos de distintos países, la barrera idiomática se ha transformado en un problema cotidiano para millones de trabajadores y trabajadoras en sus lugares de destino.

Si bien es cierto, para un grupo de ellos, esta barrera es fácil de sortear pues poseen conocimiento de varios idiomas, o bien tienen los medios para pagar traducciones, en la inmensa mayoría de los casos los trabajadores migrantes se encuentran en una condición sumamente precaria, con escasos recursos y con un nulo conocimiento de la normativa aplicable y de sus derechos laborales.

Por eso es que creemos tan necesario que Chile aumente sus estándares de regulación respecto a las condiciones laborales de los trabajadores extranjeros, quienes están ocupando cada vez más puestos claves especialmente en las áreas agrícola y de servicios.

Como hemos visto, las realidades en otros países más avanzados en la materia no son unívocas, existiendo distintos modelos de protección que se podrían adaptar al contexto nacional.

En el capítulo tercero, analizaremos cuales son los cambios normativos que, a nuestro juicio, permitirían mejorar la legislación relativa al contrato de trabajo de trabajadores extranjeros, en particular de aquellos que no manejan el idioma español, y que tienen el mismo derecho que el resto a conocer con exactitud los términos de la relación laboral a la cual están dando inicio.

Capítulo III

Propuesta de cambio normativo en relación con la suscripción del contrato de trabajo para trabajadores migrantes y el idioma en el cual se otorgan.

En los dos capítulos anteriores, hemos analizado las particularidades del contrato de trabajo, en especial las de aquel suscrito entre un empleador nacional y un trabajador extranjero que no maneja el idioma español.

Habiendo determinado normativamente que no existen estipulaciones respecto a que el idioma oficial de Chile sea el español, no obstante, la existencia de diversas

regulaciones que así lo estipulan en algunos trámites o actuaciones especiales, nos hemos encontrado con un dictamen de la Dirección del Trabajo que expresamente faculta la suscripción de contratos en un idioma diferente al nuestro, siempre que se acompañe la traducción respectiva.

Es decir, como primer paso, despejamos la interrogante acerca de la posibilidad de escriturar un contrato de trabajo en otro idioma. Se puede. Y no sólo eso: se hace.

El problema es que, en la actualidad, esto sólo se realiza en determinados casos en los cuales el trabajador tiene un poder de negociación que le permite exigir la traducción del contrato (en general, casos de altos cargos gerenciales que vienen de otro país y aún no manejan nuestro idioma, o de empleados con funciones técnicas que realizan trabajos temporales y luego retornan a sus países de origen), o bien cuando la contratación se da entre dos agentes extranjeros situados en Chile.

Por el contrario, la gran mayoría de las veces, los trabajadores extranjeros que no manejan el idioma español no tienen otra opción que suscribir el contrato en nuestra lengua, una que no logran entender cabalmente.

Tal como estudiamos en el primer capítulo, dicha situación genera una afectación de derechos a estos trabajadores y trabajadoras, la cual incluso podría llegar -en hipótesis extremas- a configurarse como un motivo de invalidación del contrato.

El contrato de trabajo, por la naturaleza de las prestaciones, deberes y derechos que genera, contiene un elemento ético-jurídico que no se puede soslayar, y que sitúa a la buena fe como uno de sus pilares.

Es por esta razón, y sabiendo que en muchas ocasiones las personas no se atañen de manera natural a los principios de la buena fe, es que existe el derecho laboral y -en particular- la normativa que regula los contratos de trabajo, que en nuestro país está establecida en el Código del Trabajo y es materializada a través de los dictámenes emitidos por la Dirección del Trabajo, cuya fiscalización respecto de su cumplimiento recae en las respectivas Inspecciones del Trabajo.

Estas regulaciones tienen por objeto proteger los derechos laborales, especialmente de aquellos grupos que pueden ser sujeto de mayores vulneraciones dado su estado natural de desprotección y/o de asimetría en relación con el empleador.

No hay dudas respecto de que uno de dichos grupos que requieren protección especial son los trabajadores migrantes, y con mayor atención aquellos que llegan al país sin hablar ni entender el idioma español. Por ello, nos parece un contra sentido que nuestra legislación laboral no contemple ni una sola línea respecto a esta situación. Chile se encuentra en deuda con la migración laboral, más aún cuando al analizar las disposiciones de la OIT, de los tratados internacionales y también diversas legislaciones comparadas, ha quedado demostrado que el mundo avanza hacia una cada vez mayor protección de los derechos de estos trabajadores y de sus familias.

Estas medidas de protección tienen diferentes maneras de ser abordadas, de acuerdo con la realidad de cada territorio, sus niveles de desarrollo, los recursos disponibles y la manera en como abordan el fenómeno migratorio, pasando desde mecanismos de ayuda para entender el idioma local, hasta legislaciones más avanzadas que expresamente establecen la obligación de escriturar el contrato de trabajo en el idioma nativo del trabajador migrante.

Nos encontramos, como país, en un buen momento para abordar esta discusión, puesto que la situación de los migrantes se encuentra muy activa en el debate público, y se está discutiendo en el Senado la nueva Ley de Migraciones, en su segundo trámite constitucional. Se trata de una legislación que viene a actualizar una norma desconectada con los tiempos actuales y que, como ya hemos señalado, se limita a establecer requisitos de ingreso, permanencia y abandono del país, sin ahondar en los derechos de los migrantes ni en la forma en como se relacionan con la sociedad de la que pasan a formar parte.

Es el momento oportuno para que se planteen modificaciones a otros cuerpos legales, como el Código del Trabajo, de manera de crear una legislación sistémica que nos permita enfrentar los desafíos en la era de la migración de forma coherente y coordinada entre las distintas instituciones del Estado.

En ese marco, lo primero que proponemos es establecer la obligatoriedad de la traducción de los contratos de trabajo suscritos por trabajadores migrantes que no manejan el español, replicando los pasos que países como Israel han dado en esta materia.

Como segundo punto, creemos que esta obligación debe recaer sobre la administración, haciéndose cargo el Estado de proveer los contratos modelo o los respectivos servicios de traducción. Lo anterior para no generar un desincentivo a la contratación de personas migrantes por parte de los empleadores, dado los costos que conlleva la traducción de un contrato de trabajo.

Es el Estado quien abre las puertas del país a personas de otras nacionalidades que, ingresando regularmente y a través de pasos habilitados para tal efecto, comienzan a establecer su vida y sus vínculos laborales en Chile. Es, por lo tanto, también el Estado quien debe asumir los costos que implica la protección de los derechos de dichas personas, sin que se transformen en una carga para las empresas o para la sociedad civil.

Con relación al desembolso de recursos que una obligación como ésta pudiera generar a las arcas fiscales, es necesario contemplar dos elementos.

En primer lugar, es la administración la que al hacerse cargo del servicio de traducción de todos estos contratos tiene la posibilidad de generar economías de escala respecto a los costos de contratación de personal de traducción, algo que sería mucho más dificultoso en caso de establecerse la obligación para cada empleador por separado. Incluso puede generar contratos tipo ya traducidos a los idiomas de mayor utilización en el país, respecto de aquellas actividades productivas donde se visualiza un mayor número de contrataciones de trabajadores extranjeros.

Por otra parte, debemos recordar que los migrantes en 4 años aportaron US\$500 millones a las arcas fiscales por concepto de impuesto a la renta, según datos del Servicio de Impuestos Internos⁵⁴, cifra que continuará en aumento debido a la

⁵⁴ El Dínamo. (2018, 2 noviembre). Migrantes aportaron 500 millones de dólares al Fisco por impuestos. Recuperado 4 abril, 2019, de <https://www.eldinamo.cl/nacional/2018/11/02/migrantes-aportaron-500-millones-de-dolares-al-fisco-por-impuestos/>

constante alza en la población de inmigrantes en Chile. Cuando el Estado asume prestaciones en diversos ámbitos para dar protección a este grupo de la población, no les está haciendo un favor, sino que está retribuyendo el aporte que ellos realizan a las arcas públicas y a nuestra economía, lo cual ha quedado consignado en diversos estudios y análisis del Banco Central, en particular en el Informe de Política Monetaria correspondiente al primer trimestre del 2019.

En definitiva, luego de analizar los distintos tópicos de los capítulos anteriores, consideramos necesario que Chile avance hacia una mayor y mejor regulación de los contratos de trabajo de los trabajadores migrantes, en especial estableciendo la obligación de traducir aquellos contratos que se suscriban con trabajadores que no hablen ni entiendan el lenguaje español utilizado en nuestro país, carga que por las razones económicas precedentemente expuestas debiese recaer en el Estado.

¿Cómo hacer efectiva esta obligación en nuestro ordenamiento jurídico?

En el Código del Trabajo encontramos variados ejemplos de regulación de contratos especiales, que deben cumplir en algunos casos con requisitos adicionales a los señalados en el artículo 3º del mismo cuerpo legal, y que imponen otras obligaciones al empleador respecto del trabajador. Tales contratos son, entre otros, aquellos de trabajadores agrícolas, de trabajadores embarcados, de los trabajadores de artes y espectáculos, de trabajadores de casa particular, de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas, de tripulantes de vuelo y de tripulantes de cabina de aeronaves comerciales de pasajeros y carga.

Estas regulaciones especiales existen por tratarse de relaciones laborales más complejas, donde los trabajadores se podrían exponer a una mayor vulneración de sus derechos en relación con los trabajos corrientes. Es por este motivo que se legisla buscando amparar al trabajador frente a posibles abusos e irregularidades por parte del empleador, entendiendo siempre que en estos casos la relación es especialmente asimétrica.

En el caso del contrato de trabajadores de casa particular, regulado en el capítulo V del Título II del Libro I, se impone la obligación al empleador, en el artículo 146 ter, de entregar una copia del contrato de trabajo debidamente firmado al trabajador y luego el deber de registrarlo, dentro de los 15 días siguientes a su celebración, en la sede o en el sitio electrónico de la respectiva Inspección del Trabajo, con indicación de las mismas estipulaciones pactadas, esto con el objetivo de facilitar la fiscalización de la existencia de la relación laboral y las condiciones de empleo.

Artículo 146 ter. – “El empleador deberá entregar una copia del contrato de trabajo debidamente firmado al trabajador. Asimismo, deberá registrarlo dentro de los quince días siguientes a su celebración en la sede o en el sitio electrónico de la respectiva Inspección del Trabajo, con indicación de las mismas estipulaciones pactadas, a fin de facilitar la fiscalización de la existencia de la relación laboral y de las condiciones de empleo. La Inspección del Trabajo mantendrá la reserva de la identidad de las partes y del domicilio en que se prestan los servicios y sólo podrá utilizar la información disponible para la finalidad de fiscalización o para proporcionarla a los tribunales de justicia, previo requerimiento.

El empleador que sea requerido en el domicilio indicado por un inspector del trabajo en ejercicio de sus facultades de fiscalización, relativas a las condiciones laborales de los trabajadores de casa particular, podrá aceptar su ingreso a este domicilio o solicitar la fijación de otro día y hora para acudir a las dependencias de la Inspección del Trabajo con la documentación que le sea requerida”.

Esta obligación adicional al empleador -que a priori podría pensarse como un desincentivo a la contratación- de presentar el contrato de trabajo a la Inspección respectiva, se ve facilitada utilizando los medios tecnológicos. Es así como se puede registrar el contrato de trabajo y sus modificaciones en el sitio web disponible para aquello: www.direcciondeltrabajo.cl. De esta forma, el empleador no debe hacerlo obligatoriamente de manera presencial en la Inspección del Trabajo respectiva correspondiente a su domicilio.

El sistema de registro en la forma descrita deriva de los objetivos que tuvo el legislador al imponer esta obligación, respondiendo al interés de facilitar la fiscalización por parte del servicio, en cuanto a la existencia de la relación laboral y a las condiciones del empleo.⁵⁵

Misma obligación de registrar los contratos en la Inspección del Trabajo observamos en el caso de aquellos celebrados con personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, donde en el contexto de las normas que impone el Código del Trabajo para la inclusión laboral de personas con discapacidad, se mandata -en el inciso tercero del artículo 157 bis- al empleador para que registre estos contratos dentro de los quince días siguientes a su celebración a través del mismo sitio electrónico de la Dirección del Trabajo. Este sitio llevará un registro actualizado de lo anterior, debiendo mantener reserva de dicha información.

Artículo 157 bis. – “Las empresas de 100 o más trabajadores deberán contratar o mantener contratados, según corresponda, al menos el 1% de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores.

Las personas con discapacidad deberán contar con la calificación y certificación señaladas en el artículo 13 de la ley N° 20.422.

El empleador deberá registrar los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, así como sus modificaciones o términos, dentro de los quince días siguientes a su celebración a través del sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, la que llevará un registro actualizado de lo anterior, debiendo mantener reserva de dicha información”.

⁵⁵ Dirección del Trabajo. (2018, 9 abril). ¿El contrato debe registrarse ante la Inspección del Trabajo? Recuperado 4 abril, 2019, de <https://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-104836.html>

Otro caso de obligación de registro de los contratos por parte del empleador en la Inspección del Trabajo lo encontramos en las normas relativas al trabajo de los menores de edad, estableciéndose así en el inciso final del artículo 13º.

Artículo. 13. Inciso final “Las empresas que contraten los servicios de menores de dieciocho años, deberán registrar dichos contratos en la respectiva Inspección Comunal del Trabajo”.

En definitiva, en el Título II del Libro I del Código del Trabajo encontramos los contratos especiales, distribuidos por capítulos de la siguiente manera:

Capítulo I: del contrato de aprendizaje.

Capítulo II: del contrato de trabajadores agrícolas.

Capítulo III: del contrato de los trabajadores embarcados o gente de mar y de los trabajadores portuarios eventuales.

Capítulo IV: del contrato de los trabajadores de artes y espectáculos.

Capítulo V: del contrato de trabajadores de casa particular.

Capítulo VI: del contrato de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas.

Capítulo VII: del contrato de tripulantes de vuelo y de tripulantes de cabina de aeronaves comerciales de pasajeros y carga.

Dadas todas las condiciones de vulnerabilidad a las que están expuestos los trabajadores migrantes, como primer elemento proponemos la inserción de un Capítulo VIII en el título de los contratos especiales:

Capítulo VIII: del contrato de trabajadores migrantes.

Este capítulo tendrá como objetivo establecer la obligación de escriturar el contrato en un idioma que el trabajador siempre pueda entender. No obstante, para ello en primer lugar es necesario fijar algunos límites a la obligación, en el entendido de que muchos trabajadores de otras nacionalidades que no tienen como idioma oficial al español pueden perfectamente manejar nuestro idioma, ya sea porque lo han estudiado o porque se han acostumbrado a él en su estadía en Chile.

La pregunta entonces es cómo discernir en qué casos se deberá traducir el contrato al idioma madre del trabajador y en cuales no será necesario.

Una primera aproximación nos lleva a pensar en una fórmula basada en la decisión libre y espontánea del propio trabajador, quién pueda señalarle al empleador si necesita o no que su contrato sea traducido. Esta, naturalmente, sería la hipótesis perfecta en un mundo ideal. Pero sabemos que la cotidianidad de las relaciones humanas dista de ser el panorama ideal que podría caber en la teoría, por lo cual una disposición como esa terminaría generando que los trabajadores sientan una presión de parte del empleador para declarar que no requieren de la traducción respectiva, de forma de hacer más expedito el trámite o incluso como manera de vulnerar sus derechos al exigirles suscribir un contrato en un idioma que no entienden, caso en el cual estas nuevas disposiciones tendrían poca aplicación práctica.

Asumido el punto ya expuesto, plantear la situación desde un plano de obligatoriedad total, para todos los trabajadores extranjeros, implicaría forzar a muchos trabajadores que sí entienden nuestro idioma a pasar por el trámite de traducción, introduciendo costos innecesarios en la administración pública, la cual, como ya hemos señalado, es quien debería hacerse cargo en último término de esta obligación.

Este problema nos obliga a encontrar un punto intermedio entre ambas hipótesis. Nos parece que, al respecto, un buen criterio es excluir de esta nueva regulación a los trabajadores extranjeros que cuenten con permanencia definitiva en Chile.

Al efecto, la permanencia definitiva es un permiso que permite radicarse indefinidamente en Chile y desarrollar cualquier actividad, sin más limitaciones que los

que imponen las leyes vigentes. Para postular a una permanencia definitiva, el extranjero requiere cumplir con ciertos requisitos, establecidos genéricamente en el artículo 80 del DL 587 de 1984, Reglamento de Extranjería:

“Los inmigrantes podrán obtener la Permanencia Definitiva cuando hayan cumplido 2 años de residencia en el país.

Excepcionalmente el Ministro del Interior podrá conceder por gracia el permiso de permanencia definitiva a los extranjeros que, encontrándose en el territorio nacional y en mérito de sus antecedentes se hagan merecedores a este beneficio”.

Este requisito genérico se ve materializado en la necesidad de cumplir con al menos una de las siguientes condiciones⁵⁶:

1. Contar con al menos dos años (consecutivos) de Visa Sujeta a Contrato.
2. Contar al menos con dos años de Visa Estudiante siempre y cuando haya dado término a estudios secundarios o profesionales.
3. Contar al menos con un año de Visa Temporaria (verifique el estampado de su visa en el pasaporte).

Como vemos, la permanencia definitiva exige al menos dos años de residencia en Chile. Consideramos que este es un plazo razonable para que un trabajador migrante, aunque haya llegado a nuestro país sin ningún conocimiento del idioma español, pueda manejarlo razonablemente bien como para lograr entender un contrato de trabajo. En caso contrario, si aún tras dos años de interacción en nuestro país, la persona no es capaz de entender nuestro idioma, es dable pensar que no hizo ningún esfuerzo personal para integrarse a nuestra sociedad y aprender nuestro idioma.

⁵⁶ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Departamento de Extranjería y Migración. (s.f.). Preguntas Frecuentes Permanencia Definitiva. Recuperado 3 febrero, 2019, de <https://www.extranjeria.gob.cl/faqpermanenciadefinitiva/>.

Afectos de tener una referencia, respecto en este caso al aprendizaje del español para un anglo parlante, El FSI, el estadounidense *Foreign Service Institute*, divide los idiomas en grupos de diferente dificultad para los angloparlantes, encontrándose el español en el grupo 1. La investigación del FSI indica que toma 480 horas alcanzar una fluidez básica en el grupo 1 de idiomas.⁵⁷

Resulta, entonces, del todo razonable excluir a los extranjeros que cuenten con permanencia definitiva de la obligación de traducción de los contratos a su idioma natal. No obstante, creemos que al igual como ocurre con otros grupos de personas sometidas a regímenes especiales de contratación, es prudente que se establezca la obligación de registro de los contratos de todos los trabajadores de nacionalidad extranjera, a objeto de mantener información vigente respecto de la cantidad de contratos suscritos con migrantes, así como también para facilitar la fiscalización de sus condiciones de trabajo y del cumplimiento de sus cláusulas. Al igual como ocurre con los menores de edad, con las personas en situación de discapacidad o con las personas que realizan trabajo doméstico, consideramos que esta obligación no genera ningún desincentivo a la contratación por existir hoy día elementos tecnológicos que permiten realizar el registro de forma inmediata en el sitio web de la dirección del trabajo.

Por todo lo ya expuesto, proponemos, en definitiva, la creación del siguiente “Capítulo VIII”:

Capítulo VIII: del contrato de trabajadores migrantes.

Art. 153: El presente capítulo regula la relación de trabajo, bajo dependencia o subordinación, entre los trabajadores de nacionalidad distinta a la chilena, denominados trabajadores migrantes, y su empleador.

⁵⁷ The Linguist. (2018, 22 febrero). ¿Cuánto tiempo se tarda en aprender un idioma? [Publicación en un blog]. Recuperado 2 febrero, 2019, de <https://blog.thelinguist.com/cuanto-tiempo-se-tarda-en-aprender-un-idioma>

Art. 154: El empleador deberá entregar una copia del contrato de trabajo debidamente firmado al trabajador migrante. Asimismo, deberá registrarlo dentro de los quince días siguientes a su celebración en la sede o en el sitio electrónico de la respectiva Inspección del Trabajo, con indicación de las mismas estipulaciones pactadas, a fin de facilitar la fiscalización de la existencia de la relación laboral y de las condiciones de empleo. La Inspección del Trabajo mantendrá la reserva de la identidad de las partes y del domicilio en que se prestan los servicios y sólo podrá utilizar la información disponible para la finalidad de fiscalización o para proporcionarla a los tribunales de justicia, previo requerimiento.

Art. 155: Los trabajadores migrantes que sean nacionales de cualquier país que no tenga como una de sus lenguas oficiales al español, con excepción de aquellos que cuentan con permanencia definitiva en Chile, deberán suscribir una copia de su contrato de trabajo en cualquiera de los idiomas oficiales de su país de origen.

En estos casos, el empleador, en cumplimiento de la obligación establecida en el artículo precedente, deberá registrar el contrato de trabajo en español junto a una copia traducida al lenguaje natal del trabajador migrante.

Si no le fuere posible realizar la traducción, podrá presentar el texto del contrato en español en la sede o en el sitio electrónico de la respectiva Inspección del Trabajo, la cual tendrá un plazo máximo de diez días para hacerle llegar una copia traducida a uno de los idiomas oficiales del país de origen del trabajador, tras lo cual se deberá suscribir el contrato de trabajo y cumplir con la obligación establecida en el inciso precedente.

A efectos de garantizar el cumplimiento de esta obligación, un reglamento establecerá el procedimiento para la dictación, por parte de la Dirección del Trabajo, de una circular con los idiomas oficiales aceptados en cada país, así como también el procedimiento por el cual se pondrán a disposición de los empleadores los modelos de contratos de trabajo más utilizados traducidos a los idiomas de mayor utilización en la contratación de trabajadores migrantes.

Conclusiones

El artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República garantiza la libertad de trabajo en Chile, tanto para los nacionales del país como para las personas extranjeras. En relación con estas últimas, la motivación de esta tesis ha sido determinar la forma de velar por que esta garantía se cumpla sin discriminaciones arbitrarias de ningún tipo, especialmente de aquellas que guardan relación con el factor idiomático.

Entre los años 2005 y 2018 se otorgaron en nuestro país 1.882.633 visas de distintas categorías, de las cuales 366.483, equivalentes al 19,5% fueron entregadas a personas nacionales de países donde el español no es uno de sus idiomas oficiales. De entre todas ellas, 214.709, el 58,5% del total, fueron concedidas a personas provenientes de Haití. El resto de estas visas, en un número significativamente menor, se distribuyeron entre nacionales de otros 80 países, siguiendo en número a Haití, Estados Unidos, China, Brasil y Francia.

Los idiomas oficiales de Haití son el francés y el criollo haitiano, o kreyòl, que es la lengua más masiva. La inmensa mayoría de los migrantes haitianos que llegan a

Chile hablan en kreyòl y no tienen un mayor conocimiento del idioma español. En este trabajo, hemos corroborado a través de distintas cifras y casos concretos que gran parte de las situaciones de abusos en la relación laboral producto del desconocimiento del idioma se da justamente entre la población haitiana.

Los trabajadores migrantes, de acuerdo con la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias”, son “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un estado del que no es nacional”. En Chile, y salvo normas específicas relativas a la cantidad de trabajadores extranjeros que puede tener una empresa (Código del Trabajo) y a los requisitos del contrato para poder acceder a una visa (DL de Extranjería), la normativa aplicable a estos trabajadores es la misma legislación común que rige para los trabajadores chilenos, es decir el Código del Trabajo.

También determinamos que no existe ningún cuerpo legal, incluida la Constitución, que establezca al español como el idioma oficial en nuestro país. Tampoco se establece así en el Código del Trabajo en relación con el idioma en que debe suscribirse este tipo de contratos.

Al respecto, encontramos en nuestra legislación determinadas leyes que, respecto a materias específicas, exigen que ciertos documentos públicos o privados sean suscritos en español para tener carácter oficial. Así se estipula en relación a los documentos en idioma extranjero que deban ser acompañados en un juicio, o en los requisitos mínimos de estudio para aprobar la educación básica y media.

La Dirección del Trabajo, en el Dictamen 1124-29 del 27 de marzo del año 2003, estableció que todo documento que haya de tener un uso o destino de carácter oficial o público debe estar redactado en idioma español o ser acompañado de una traducción, permitiendo explícitamente que un contrato de trabajo sea traducido a otra lengua.

Por su parte, la Contraloría General de la República, señaló en el Dictamen 4031 del 1 de septiembre de 1996 que el español debe entenderse como el idioma oficial de nuestro país, permitiendo también la traducción de documentos oficiales. Sin

embargo, un nuevo Dictamen, el número 4510 del año 2014, contradice al anterior y establece que no existe norma que sitúe al español como nuestro idioma oficial, tal como ya habíamos constatado.

En la práctica y tras realizar un análisis sistémico de nuestra legislación, reglamentos y circulares administrativas, en Chile si se permite otorgar un contrato de trabajo en un idioma diferente al español, pero siempre deberá acompañarse la traducción respectiva.

Para William Thayer y Patricio Novoa, el contrato de trabajo, además de su típico contenido jurídico institucional, está dotado de un contenido ético jurídico, producto de su vínculo intuitu persona, que le da una predominancia fundamental al principio de la contratación de la buena fe, la cual en el ámbito del derecho laboral tiene una función integradora y correctora de derechos, siendo un elemento fundamental para suplir los vacíos legales.

Es en ese contexto que nos hemos formulado la pregunta acerca de cómo se puede garantizar el principio de la buena fe, y asegurar el libre consentimiento de los trabajadores migrantes que no hablan español cuando suscriben un contrato de trabajo en Chile. Esta reflexión tiene como sustento normativo el artículo 2º inciso 2 de nuestro Código del Trabajo que establece que “las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona”.

Chile no ha abordado como corresponde la regulación a los contratos de trabajo de los trabajadores extranjeros. Es más, tanto en la Ley como en el Decreto Ley de Extranjería, el contrato de trabajo es visto como una herramienta para garantizar el regreso del trabajador a su país de origen (artículo 24º de la Ley de Extranjería que fija como uno de sus requisitos el establecimiento de la “cláusula de viaje”) o como un requisito para el otorgamiento de una visación (razón por la cual la misma ley exige que sea suscrito ante notario), y no como un elemento de protección del trabajador en función a las vulnerabilidades propias que implica el fenómeno migratorio.

Con el fin de generar una propuesta normativa que proteja a los trabajadores migrantes que no hablan español, es que revisamos las resoluciones de la

Organización Internacional del Trabajo, los tratados internacionales, y la legislación comparada en esta materia, llegando a las siguientes conclusiones y hallazgos:

Respecto de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dos instrumentos nos merecen especial atención. Por un lado, la “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo” (de 1998), que establece que los migrantes requieren una atención especial en relación a la normativa laboral; y por otra parte, la “Resolución N° 100 sobre Protección de los trabajadores migrantes” (de 1955), que establece que los trabajadores migrantes deben lograr comprender a cabalidad las condiciones de empleo y el tipo de trabajo al que se están obligando.

Asimismo, en la actualidad la página web de la organización señala en uno de sus acápites de “*preguntas y respuestas*” que “todos los trabajadores deberían tener contratos escritos, en un idioma que les resulte fácilmente comprensible”.

En cuanto a los tratados internacionales, debemos considerar a la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias” (de 1990 y que fue ratificada por Chile el año 1993), que establece que no se puede distinguir ni discriminar en función del idioma del trabajador migrante, y que para el caso de las detenciones, procesos penales y medidas de expulsión, así como también respecto a las resoluciones de la administración que los afecten, señala que deben ser comunicadas, en lo posible, en un idioma que puedan entender. Asimismo, dictamina que el Estado tendrá que propender a que los empleadores también suministren esta información en un idioma que el migrante comprenda.

Existe otro tratado, que lamentablemente no ha sido suscrito por nuestro país, el llamado “Pacto global para la migración segura, ordenada y regular” (de 2018), que expresamente, en el Objetivo N° 6 numeral 22°, expresa que “los trabajadores reciban un contrato escrito (...) en un idioma que comprendan”.

La revisión de legislación comparada también nos ayudó a establecer parámetros para lograr nuestro objetivo propuesto. Son muchos los países en el mundo que han avanzado hacia una protección integral de los trabajadores migrantes,

en relación con las medidas para insertarlos a la sociedad de destino y salvaguardar las diferencias idiomáticas. Dentro de las medidas que encontramos destacan:

- La existencia de servicios de asistencia especiales para los trabajadores migrantes, como un apoyo para encontrar empleo y garantizar condiciones dignas de contratación. Ejemplos de ello encontramos en Australia, Italia, Alemania, Francia, Suecia y Uruguay.
- La facilitación, por parte del Estado, de cursos de idioma u otras herramientas que permitan al trabajador migrante un rápido conocimiento de la lengua local. Así se ha implementado, por ejemplo, en Australia, Italia, Alemania, Argentina, España y Suecia.
- También encontramos legislaciones, como las de Singapur y Polonia, que establecen la traducción de las ordenanzas administrativas al lenguaje que el trabajador migrante entienda.
- Respecto al contrato de trabajo, países como Sri Lanka, Antigua y Barbuda, Hong Kong, Bulgaria y Croacia han establecido contratos modelo para trabajadores migrantes, y naciones como la República Centroafricana y Nueva Zelanda han puesto como requisito para la contratación de personas extranjeras que sus contratos sean pre aprobados por la autoridad antes de ser suscritos.
- Por último, en países como Belarús, Jordania, Chipre y Mauricio e Israel se ha establecido una obligación expresa de traducción de los contratos de trabajo al idioma que maneja el trabajador migrante. Particular detención pusimos en la normativa del país hebreo, que se destaca por ser la más completa en la materia, estableciendo incluso penas de cárcel para los casos en que el contrato no sea otorgado en una lengua que el trabajador pueda comprender a cabalidad.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha establecido que no se puede obligar a que el idioma local sea el único idioma de contratación cuando se trata de trabajadores de otras nacionalidades, garantizando su derecho a suscribir el contrato en su propio idioma. El derecho internacional, cuando

se trata de la contratación entre naciones o entre grandes agentes privados, también resguarda este principio, estableciendo que las partes deben acordar el idioma que van a dar por aceptado, o bien disponer de una cláusula de idioma para determinar la lengua preponderante, en subsidio de la aplicación de las normas Unidroit.

En conclusión, hay diversa y variada normativa internacional que asegura una protección mayor que la existente en Chile para los trabajadores migrantes, habiendo casos de países que han garantizado de forma expresa la traducción de los contratos de trabajo.

En nuestro país, en definitiva, se puede traducir un contrato, pero hoy día esta determinación es meramente facultativa de las partes, privando a la inmensa mayoría de los trabajadores migrantes que no hablan español y en especial a aquellos más vulnerables, de este derecho que debiese estar garantizado.

Por ello, proponemos que se establezca un Capítulo VIII en el Libro II del Código del Trabajo, con tres artículos que resguarden a los trabajadores migrantes. El primero de ellos definiendo a los trabajadores migrantes como aquellos de nacionalidad distinta a la chilena, el segundo fijando la obligación de registrar ante la Inspección del Trabajo todos los contratos de trabajo que se suscriban con personas de nacionalidad extranjera, de forma análoga a la protección que ya existe para los trabajadores con discapacidad, los menores de edad, y los trabajadores de casa particular, y el tercero, que crea la obligación de traducción de todos los contratos de trabajo de trabajadores migrantes, con la sola excepción de aquellos que cuenten con permanencia definitiva.

Este último criterio de exclusión lo hemos establecido pues para optar a la permanencia definitiva, un extranjero debe tener a menos dos años de residencia en nuestro país, tiempo razonable para aprender nuestro idioma y poder desenvolverse sin problemas al momento de la contratación.

Creemos que los trabajadores migrantes son un aporte al desarrollo del país y a su economía. Así ha quedado demostrado en los informes de política monetaria del

Banco Central, en diversas publicaciones, y en las cifras de Impuestos Internos sobre la recaudación fiscal producida por personas de nacionalidad distinta a la chilena.

Por ello, pensamos que la carga de traducción de los contratos de trabajo de estos trabajadores debe recaer principalmente en el Estado, de manera de evitar un desincentivo a este tipo de contratación por parte de los agentes privados. Así también lo ha entendido la mayoría de la legislación comparada. En consecuencia, nuestra propuesta normativa incluye la referencia a un reglamento que deberá determinar el procedimiento para que la Dirección del Trabajo ponga a disposición de los empleadores contratos modelo traducidos a los idiomas extranjeros de mayor utilización en Chile, así como la obligación de las respectivas Inspecciones del Trabajo de traducir en un plazo máximo de 10 días aquellas propuestas de contrato que sean enviadas en español, en los casos en que el empleador no pueda costear un servicio de traducción, todo ello antes de cumplir con la obligación de registro del contrato.

Esperamos que esta propuesta normativa, sustentada en la investigación que hemos realizado y que se expone en los tres capítulos de nuestra tesis, contribuya al debate que por estos días el país está dando con relación al fenómeno migratorio. La agregación de un nuevo capítulo en el Código del Trabajo debe también tener coherencia con la nueva legislación de extranjería que está discutiendo el Congreso Nacional. Creemos que es el momento oportuno para que como país, de forma sistémica, comencemos a visualizar a la migración como una realidad de los países que se acercan al desarrollo, realidad que debe ser por supuesto regulada y normada, pero nunca olvidando que se trata de personas, con derechos esenciales como todas, y que cada uno de nosotros también es fruto de una historia de desplazamientos y de migraciones de nuestras generaciones pasadas, las cuales encontraron en este territorio llamado Chile un lugar donde realizar sus distintos proyectos de vida.

Bibliografía

Fuentes materiales.

- 1- Alessandri, A. Somarriva. M y Vodanovic. A, *Curso de Derecho Civil*, Santiago, 1945, págs. 397 y ss., citado en Thayer, W. y Novoa, P. (2008).
- 2- Capón, R. El abuso del derecho con relación al contrato de trabajo. Estudios de derecho individual de trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1979.
- 3- Gil y Gil, J. Principio de la buena fe y poderes del empresario. Consejo Andaluz de relaciones laborales. Sevilla, 2003.
- 4- Hepple, B. *Equality: The New Legal Framework*. Hart Publishing, 2011.
- 5- Herrero, B. La simulación y el fraude a la ley en el Derecho del Trabajo. Bosh. Barcelona, 1958.
- 6- Irureta, P. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Revista Ius et Praxis*, 2011.
- 7- López, J. *Los contratos parte general (2ª ed.)*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- 8- Machín, M. *Los derechos humanos y la migración en Chile: desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural*. Observatorio Ciudadano y Amnistía Internacional. Santiago, Chile, 2010.
- 9- Organización Internacional del Trabajo. *Migración laboral y desarrollo: La OIT sigue avanzando. Documento de base para la discusión en la Reunión Técnica Tripartita sobre las Migraciones Laborales*. Ginebra, Suiza, 2013.
- 10- Organización Internacional del trabajo. *Promover una migración equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo OIT 105ª*. Ginebra, Suiza, 2016.
- 11- Organización Internacional del Trabajo. *Promover una migración equitativa. Conferencia Internacional del Trabajo OIT 105ª*, 2016.

- 12- Organización Internacional del Trabajo. Trabajadores migrantes. Conferencia internacional del trabajo, 87 reunión, 1990.
- 13-Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, The principle of equality in the labour market: reflections on the spanish model. Essays in honour of Georgios I. Kassimatis, (Coord. Nikolaos Alvizatos). Atenas: BWV Berliner Wissenschafts-Bruylant, 2004.
- 14-Thayer, W., & Novoa. Manual de Derecho del Trabajo Derecho individual de trabajo (5ª ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Fuentes digitales.

- 1- <https://www.24horas.cl/nacional/cinco-ciudadanos-haitianos-vivian-en-un-establo-de-animales-en-villarrica-2606779>, visualizado el 29 de abril de 2019.
- 2- <https://www.ahoranoticias.cl/noticias/migracion/225170-balance-de-regularizacion-migratoria-125578-extranjeros-cumplieron-con-el-proceso.html>, visualizado el 10 de julio de 2019.
- 3- <https://amrc.org.au/>, visualizado el 1 de septiembre de 2019.
- 4- <https://blog.thelinguist.com/cuanto-tiempo-se-tarda-en-aprender-un-idioma>, visualizado el 29 de abril de 2019.
- 5- <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=115874&prmTIPO=DOCUMENTO> COMISION, visualizado el 3 de agosto de 2019.
- 6- <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales>, visualizado el 24 de abril de 2019.
- 7- <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf>, visualizado el 10 de julio de 2019.
- 8- <http://www.diariolaregion.cl/comunidad-haitiana-se-canso-de-malas-practicas-laborales-en-su-contra/>, visualizado el 28 de junio de 2019.
- 9- <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-62866.html>, visualizado el 7 de agosto de 2019.

- 10-<https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-88707.html>, visualizado el 7 de agosto de 2019.
- 11- <http://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>, visualizado el 5 de marzo de 2019.
- 12-<https://www.extranjeria.gob.cl/faqpermanenciadefinitiva/>, visualizado el 1 de septiembre de 2019.
- 13-<http://www3.icex.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4499514>, visualizado el 17 de mayo de 2019.
- 14-http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang-es/index.htm, visualizado el 13 de junio de 2019.
- 15-https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/WCMS_152009/lang-es/index.htm, visualizado el 24 de abril de 2019.
- 16- <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm>, visualizado el 13 de junio de 2019.
- 17-<http://www.internationalcontracts.net/Clau-sulas/Clausula-de-Idioma-en-Contratos-Internacionales.pdf>, visualizado el 8 de agosto de 2019.
- 18-<https://www.latercera.com/noticia/los-30-dias-calvario-joane-florvil/>, visualizado el 17 de mayo de 2019.
- 19- <https://www.make-it-in-germany.com/es/vivir-en-alemania/integracion/asesoramiento/>, visualizado el 24 de abril de 2019.
- 20- <https://radio.uchile.cl/2018/12/15/presidente-pinera-por-rechazo-de-pacto-migratorio-lesiona-y-no-resguarda-el-interes-de-chile/>, visualizado el 28 de junio de 2019.
- 21- <http://www.vozbcn.com/2013/04/16/139-746/ue-flandes-extranjeros-neerlandes/>, visualizado el 3 de agosto de 2019.

Cuerpos normativos.

- 1- Constitución Política de la República.
- 2- Código Civil.

- 3- Código del Trabajo.
- 4- Código de Procedimiento Civil.
- 5- Código de Comercio.
- 6- Ley N° 19.496, del Consumidor.
- 7- D.F.L. N° 2, de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo.
- 8- D.L. N° 1094, de 1975, Ley de Extranjería.

Convenios Internacionales y legislación extranjera.

- 1- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ONU.
- 2- Convenio Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios, OIT.
- 3- Convenio relativo a la reglamentación de los contratos escritos de trabajo de los trabajadores indígenas, OIT.
- 4- Ley de Empleados Extranjeros, Israel.
- 5- Ley de Migraciones N° 25.871, Argentina.
- 6- Ley de Migraciones N° 18.250, Uruguay.
- 7- Ley sobre el establecimiento de inmigrantes recién llegados, Suecia.
- 8- Pacto Global para la Migración Segura, Ordenada y Regular, ONU.

Otros.

- 1- Decreto N° 1876, de 1995, del Ministerio de Salud.
- 2- Dictamen N° 4031, de 1996, de la Contraloría General de la República.
- 3- Dictamen N°4510, del 2004, de la Contraloría General de la República.
- 4- Dictamen ORD. N°1124/29, de fecha 27 de marzo de 2003. Dirección del Trabajo.

