



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

INFLUENCIA DE LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA EN LA PRECARIEDAD LABORAL DE MIGRANTES.

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Camila Carriman González
Nicolás Flores Bustos

Profesor Guía: Claudio Palavecino

Santiago, 2018

*“Pedimos mano de obra, y
llegaron personas”*

MAX FRISCH

(1911-1991)

Agradecimientos:

Agradecimientos al Profesor Andrés Dighero, por su apoyo y aporte en esta investigación y proceso en general, el que fue de vital importancia para el desarrollo de este tema.

Dedicatoria:

Dedicamos este trabajo, a todas las organizaciones y personas que se han dedicado a la protección de los extranjeros y velar por el total reconocimiento de sus derechos.

Camila y Nicolás

ÍNDICE DE CONTENIDO

I.-RESUMEN / ABSTRACT	5
II.- INTRODUCCIÓN	7
III.- CAPÍTULO I:	
NORMAS QUE REGULAN LA VIDA DEL TRABAJADOR MIGRANTE EN CHILE	13
1.1 Normas Nacionales.....	13
1.1.1 Constitución Política de la Republica.....	13
a) Igualdad ante la ley del trabajador.....	15
b) Libertad de trabajo.....	17
c) Derecho a Sindicarse.....	18
1.1.2 Código del Trabajo	20
a) Derechos Fundamentales.....	20
b) No Discriminación.....	21
c) Otros Derechos Fundamentales Laborales.....	22
d) Protección de los DD.FF. laborales en el C.T.....	22
e) Limites al número de trabajadores extranjeros.....	23
1.1.3 Decreto Ley N°1.094 y Decreto Supremo N°597.....	24
1.1.4 Decreto Ley N° 3.500, Decreto Ley N° 3.501.....	26
1.1.5 Tributación de los trabajadores extranjeros.....	27
1.1.6 Ley 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para prevención y más efectiva persecución criminal.....	28
1.1.7 Ley 18.156. Establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y derogó la ley n°9.507.....	29
1.2 Normas Internacionales.....	29
1.2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	30

1.2.2	Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.....	31
a)	Derechos Humanos de los trabajadores y sus familias.....	33
b)	Seguridad Social.....	34
c)	Derechos Laborales.....	34
d)	Políticas Migratorias de los Estados de empleo.....	35
1.2.3	Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación racial.....	36

IV.- CAPÍTULO II:

	PROBLEMAS LABORALES Y PREVISIONALES QUE GENERA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA.	37
2.1	Informalidad y Precariedad Laboral.....	39
2.1.1	Informalidad Laboral.....	39
2.1.2	Precariedad Laboral.....	41
2.2	Problemas de acceso a la seguridad Social.....	43

V.- CAPÍTULO III:

	CONFLICTOS ENTRE LAS NORMAS APLICABLES A LA MATERIA.....	47
3.1	Derecho a la igualdad ante la ley.....	48
3.1.1	Visaciones de residencia.....	49
a)	Residencia sujeta a contrato.....	49
b)	Residencia temporaria.....	52
3.2	Derecho a la libertad de trabajo.....	53
a)	Residencia sujeta a contrato.....	54
b)	Residencia temporaria.....	55

VI.- CAPÍTULO IV:

	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....	57
4.1	Conclusiones.....	57

4.2 Propuestas.....	58
4.2.1 Tratados Internacionales	58
4.2.2 Informalidad y precariedad laboral.....	59
4.2.3 Seguridad Social.....	61
4.2.4 Convalidación y reconocimiento de títulos.....	62
4.2.5 Integración.....	62
VII.- BIBLIOGRAFÍA.	65
VIII.- ANEXOS.	73
Anexo 1	
Distribución de la población inmigrante según país o región de nacimiento	73
Anexo 2	
Tasa de Participación Labora, Ocupación y distribución de la población migrante por ocupación.....	74
Anexo 3	
Ord. N° 3.397/191 D.T. de 1999.....	76
Anexo 4	
Tema Mes: Trabajador y trabajadora extranjero. D.T.	80

RESUMEN

Esta tesis buscara demostrar la situación de vulnerabilidad que producen las normas de extranjería en el ámbito del derecho laboral y la seguridad social a los trabajadores migrantes, en especial a los que se encuentran en una situación migratoria irregular. Para esto, abordaremos las normas nacionales y tratados internacionales que regulan el ámbito jurídico del trabajador migrante que se encuentra en Chile; también los problemas laborales y previsionales que se generan por la aplicación de las normas de extranjería en el ámbito del trabajo y de la seguridad social; realizaremos una exposición sobre el conflicto entre las normas aplicables, y como esto se puede observar respecto del principio de no discriminación y del derecho a la libertad de trabajo. Por último, las conclusiones que se pueden determinar mediante esta investigación, y las propuestas que ofrecemos como fórmulas para dar solución a estas problemáticas y contradicciones. Deseamos que este humilde trabajo sea un aporte para el actual debate, referido a la migración en Chile.

ABSTRACT

This thesis will seek to demonstrate the vulnerability situation caused by the rules of foreigners in the field of labor law and social security in migrant workers, especially in what is found in an irregular migration situation. For the case, in the first chapter we will address the national norms and the international treaties that regulate the legal scope of the migrant worker that is in Chile; The second chapter deals with the labor and social security problems caused by the application of the rules of foreigners in the field of work and social security; In the third chapter, we will make a presentation on the conflict between the applicable norms, and how the principle of non-discrimination and the right to freedom of work can be observed. Finally, a fourth chapter refers to the conclusions that can be determined through an investigation, and the proposals that we offer as formulas to solve these problems and contradictions. We want this humble work to be a contribution to the real debate, referring to the migration in Chile.

INTRODUCCIÓN.

Chile, desde el retorno a la democracia, gracias a su crecimiento económico sostenido y tanto la seguridad como estabilidad política que presenta comparativamente dentro de la región, ha visto un cambio en su perfil migratorio. Desde 1990 ha presentado un saldo migratorio positivo y al ser uno de los países con mayor estabilidad económica y democrática de Latinoamérica, se ha transformado en un polo de atracción para una migración principalmente regional, motivada en su mayoría por propósitos laborales y la aspiración legítima de mejorar las condiciones de vida propias y de sus familias. Aunque el número de fuentes estadísticas para medir las reales características del fenómeno migratorio en Chile es más bien escaso y con incipientes intentos de sistematización, puede estimarse de acuerdo a los antecedentes existentes, que hoy en nuestro país hay más de 500.000¹ (Sandoval, 2015) extranjeros que cuentan con residencia de carácter permanente, y de acuerdo a la encuesta CASEN 2015 se estima que el porcentaje de migrantes latinoamericanos (incluyendo a México) ascendería al 88,8%² (ver en ANEXO1). Aquí donde ponemos el mayor foco de atención, por su especial condición de vulnerabilidad y precarización laboral, es en el caso de los migrantes que no tienen una permanencia definitiva, como es el caso de los migrantes que se encuentran dentro del país con las visas temporarias, los que ingresaron de manera regular al país, pero luego de expirada su visación no han regularizado dicha situación, o los migrantes que ingresaron de manera ilegal al país, por ejemplo. Se hace necesario igualmente resaltar, que la población migrante residente en Chile, como demuestran los resultados de la encuesta CASEN 2015, tienen un mayor porcentaje de participación laboral³ (un 76,7%, contra un 57,7% que presentan los

¹ SANDOVAL, Rodrigo. 2015. Política y gestión migratoria periodo 2014-2015. En Trabajadores Migrantes y Seguridad Social. Santiago, Chile. Librotecnia. 124 -125p.

² MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, Sub secretaría de Evaluación Social. 2015. Inmigrantes, Síntesis de Resultados. Santiago, Chile. Casen 2015. 6p.

³ La participación laboral, es definida por el Instituto Nacional de Estadística, como el “porcentaje que representa a la población 15 años y más, que pertenece a la fuerza de trabajo”. Por su parte, se define la fuerza de trabajo como la cantidad de “personas de 15 años de edad y más, que se encuentran en la situación de ocupados o

nacionales chilenos, ver ANEXO 2). Además, hay que considerar que las poblaciones migrantes en el ámbito laboral muestran “concentraciones en sectores muy polarizados: en algunas que requieren altas calificaciones (norteamericanos, brasileños, cubanos, alemanes y españoles) y en sectores que requieren poca calificación (peruanos y bolivianos)”⁴ (Centro Democracia y varios, 2013).

Nuestro país, como todos los Estados, ante los procesos de la inmigración, realiza una ponderación entre dos factores de tensión permanente, como nos plantea Sandoval (2015), esto es, entre los “legítimos intereses del propio Estado, en razón de sus necesidades económicas, sociales, geopolíticas y culturales, y por otro, la voluntad y motivación, muchas veces irreductibles del sujeto, de la persona que migra, quien en los hechos es el que va a tomar la decisión migratoria”⁵. Es en esta tensión en que se deben definir los pilares o directrices de la política migratoria. Es en dicha línea, que el Jefe del Departamento de Extranjería y Migración, sostiene que de la ley n°1.094 de 1975 se pueden desprender tres supuestos:

- 1) La migración está subordinada, de un modo casi absoluto a la voluntad del Estado: (...) La voluntad del sujeto Migrante no tiene, en consecuencia, ninguna incidencia más allá del margen que el Estado le conceda.
- 2) La migración es una amenaza de la cual el Estado debe tomar resguardo (...) vía por la que pueden ingresar al territorio soberano sujetos, grupos, ideas, atentatorias hacia los valores nacionales que se busca preservar. (...) lógica

desocupados”. Y, por ocupados se entiende a la persona que trabajó una hora o más (como empleado u obrero); como empleador o cuenta propia, por remuneración o ganancia, al familiar no remunerado que trabajó 15 horas o más, o tiene un empleo (o negocio). Por lo tanto, podemos desprender de dichas definiciones, que la participación laboral hace referencia a las personas mayores de 15 años que se encuentran en la situación que les hace posible el asumir un trabajo, pero no necesariamente que se encuentren realizando un oficio u empleo. Instituto Nacional de Estadística. Glosario Boletín Regional del Empleo. 2014. Región del Bio-Bio, Chile. Instituto Nacional de Estadística. 1p.

⁴ Centro Democracia y Comunidad Ciudadano Global, Organización Internacional del Trabajo, Oficina especializada de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia judicial, Instituto Católico Chileno de Migración, Libertades Públicas A.G. 2013. Un Chile Abierto: Propuestas para una nueva ley de migración. 48p. [En línea]. Disponible en: http://incami.cl/wp-content/uploads/2013/08/Un_Chile_Abierto.pdf [Consultado el 10 de julio de 2016].

⁵ Sandoval, Ricardo. Op. cit., 125p.

de extrema desconfianza de lo que un extranjero puede llegar a importar para el Estado.

- 3) La migración es evitable, esto es, el Estado está en condiciones de (...) impedir en forma efectiva la entrada a aquellos a quienes no está interesado en recibir y de permitírsela exclusivamente a aquellos que son útiles para sus objetivos⁶.

Ante esta lectura del trasfondo que sustenta la legislación y un fenómeno migratorio ascendente, es necesario analizar el marco normativo con el que nuestro país enfrenta el proceso. Aunque el derecho migratorio chileno se compone de normas de variada jerarquía, la regulación especial de la materia se encuentra contenida principalmente en el Decreto Ley n° 1.094 del año 1975 y el correspondiente Reglamento de Extranjería, Decreto 597 de 1984. Salta a la vista que la realidad social que dio origen a esta regulación es anterior al proceso migratorio que hoy enfrenta Chile y, por tanto, su anacronismo y desconexión con los tiempos actuales, significa una dificultad para hacerse cargo de un fenómeno que avanza con fuerza y de manera distinta, esto ya que una política migratoria tiene lugar en una realidad concreta desde la que se estructuran las gestiones estatales que conducen el flujo migratorio. Por otro lado, la normativa citada no se configura como una política migratoria que se hiciera cargo del proceso en su totalidad, por lo que nuestro país no cuenta con un plan que considere el tipo de migración imperante, las necesidades del mercado laboral ni las posibles ventajas que podría obtenerse del proceso.

En este sentido, la falta de armonía del derecho de extranjería y su lejanía con las situaciones reales que hoy se están desarrollando, trae como consecuencia el desconocimiento y la existencia de procedimientos administrativos que no son óptimos, lo que propicia una atmósfera de precarización respecto de los migrantes y trae consecuencias como la irregularidad migratoria y la precariedad laboral.

⁶ Sandoval, Ricardo. Op. Cit., 127-128p.

La precarización debe entenderse como un proceso en que el sujeto es sometido a presiones y experiencias que lo conducen a vivir una existencia frágil en el presente, sometido a incertidumbres acerca del futuro, con una identidad insegura y carente de un sentido de desarrollo posible por medio del trabajo y el estilo de vida. La etimología del sustantivo precariedad asocia este término a la experiencia de la pobreza, a la carencia de recursos propios, a la dependencia de quien carece respecto de quien posee bienes, a la falta de autosuficiencia, y a la inseguridad de quien debe pedir, suplicar, o solicitar favores para auto sustentarse⁷.

En el escenario chileno, la existencia de obstáculos administrativos para que migrantes puedan establecerse en nuestro país, propicia una situación de precarización respecto de los migrantes, repercute en la precariedad directa de los migrantes, como lo laboral en las condiciones que prestan servicio, como, por ejemplo, la laboral.

En este sentido, los procedimientos administrativos que debe enfrentar un extranjero para migrar son excesivamente burocráticos, costosos y tardan varios meses en finalizar. Las características de la tramitación de visas dificultan la posibilidad de obtener trabajo y la de poder sustentarse durante ese periodo, lo que se traduce en un problema, ya que, ante la evidente necesidad de trabajar, los migrantes se ven forzados a desempeñarse en labores de baja calificación, en relaciones laborales irregulares y con problemas de acceso a la seguridad social. Además de todos los problemas que aquello trae respecto de la propia seguridad social del trabajador migrante, especialmente en el acceso a ella.

⁷ CUEVAS, H. (2015). Precariedad, Precariado y Precarización: Un comentario crítico desde América Latina a The Precariat. The New Dangerous Class de Guy Standing. Santiago, Chile. 14(40). 313-329p.

El derecho del trabajo posee características que le distinguen del resto de las ramas del derecho. La particularidad de mayor relevancia es su carácter eminentemente protector, ya que se encarga de proteger a la parte débil de la relación laboral. Lo anterior hace que existan una serie de principios, derechos y mecanismos que se encargan de otorgar ciertas garantías a los trabajadores, a fin de proteger sus derechos fundamentales y por sobre todo su dignidad.

La dignidad humana es el valor básico que sustenta todos los Derechos Fundamentales, por lo que cualquier disposición legal que genere entorpecimiento en el resguardo de ésta, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico. La protección de la dignidad ha inspirado nuestra Constitución y nuestro Código del Trabajo, éste último ha recogido esta idea y la señala de forma expresa en su artículo 2° inciso 2: "Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona".

La relación laboral es de naturaleza consensual, en toda relación donde exista subordinación y dependencia mediada por el consenso de las voluntades de trabajador y empleador, las normas del Código del Trabajo y todos los derechos subjetivos que de ellas emanan, son enteramente aplicables respecto de las personas que sean parte de esa relación laboral. Por tanto, toda relación que cumpla con las características de una relación jurídica laboral debe fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona, sin que sean válidos los motivos que obstaculicen su aplicación.

Así las cosas, es fundamental estudiar los conflictos que se generan a partir de la aplicación de las normas de extranjería que impiden la vigencia de este principio, toda vez que influyen en que ciertos trabajadores no gocen de la ideal protección del derecho del trabajo y se encuentren en una situación de desprotección y vulnerabilidad, específicamente de su derecho de libertad de trabajo y del principio

de no discriminación. Se afirma lo anterior ya que la atmosfera de precarización limita la posibilidad de trabajo de los migrantes y a la vez, los convierte en un grupo de trabajadores desventajados y discriminados, que, por el hecho de ser extranjeros, no logran gozar plenamente de la protección de nuestro sistema jurídico.

La problemática descrita se traduce en la siguiente interrogante: ¿de qué manera influyen las normas de extranjería en la precarización laboral de trabajadores migrantes? Ante la problemática planteada, las respuestas que se darán a lo largo de la investigación girarán en torno a la corroboración de la siguiente hipótesis: “Las normas de extranjería tienen una influencia negativa en la realidad laboral de trabajadores migrantes, toda vez que disuaden y entorpecen la ideal aplicación del derecho del trabajo y de la seguridad social, al generar barreras administrativas, lo que propicia el desarrollo de relaciones laborales irregulares, la prestación de servicios ilegales y dificultan el acceso a la seguridad social”.

En este sentido, en este trabajo se pretende hacer un análisis que comience por el estudio del marco normativo aplicable a la materia, tanto nacional como internacional. Se continuará por el análisis de los problemas laborales y previsionales a que da lugar la aplicación de ciertas normas migratorias, a fin de establecer nexos que permitan identificarlas como una causa de la precarización laboral de trabajadores migrantes. Se terminará con la elaboración de conclusiones y el planteamiento de posibles soluciones a las problemáticas.

CAPÍTULO I:

NORMAS QUE REGULAN LA VIDA DEL TRABAJADOR MIGRANTE EN CHILE.

Nuestro país, a lo largo de su historia republicana, ha hecho diversos esfuerzos legislativos por normar la situación de los extranjeros, pero por lo general, de una manera dispersa y no unificada. Estos intentos se han dado en menor medida, respecto a la situación de los trabajadores migrantes en particular, todo esto en el marco de que, como toda norma, las normas migratorias se encuentran en una constante evolución⁸ (Hurtado y Dellacasa, 2015). A nivel de derecho internacional, la situación es distinta, allí se han realizado diversos intentos, ya sean tratados internacional o convenciones, con miras de dar un piso que garantice los derechos de las personas migrantes en general, y de los trabajadores migrantes (y sus familias) en particular.

Por ello, en este capítulo abordaremos el marco regulatorio de los trabajadores migrantes en Chile. En primer lugar, se revisará la normativa nacional aplicable a la materia, y, en segundo lugar, la regulación internacional que tiene aplicación en nuestro país, respecto de los trabajadores migrantes que se desempeñan en el territorio nacional.

1.1. Normas Nacionales.

1.1.1 Constitución Política de la República.

Nuestra Constitución, en su regulación, no se refiere directamente a los trabajadores migrantes, pero los diversos derechos que establece y reconoce nuestra máxima regulación, les son atribuibles íntegramente a los trabajadores migratorios que desempeñan sus labores en el país.

⁸ Hurtado, J. M. y, Dellacasa, F. 2015. Derecho Migratorio Chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 11p.

Desde mediados del siglo pasado hasta nuestros días, han confluído los espacios de lo público y lo privado en el ámbito del trabajo, donde el trabajador no puede entenderse desapegado de sus derechos fundamentales como ciudadano al ingresar a su trabajo, por ser trabajador no deja de ser persona. Aquí la pregunta es, en cambio, en qué extensión deben ser protegidas las libertades cívicas contra el ejercicio de un empleador de su poder de mercado⁹ (Collins, 2010). Es en este sentido, que nuestro ordenamiento jurídico da reconocimiento a diversos derechos al trabajador y, entrega herramientas de protección al trabajador, para el resguardo de dichos derechos fundamentales en el trabajo, entendidos estos como aquellos derechos y libertades que toda persona posee por el solo hecho de ser tal, y que se encuentran reconocidos y garantizados por la Constitución.

Es por tanto la doctrina, la jurisprudencia, y la legislación, han dado reconocimiento a la llamada “Ciudadanía Laboral” o ciudadanía en la empresa. Concepto que pareciera ser pacífico para algunos, pero criticado por otros¹⁰ (Muñoz León, 2013a), pero del cual se entiende que todo trabajador es persona, y por lo tanto es titular de derechos fundamentales al interior de la empresa; y es a la vez un proyecto “tremendamente importante, pues consiste en un esfuerzo por superar la situación de dominación en la que viven todos aquellos trabajadores que no tienen voz ni voto en la determinación de sus condiciones de trabajo, y la situación de explotación que habitualmente está aparejada a aquella”¹¹ (Muñoz León, 2013a).

Estos derechos que son recogidos por la Constitución para el trabajador, han sido entendidos y aplicados por la Dirección del Trabajo conforme a la interpretación¹²

⁹ Collins, Hugh. 2010. *Employment Law*. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press, 265pp. 25p.

¹⁰ Muñoz León, Fernando. 2013a. Ciudadanía laboral: Crítica y defensa de un concepto jurídico-político. Coquimbo, Chile. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(2), 373-404. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200014> [Consultado el 30 de octubre de 2016].

¹¹ Muñoz León, Fernando. 2013a. Op. Cit.

¹² Dirección del Trabajo. 30 de agosto de 2002. Ordinario N° 2856/162. Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5°, del Código del Trabajo. Chile. Departamento Jurídico. 2p.

(Dirección del Trabajo, 2002) del inciso primero del art. 5 del Código del Trabajo, estableciendo que algunos de los derechos fundamentales del trabajador, en tanto persona, son principalmente la igualdad ante la ley (art. 19 n°2 CPR), la libertad de trabajo y su protección (art. 19 n°16 CPR) y el derecho a sindicarse (art. 19 n°19 CPR), los cuales trataremos a continuación:

A) Igualdad ante la ley (art. 19 n2 CPR) del trabajador:

La igualdad ante la ley, consagrada en nuestra constitución, se ha entendido “de diversas maneras, identificándolo consecuentemente con distintas acepciones, dependientes de la concepción seguida por cada autor”¹³ (Cabrera Rebié, 2004). De estas diversas definiciones de igualdad, podemos resaltar la definición que nos entrega el abogado argentino (hijo de migrantes) Miguel Angel Ekmekdjian, el que habla sobre la igualdad como la “posibilidad que tiene cada hombre de acceder a un espacio de libertad intransferible e inalienable, semejante al de los demás hombres”¹⁴ (Ekmekdjian, 2000), dándole más contenidos a la definición, en el sentido de entender que la igualdad sí puede permitir distinciones. Los autores Mario Verdugo y Humberto Nogueira entienden que “la igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”¹⁵ (Verdugo y otros, 1990). El numeral 2 del art.19 de nuestra

¹³ Cabrera Rebié, Mariangel. 2004. El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción a la arbitrariedad administrativa, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile. 2p.

¹⁴ Ekmekdjian, M.A. (2000). Tratado de Derecho Constitucional. 2da ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma. Citado por: Ibarra, Jamilet. (2010). Accidentes de trabajo en la legislación ecuatoriana, trabajo de titulación previo obtención al título de abogada de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador. Ecuador. Universidad de las Américas. 17p. [En línea] <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/445/1/UDLA-EC-TAB-2010-37.pdf> [Consultado el 01 de enero de 2017].

¹⁵ Blanc, N; Nogueira, H; Pfeffer, E; Verdugo, M. 1990. La Constitución chilena. Tomo I. Ed. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso, Chile, p. 97. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 6 de diciembre de 1994, Rol N° 203, considerando 11°.

Constitución establece que no existen grupos privilegiados y que todos somos libres, sin importar el sexo o nacionalidad, y prohíbe expresamente la esclavitud. Además, en su segunda parte, establece que “ni la ley ni la autoridad” puede realizar diferencias arbitrarias.

En este sentido, nuestra Corte Suprema ha sostenido que:

“la igualdad ante la ley consiste en que todos los habitantes de la República, cualquiera que sea su posición social u origen, gocen de unos mismos derechos, esto es, que exista una misma ley para todos y una igualdad de todos ante el derecho, lo que impide establecer estatutos legales con derechos y obligaciones diferentes, atendiendo a consideraciones de raza, ideologías, creencias religiosas u otras condiciones o atributos de carácter estrictamente personal”¹⁶ (Corte Suprema, 1970).

La igualdad ante la ley, se sustenta en dos ideas como las plantea el Abogado español Juan Alfonso Santamaría Pastor, en “1) la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la abolición de todos los privilegios de nacimiento, y 2) La generalidad de la ley”¹⁷ (Ministerio de Justicia Español, 1991). Por tanto, se enmarca nuestra comprensión sobre lo que es la igualdad ante la ley, como la acepción más utilizada es la de tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual.

Este derecho consagrado en la CPR es el que dio pie, para que, desde el ámbito del Derecho Laboral, se desarrollara el complemento, la otra cara de la moneda, se desarrolló como el “principio de no discriminación”, el que abordaremos posteriormente en el subcapítulo siguiente.

¹⁶ Sentencia de 25 de noviembre de 1970 de la Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago. Chile Tomo 67, Sección 1. 530 p.

¹⁷ Ministerio de Justicia Español. 1991. El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio, tomo II. Madrid, España. Centro de Publicaciones. 1275p.

B) Libertad de Trabajo (art.19n°16 CPR):

La libertad de trabajo se ha entendido en dos ámbitos, primero respecto de la libertad con la que cuenta cualquier persona natural, que se encuentre en el territorio chileno, de poder ofrecer sus servicios como trabajador, y por el contra partida, el poder elegir libremente el trabajo en el cual desempeñarse, respetando obviamente los requisitos legales, profesionales o técnicos del trabajo respectivo. En este sentido, Álvaro de la Helguera y García plantea que el derecho a la libertad de trabajo consiste en la:

“facultad de poder escoger la profesión, arte u oficio a que quiera dedicarse; la de elegir el objeto, la clase y el método de producción que considere oportuno; la de emplear la forma, el tiempo y el sitio de trabajo que estime conveniente; la de reunirse, asociarse o asalariarse con quien tenga a bien; y la de ser dueño de las obras, productos o resultados que emanen de sus esfuerzos”¹⁸
(De La Helguera y García, 20006).

A modo de poder aportar y agregar, respecto al concepto de libertad de trabajo definido en un modo positivo por Helguera y García, es bueno contraponerlo con una definición que resalta su aspecto en negación, en el sentido prohibitivo y de la obligación de no hacer determinado acto, que en este aspecto significaría, como plantea Evans, que "a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador, que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con un justa retribución"¹⁹ (Evans, 1986).

¹⁸ De La Helguera y García, Álvaro. 2006. Manual Práctico de la producción de la riqueza. Edición electrónica gratuita. Barcelona, España. Capítulo XIV: la libertad de trabajo. [En línea] <http://www.eumed.net/libros-gratis/2006a/ah-prod/2m.htm> [Consultado el 5 de enero de 2017].

¹⁹ Evans, Enrique. 1986. Derecho Constitucional, Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 232p.

Respecto a la Constitución de 1980, Sergio Gamonal plantea que esta “asegura la libertad de trabajo con una redacción bastante amplia, referida a la libertad de trabajo y su protección, la libre contratación y libre elección de trabajo con una justa retribución”²⁰ (Gamonal, 2004). En el mismo tenor, se refiere la Dirección del Trabajo, por medio del ordinario n° 1279/19 del año 2006 dictado por su Departamento Jurídico, plantea que en materia laboral bajo la óptica de este principio y la Constitución, no pueden existir criterios de selección distintos a la capacidad o idoneidad para un puesto de trabajo, asegurando que “el texto constitucional califica como criterios inadmisibles para fundar en ellos distinciones de trato laboral "cualquier" motivo que no sea la capacidad o la idoneidad personal del trabajador”²¹. En esta misma resolución, ante la consulta de si el empleador puede condicionar la contratación laboral a la no afiliación previa al sistema previsional de sus futuros trabajadores, estableciéndolo en tanto como una exigencia, termina concluyendo que:

“(…) el condicionamiento de un empleador a los trabajadores que se desempeñaran como encuestadores, de que no se encuentren afiliados al nuevo sistema previsional, no se ajusta a derecho y atenta contra derechos constitucionales de los trabajadores en cuestión, a saber, la libertad de trabajo y su derecho a la no discriminación laboral.”²²

C) Derecho a Sindicarse (art.19 n°19 CPR):

El derecho a sindicarse estipulado en nuestra Constitución, consiste en el derecho que tienen los trabajadores de afiliarse y constituir organizaciones de carácter sindical en distintos niveles, y con la obligación que presenta para el Estado de

²⁰ Gamonal, Sergio. 2004. Libertad de trabajo y no discriminación en la Constitución. Santiago, Chile. Revista Laboral Chilena. 63p. [En línea]. Disponible en: <http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2004-Libertad-de-trabajo-y-no-discriminación-CPR.pdf> [Consultado el 10 de noviembre de 2016].

²¹ Dirección del Trabajo. 2006. Ordinario 1279/19. Santiago, Chile. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-89664.html> [Consultado el 3 de enero de 2017].

²² Dirección del Trabajo. 2006. Ordinario 1279/19. Op Cit.

reconocerle la personalidad jurídica al Sindicato en el caso de cumplir con los requisitos legales de su constitución.

Este Derecho, dada la forma en que se encuentra consagrado en nuestra Constitución, puede caracterizarse, según Gustavo Álvarez, de la siguiente manera:

“a) debe establecerse en los casos y forma que determine la ley; b) se reconoce el principio de la libre afiliación; c) las organizaciones sindicales gozan de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley; d) además, le corresponde al legislador contemplar los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones; e) se declara que las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades políticas y partidistas.”²³
(Álvarez, 2005).

De la lectura de esta disposición, podemos entender que nuestra Constitución no hace distingo para el reconocimiento de estos derechos respecto de la nacionalidad de los trabajadores, por tanto, podemos concluir que no hay mayores diferencias, en este nivel, de los trabajadores nativos con los trabajadores migrantes. Ha esto se debe sumar, que tampoco se establece respecto a estos trabajadores, nativos o migrantes, la calidad formal o informal de su trabajo, por tanto, dicha calidad no condiciona el ser amparado por estos derechos, y las respectivas acciones que puede ejercer para poder dar evitar o restablecer posibles vulneraciones a estos derechos.

Nuestra Corte de Apelaciones de Santiago, al referirse al Derecho a Sindicarse, lo ha hecho en estos términos:

²³ Álvarez, Gustavo. 2005. Antecedentes históricos, internacionales y principios de las organizaciones sindicales. Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 27p.

“Que el artículo 19 de N° 19 de la Constitución Política de la República garantiza el derecho de sindicarse, siempre en forma voluntaria, y protege también la autonomía de las organizaciones sindicales. El derecho de sindicarse incluye, sin duda, la facultad de afiliarse o desafiliarse libremente a una organización sindical, de modo que cualquier acto arbitrario o ilegal que constituya para un trabajador una amenaza de desafiliación de sindicato por él elegido, hace procedente el recurso que contempla el artículo 20 de la carta fundamental, en protección de esta garantía constitucional”²⁴.

1.1.2 Código del Trabajo.

Junto a este reconocimiento que realiza nuestra Constitución respecto al derecho de igualdad ante la ley, derecho a la libertad de trabajo y derecho a la libertad sindical, hay que ver cómo el Derecho Laboral, por medio del Código del Trabajo y las facultades de la misma Dirección del Trabajo, han reconocido y entendido estos derechos.

a) Los Derechos Fundamentales del Trabajador

El Código del Trabajo establece en su art. 5 que el límite a las facultades dadas por ley al empleador son el respeto a las garantías constitucionales del trabajador. Con esto, dentro del Derecho Laboral se ha podido dar un reconocimiento a los Derechos Fundamentales del Trabajador dentro de la relación laboral, en cuanto a cómo se entiende que dentro de esta relación pueden ser afectados no sólo los derechos laborales, sino que los derechos inalienables que asisten al trabajador

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Lexis Nexis, número identificador 12140; citado en: Concha Sahli, Diego; Silva Chaparro, Matias. 2007. Las prácticas antisindicales y las prácticas desleales en la negociación colectiva. Análisis jurisprudencial. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 16p.

como ser humano, lo que conforma la formula denominada como la “ciudadanía laboral”, como lo planteamos anteriormente.

b) Derecho a la No Discriminación.

Dentro del Derecho Laboral, se ha entendido, como la otra cara de la moneda de la igualdad ante la ley (art. 19 n°2 CPR), el Derecho a la No Discriminación (art 2 C.T.), el cual es entendido como un derecho fundamental y, por ello, en una “expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana”²⁵ (Dirección del Trabajo, 2004).

En el art 2 del C.T., en los incisos 3, 4 y 5 se refiere sobre los actos discriminatorios, en el inciso 3 establece que estos actos discriminatorios son “contrarios a los principios de las leyes laborales”. El inciso 4 caracteriza lo que son los actos discriminatorios, entendiéndolos como las “distinciones, exclusiones o preferencias (...) que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”, donde estas distinciones, exclusiones o preferencias se sustenten en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social. Pero, como contrapartida, el inciso 5 del artículo en comente, plantea que estas exclusiones o preferencias que se basen en las “calificaciones exigidas para un empleo determinado” no se considerarán como actos discriminatorios, lo que tiene directa relación con el inciso segundo del numeral 16 del artículo 19 de la CPR, que establece que “se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”. Con todo, podemos comprender que el Código del Trabajo en este punto, establece como un principio de las leyes laborales la no discriminación de los actos, que los actos de preferencia o exclusiones solo son

²⁵ Dirección del Trabajo. 2004. Ord. n° 3704/134. Santiago, Chile. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-68527.html> [Consultado el 20 de noviembre de 2016].

tolerados en razón de la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que una ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad.

El Derecho a la No Discriminación es caracterizado por la Dirección como un “elemento condicionante a la hora de permitir ciertos límites que pudieren imponerse por el empleador en el desarrollo de los poderes empresariales”²⁶ (Dirección del Trabajo, 2004).

c) Otros Derechos Fundamentales Laborales

La Dirección ha reconocido y entendido por derechos fundamentales que asisten al trabajador en cuanto persona, el derecho a la vida y a la integridad física del trabajador(a), siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, el respeto y protección a la vida privada y a la honra del trabajador(a) y su familia, el derecho a la libertad de conciencia, a la manifestación de todas las creencias y al ejercicio libre de todos los cultos, la libertad de expresión, opinión e información sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, y la garantía de indemnidad, que consiste en no ser objeto de represalias ejercidas por el empleador, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales.

d) Protección a los Derechos Fundamentales Laborales en el C.T.

Como medio para resguardar estos derechos y hacerlos exigibles, se ha desarrollado por nuestro ordenamiento todo un aparato procesal para asegurar la protección de estos derechos, el cual se materializa en el Procedimiento de Tutela Laboral (art. 485 y ss. C.T.) Mediante el cual, el trabajador podrá recurrir a los

²⁶ Dirección del Trabajo. 2004. Op. Cit.

Juzgados del Trabajo cuando considere que uno o más de estos derechos consignados por nuestra legislación, le han sido vulnerados.

e) Límites al número de trabajadores extranjeros.

El capítulo III del libro I del C.T. llamado “de la nacionalidad de los trabajadores”, cuenta con dos artículos, el 19 y 20, los que establecen una obligación para el empleador respecto a la contratación de trabajadores. Es verdad que se le reconoce tanto al empleador como al trabajador la libertad para poder transar obligaciones laborales según como puedan las partes, y que esta contratación no puede sustentarse en los actos discriminatorios que planteamos anteriormente, esos artículos establecen ciertas consideraciones que debe cumplir el empleador, en primer término, el artículo 19 establece que los empleadores que tengan bajo su contrato a más de veinticinco trabajadores, de los cuales a lo menos el ochenta y cinco de ellos deberá contar con nacionalidad chilena. Pero, como una especie de contra-excepción, el artículo 20 establece reglas para contabilizar a los trabajadores extranjeros según el artículo 19, reglas que establecen que el computo será en relación a todos los trabajadores que dependen del empleador en todo el territorio nacional y no vistos de manera separada según sucursal; se descontaran del cómputo a los trabajadores extranjeros especialistas; y se contarán como chilenos a los trabajadores extranjeros que su cónyuge o hijo sea chileno, o sea viudo(a) de cónyuge chileno, y también a quienes han residido en Chile por más de 5 años en el país. Con esto, podemos ver que, a pesar de existir una limitante porcentual para la contratación de trabajadores extranjeros por parte del empleador, existen soluciones legales para poder facilitar estas contrataciones y evitar discriminaciones basadas netamente en la nacionalidad.

Nuestro Código del Trabajo, salvo el artículo 2, 19 y 20, no tiene más disposiciones explícitas sobre trabajadores extranjeros y sus familias.

1.1.3 Decreto Ley N°1.094 y Decreto Supremo N°597

El Decreto Ley n°1.094 de 1975 establece las normas sobre extranjeros en Chile, dentro de las cuales, encontramos diversas disposiciones sobre los trabajadores extranjeros, especialmente las encontraremos en el Título I “De los Extranjeros” dentro del párrafo 4 “de los residentes oficiales y demás residentes”, en el encabezado “del residente sujeto a contrato”, desde el artículo 23 al 26 inclusive. En el artículo 23 del citado decreto, se plantea que se darán visas de residente sujeto a contrato a los extranjeros deban cumplir un contrato de trabajo en el territorio nacional, autorizando así su ingreso al país, o bien si estos ya se encontraban dentro de éste, se radiquen en el país para el cumplimiento del contrato. Esta visa se otorgará a sus familiares según como lo establezca el reglamento respectivo. La visa tiene un plazo de dos años, prorrogable por el mismo periodo de tiempo. El artículo 24 da la carga al empleador de que en el contrato de trabajo del extranjero debe contemplarse una cláusula en la que se compromete a “pagar el pasaje de regreso del trabajador y demás personas que estipule el contrato”, la que es conocida como la “cláusula de regreso”. Y el artículo 25 se refiere a que en caso de término del contrato de trabajo (entendido como el antecedente que dio base a la visa), será causal de caducidad de la visa y debe comunicarse a la autoridad competente en un periodo de 15 días.

Por su parte, en el artículo 70, que se encuentra en el Título II “De las Infracciones, Sanciones y Recursos”, podemos ver que existe una sanción para aquél extranjero que realice actividades remuneradas sin estar autorizado, es decir, sin contar con la visa respectiva para poder trabajar dentro del territorio nacional, tendrá una sanción con “multas de 1 a 50 sueldos vitales”. Es decir, que los extranjeros que no cuenten con una visa que los autorice a trabajar en Chile, sin importar se encuentren con un contrato de trabajo dentro del trabajo formal, o no cuenten con él y, por tanto, realicen su trabajo dentro del mercado de trabajo informal, se exponen a esta multa.

El Decreto Supremo n° 597 de 1984 por su parte regula la situación de los residentes sujetos a contrato desde el artículo 35 en adelante. En estos artículos reafirma lo establecido en el D.L. n°1.094, y a su vez, se profundiza o esclarece ciertas situaciones. Como es el caso del propio artículo 35, el que se refiere en los mismos términos que el artículo 23 del D.L. a quienes se les otorgará la visación de residente sujeto a contrato, pero agrega, que respecto a los cónyuges, padres e hijos que se les de la visación como consecuencia de la visación otorgada al trabajador extranjero, esta deberá ser por el motivo de que estos vivan a expensas de este trabajador, y que además esta condición de “dependientes” no les permite realizar actividades remuneradas en Chile.

Se establece en el art. 36 los requisitos para otorgar las visaciones del residente sujeto a contrato, entre los que se destaca que el contrato de trabajo debe ser suscrito ante un ministro de fe, que en el caso de ser suscrito dentro del territorio nacional este papel lo debe desarrollar un Notario, y en caso de ser suscrito fuera del territorio nacional, deberá realizarse ante el agente diplomático o consular competente; debe acreditar su calidad de profesional o técnico con el título respectivo y debidamente legalizado; que sea indispensable o necesario para el desarrollo del país; que la actividad a desarrollar no sea considerada peligrosa o atentatoria contra la seguridad nacional. El art. 37 se refiere a las menciones que debe tener el contrato de trabajo del trabajador extranjero para poder obtener la visación de residente sujeto a contrato, menciones que son idénticas a las de un contrato de trabajo cualquiera dentro de nuestro marco legal, a excepción de la cláusula del impuesto a la renta, en la que el empleador se obliga a responder por este impuesto correspondiente a la remuneración pagada. Sin estas menciones se entiende que no se podrá cursar la visación solicitada.

El artículo 38, complementa la cláusula de regreso del artículo 24 del Decreto Ley n° 1.094, planteando que la “obligación del empleador” del pago de pasaje subsiste

hasta que el extranjero “salga del país u obtenga nueva visación o permanencia definitiva”.

El art. 39, en la línea del art. 25 del D.L. en comente, estipula que la obligación de dar comunicación al termino del contrato del residente extranjero sujeto a contrato del empleador, debe realizarse ante el Ministerio del Interior en Santiago, y a las Intendencias o Gobernaciones en las demás regiones. Con lo que se aclara a que ente debe comunicarse este término de la relación laboral, lo que no estaba claro en el D.L.

1.1.4 Decreto Ley N° 3.500, Decreto Ley N° 3501, y Ley n°18.156

Ambos decretos, dan el marco de nuestra legislación en cuanto a la Seguridad Social se trata, en donde el Decreto Ley n°3.500 creo en 1980 el actual sistema de pensiones y el Decreto Ley n° 3.501 de 1980 se refiere a las cotizaciones previsionales, a este respecto, la situación de los trabajadores extranjeros se encuentra inmersa dentro de las normas generales, en donde no se hace distinciones respecto a la situación de los trabajadores extranjeros.

Ahora bien, es importante tener en consideración la ley n° 18.156 referente a la “exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros”. En ella se da la opción para las empresas que contratan a los trabajadores técnicos extranjeros no enteren en Chile el pago de las cotizaciones previsionales, siempre que cumplan con las exigencias impuestas por la ley, a saber: (i) que la empresa firme contrato con personal técnico o profesional extranjero, (ii) que el trabajador este afiliado a un régimen social fuera de nuestro país, y (iii) que en el contrato de trabajo el trabajador manifieste su voluntad de mantener su afiliación referida; requisitos que deben ser cumplidos de manera copulativa para que surtan todos sus efectos legales²⁷ (Dirección del Trabajo, 1999). Con esto, dicho trabajador no puede acceder a los

²⁷ Dirección del Trabajo. 1999. Ord. N° 3.397/191. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-84934.html>. [Consultado el 20 de noviembre de 2016]. Ver en anexo 3.

beneficios del sistema chileno, pero no renuncia a lo referido a las coberturas de la ley 16744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que son cotizaciones obligatorias del empleador.

A esto se debe sumar que el artículo 7mo de la ley 18.156, da la opción de que los trabajadores técnicos extranjeros que cumplan con los requisitos señalados en el artículo 1, para poder quedar exentos del pago de las cotizaciones previsionales en Chile, en el caso de que registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensión, pueden solicitar la devolución de estas cotizaciones.

1.1.5 Tributación de los Trabajadores Extranjeros en Chile.

Como cierre de las normas que regulan la vida del trabajador extranjero, es importante también referirse, al menos de manera superflua, a lo que acontece en materia de los tributos respecto a los trabajadores extranjeros en Chile. La Ley de Impuesto a la Renta (LIR) se refiere de manera indirecta a este caso.

En la LIR, en su artículo 3, se realiza la distinción respecto a las personas que se encuentren domiciliadas o residan en Chile, ya que ellas pagarán impuesto sobre sus rentas sin importar que sean de fuente chilena o extranjera. Pero, se les entrega una exención a los extranjeros residentes en Chile durante los primeros tres años, con lo que se verán afectos a impuestos solo las rentas de fuente chilena. En la línea del artículo 10 LIR, se entiende como renta de fuente chilena, las rentas que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él, por lo tanto, un trabajador extranjero que se encuentre domiciliado o resida en Chile para el Impuesto Único de Segunda Categoría, en el caso de los trabajadores dependiente, o el Impuesto Global Complementario, en el caso de los trabajadores independientes.

En el caso de los trabajadores extranjeros que no residen ni están domiciliados en Chile, primero, se debe entender por tales los que (i) no tienen ánimo de

permanencia y (ii) no permanezcan más de 6 meses en Chile (durante un año calendario o durante dos años tributarios consecutivos). Como tal, se rigen por las normas aplicables a cualquier persona no residentes ni domiciliados en Chile que según el art. 58 LIR, se les aplica el Impuesto Adicional.

1.1.6. Ley 20.507, que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para prevención y más efectiva persecución criminal.

El año 2011 se promulgo la ley 20.507, que vino a dar un marco de regulación y protección ante los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, tipificando dichos delitos. Con esta regulación, se logró durante el año 2013, condenar a una red de personas a cinco años de presidio.

Con esta ley se ha logrado dar un sustento jurídico para la lucha contra este tipo de prácticas, que a pesar de la visibilización que ha logrado darle esta ley, sigue siendo una práctica poco documentada, para determinar la raíz ante este problema de la trata de personas con fines de explotación laboral.

Esta ley, que introdujo esta tipificación en el Código Penal, penaliza este delito prohibiendo todo tipo de trata de personas con penas que van desde los 5 años y un día a los 15 años de prisión.

Como último comentario respecto a esta ley, hay que considerar que el Departamento de Estados Unidos que tiene por objeto analizar la trata de personas y la explotación sexual de niños, reconoció en su informe en 2016 que Chile cuenta con una legislación que permite la protección de víctimas y trabajadores domésticos, es necesario que se “incremente los esfuerzos para investigar y enjuiciar todas las

formas de trata de personas, incluyendo el tráfico sexual de niños al interior del país”²⁸.

1.1.7. Ley 18.156. Establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y derogó la ley n°9.507.

La ley 18.156 establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican y derogó la ley n°9.507, fue publicada en el Diario Oficial de 25 de agosto de 1982 y luego, modificada por ley 18.726, el 23 de julio de 1988.

Las condiciones que establece esta ley para que el técnico extranjero y la empresa que lo contratan, están reguladas en el artículo 1°, que son: (i) 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 (ii) que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

Uno de los elementos quizás más cuestionables de esta ley, es por un lado que esta ley no permita a todos los trabajadores extranjeros acogerse a este beneficio, sin importar su nivel técnico o profesional. Como también, que en el artículo 3° de esta ley, se establece una sanción para quienes invoquen esta exención sin reunir los requisitos, estableciendo una sanción pecuniaria consistente en una multa a beneficio fiscal de hasta cinco unidades tributarias anuales (aumentables al duplo si incurriere en más de una infracción dentro de dos años).

²⁸ Department of State, United States of America. “Trafficking in persons report. June 2016”. Estados Unidos de Norteamérica, 2016, 128p.

1.2 Normas Internacionales

El Derecho internacional ha desarrollado con el tiempo una rama dedicada a la migración, que, en términos básicos, tiene que ver con las responsabilidades y compromisos internacionales que los Estados han adquirido en esta materia. El fin, es que, por medio de instrumentos internacionales, principalmente convenciones, se fijen límites en la autoridad tradicional que los Estados tienen sobre asuntos migratorios²⁹ (Organización Internacional para las Migraciones).

Nuestro país ha ratificado una serie de tratados internacionales que versan sobre la materia, éstos se encuentran vigentes y son obligatorios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5to inciso 2 de la Constitución Política de la República, que señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Con esto, podemos concordar como plantea Macarena Machín, que esta “base jurídico-legal sirve para entender el nivel de compromiso que Chile ha asumido al ratificar los tratados internacionales sobre derechos humanos y, en particular, sobre los derechos de los migrantes”³⁰ (Machín, 2012).

En este sentido, se procederá a revisar los principales instrumentos internacionales que hoy dan pautas respecto de los asuntos migratorios:

1.2.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

El pacto de San José de Costa Rica, es una de las principales bases de promoción y protección de los derechos humanos, su contenido es un pilar que sirve

²⁹ Organización Internacional para las Migraciones. OIM. Derecho migratorio internacional. [En línea] http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf [Consultado el 10 de noviembre de 2016].

³⁰ Machín, Macarena. 2012. Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural. Santiago, Chile. 51p. [En línea]. Observatorio Ciudadano. Disponible en: <http://observatorio.cl/documento-de-trabajo-n-11-los-derechos-humanos-y-la-migracion-en-chile-resumen-ejecutivo/> [2016, 05 de junio].

como directriz de diversos documentos internacionales y de las legislaciones de los Estados.

Como antecedente del proceso migratorio, señala en su artículo 22 N° 2 que Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio. A esto debe sumarse lo dispuesto en el numeral 1, que señala que Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. Complementando esto, el numeral 4 que el ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público. En este sentido, se entiende que la materia de residencia debe estar regulada legalmente, que quienes se muevan de un territorio a otro deben observar estas normas y que sólo se restringirá el derecho de circulación y residencia, cuando se vea comprometido el interés público.

Por otro lado, señala en su artículo 24 que todas las personas son iguales ante la ley, por lo que toda persona, sin distinción alguna, tiene derecho a que la ley del territorio le proteja de la misma forma que a todos los que en él habitan. Este artículo es el antecedente que motiva a nuestra Constitución Política de la República, a garantizar en su artículo 19 la igualdad ante la ley. Esto se traduce en el deber de que las leyes de un Estado, puedan proteger de igual forma a todos quienes estén bajo su jurisdicción.

En este sentido, todos quienes se encuentren en territorio de nuestro Estado, sean chilenos o extranjeros, más allá de su condición documental, deben gozar de la protección de los tratados internacionales que se encuentren vigentes, de las garantías que consagra la Constitución y de las demás disposiciones nacionales.

Además, se debe destacar el papel que cumple la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar y aplicar esta convención, en que sus:

“opiniones y resoluciones definen estándares que deben ser atendidos por los países miembros de dicha Corte. Dentro de estas, cobra especial importancia la opinión consultiva 18/03 de la CIDH, de 17 de septiembre de 2003, relativa a la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados, la cual define y detalla con claridad estándares de derechos humanos en el ámbito laboral, que son vinculantes para los Estados y por tanto deben ser adoptados y aplicados en el ámbito nacional.”³¹

1.2.2 Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus familiares.

La convención comienza definiendo al trabajador migratorio como toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

La definición es amplia y la misma convención se encarga de realizar clasificaciones que permitan especificar las distintas situaciones de los trabajadores migratorios. Para estos efectos, es relevante la distinción que se realiza respecto de trabajadores migratorios en situación regular o irregular, y la atribución de estas categorías dependerá de si los trabajadores cuentan o no con la documentación necesaria para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un determinado Estado.

Por otro lado, para la convención, el término “familiares” se define como las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su

³¹ Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT. 2016. Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO. University Press. Volumen 4, número 3. 53p. En relación a esta Opinión Consultiva 18/03 CIDH se sugiere ver: Muñoz Lean, F., “Trabajadores migrantes y discriminación”, en Arellano Ortiz, P. (ed.), Trabajadores Migrantes y seguridad social, Librotecnia, Santiago, 2015, pp. 17-30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2003. Condición Jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados (Opinión Consultiva OC 18/03). [En línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc. [Consultado el 11 de julio de 2016].

cargo, reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados que se trate.

Tras estas definiciones, la convención comienza a abordar los distintos derechos y garantías de que gozan todos los trabajadores migratorios, asegurándose de que los Estados se comprometen a respetarlas y asegurarlas a todos quienes se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción, sin distinción alguna.

a) Derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

La convención se encarga de señalar de manera explícita y detallada aquellos derechos humanos que cobran relevancia para los trabajadores migratorios y sus familiares, es relevante que cada uno de ellos sea abordado de manera acabada, ya que en sus enunciados se exponen situaciones de vulnerabilidad claras y reales, a las que se exponen los trabajadores migratorios y que los Estados deben cautelar. En materia laboral destaca el artículo 25, donde asegura en el numeral 1, que los trabajadores migratorios deberán gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de otras condiciones de trabajo como jornadas laborales, descansos, salud o seguridad.

Por otro lado, el numeral 3 del mismo artículo, es categórico al expresar que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades.

La convención respeta los principios del Pacto de San José de Costa Rica y se encarga de hacer una promoción clara de los Derechos Humanos que pueden ser vulnerados en aquellos trabajadores migratorios. Recalca y refuerza el derecho de

igualdad y es enfática en señalar que la situación documental o irregular no puede ser obstáculo para la aplicación de aquellas garantías que tengan relación con el trabajo.

b) Seguridad Social.

El artículo 27 de la convención, sostiene que los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables.

Es así, como el espíritu de la convención se centra en garantizar un trato igualitario entre trabajadores migratorios y nacionales, vela para que la nacionalidad, sexo, religión, cultura o situación documental no sea un obstáculo que impida al trabajador migratorio y sus familiares gozar de los derechos humanos que se encuentran consagrados internacionalmente ni de aquellos derechos que cada Estado garantiza para sus trabajadores nacionales.

c) Derechos laborales

El artículo 52 consagra la libertad de empleo para los trabajadores migratorios, señalando que en el Estado de empleo poseen libertad para elegir la actividad remunerada en que se desempeñarán. Las limitaciones a esta libertad están detalladas en el mismo artículo, y corresponden entre otras, a aquellas categorías de empleo que se encuentren restringidas en beneficio del Estado y que así se establezca en las leyes nacionales, o cuando corresponda de acuerdo al sistema de reconocimiento de títulos profesionales de cada Estado.

Es relevante que este derecho se encuentre garantizado de forma expresa, ya que deja en claro que la libertad de que se habla es aquella que permite elegir la actividad remunerada que se desempeñará en el Estado de empleo, y que las únicas limitaciones válidas para ella, son las establecidas por la misma convención y las

establecidas por la legislación de cada Estado, que, en el caso chileno, versan respecto de la idoneidad para desempeñar el empleo.

El artículo 54 de la convención establece que sin perjuicio de las condiciones de su autorización de residencia o de su permiso de trabajo, debe asegurarse que los trabajadores migratorios, gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales en materias como la protección contra los despidos o las prestaciones de desempleo. Si hubiera vulneración al contrato de trabajo, el trabajador migratorio tiene derecho a recurrir ante las autoridades competentes del Estado de empleo.

d) Política migratoria de los Estados de empleo.

La parte VI de la convención desarrolla el rol que deben desempeñar los Estados de empleo, en virtud de mantener un proceso migratorio que garantice condiciones satisfactorias, dignas y que respeten las líneas de la migración internacional.

En este sentido, se ha establecido que los Estados deben contar con políticas migratorias íntegras, que se hagan cargo de las necesidades sociales, económicas y culturales de los trabajadores migratorios.

El artículo 65 enumera una serie de consideraciones que deben observar los Estados, se expone que para poder atender las necesidades de los trabajadores migratorios es necesario contar con una política pública que se haga cargo del tema y que establezca principalmente medios para suministrar información entre Estados y autoridades, a fin de favorecer la cooperación internacional. Medios para suministrar información a empleadores, trabajadores y organizaciones, a fin de que conozcan el marco regulatorio del proceso migratorio y cómo les es atinente en materias de trabajo. Por último, medios para suministrar información a trabajadores migratorios y sus familiares, en lo relativo a las autorizaciones y formalidades y arreglos requeridos para la partida, el viaje, la llegada, la estancia, las actividades remuneradas, la salida y el regreso, así como en lo relativo a las condiciones de trabajo y de vida en el

Estado de empleo, las normas aduaneras, monetarias y tributarias y otras leyes y reglamentos pertinentes.

1.2.3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

La convención parte determinando qué se entiende por “formas de discriminación racial”, así, en su artículo primero lo define como la distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

En su artículo 5, enumera una serie de derechos que no pueden ser objeto de discriminación en el sentido del artículo primero. En la letra e) se refiere a los derechos económicos, políticos y sociales, donde se incluye el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria. Se incluye también el derecho a formar sindicatos y sindicarse, a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

De acuerdo a la convención, la aplicación de los derechos fundamentales y laborales que otorga un Estado, no puede verse entorpecida en atención al origen nacional o étnico de la persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

Además, señala que los Estados que forman parte de la convención se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces que se encarguen de combatir prejuicios y obstáculos que conduzcan a la discriminación racial.

CAPÍTULO II:

PROBLEMAS LABORALES Y PREVISIONALES QUE GENERA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE EXTRANJERÍA.

Es positivo recordar, que dentro de nuestra legislación no existen una normativa u ordenamiento jurídico específico para los trabajadores extranjeros, por lo que, en materia laboral, ellos quedan sometidos a la legislación general la que se encuentran sometidos todos los trabajadores que se encuentren dentro de Chile.

A esto, hay que sumar como refuerzo, el reconocimiento de que entre los migrantes regulares o documentados y los migrantes irregulares o indocumentados, no existen diferencias en cuando al deber de cumplir las leyes laborales y de seguridad social que los favorezcan y le den protección, como se plantea por el Centro de Derechos Humanos (en adelante, CDH) de nuestra universidad, en su informe temático anual que abordó el tema de Migración y Derechos Humanos, sostuvo que “los derechos laborales a favor de los migrantes se devengan por igual, aun a falta de autorización para trabajar”³² (Centro de Derechos Humanos, 2016).

Ahora bien, y como continua en su informe temático el CDH, más allá de esta igualdad a la que se encuentran tanto normados como protegidos los trabajadores nativos como migrantes, y tanto migrantes regulares como irregulares, tiene “dificultades prácticas”³³ (Centro de Derechos Humanos, 2016) que sufren en su mayoría los trabajadores migrantes irregulares.

A nuestro entender, estas dificultades prácticas se sustentan en que, a pesar de que todos los trabajadores sin importar su nacionalidad o situación migratoria se encuentran igualmente regulados y amparados por el mismo ordenamiento jurídico

³² Centro de Derechos Humanos. 2016. Informe Temático 2016: Migración y Derechos Humanos. Santiago, Chile. Facultad de derecho, Universidad de Chile. 24p.

³³ Se plantea el caso de las “personas extranjeras en situación migratoria irregular, por regla general, carecen de cédula nacional de identidad, y en consecuencia el empleador aduciría imposibilidad de enterar sus cotizaciones en alguna entidad previsional. Por lo demás, tanto el empleador que contrata extranjeros en situación migratoria irregular como el trabajador, se encuentran cometiendo una infracción y pueden ser sancionados”. Centro de Derechos Humanos. 2016. Op. Cit., 24p.

laboral en este caso en particular, sobre los trabajadores migrantes en general, y los que se encuentran en una situación migratoria irregular en particular, la ley de extranjería y su reglamento respectivo, disponen de normas que tienen por objeto el obstaculizar la normalización de la situación migratoria del extranjero (con pretensiones de una residencias prolongadas), en línea con el pensamiento respecto a los extranjeros en la época de dictación de la ley de extranjería (1975), pensamiento que nace de la lógica de la “migración como un problema de seguridad interior del estado, donde los migrantes juegan el rol de insurgentes”³⁴ (Guzman Fredes, 2014), lo que termina generando respecto del trabajador migratorio irregular una mayor vulnerabilidad en sus derechos.

Esta visión anacrónica se aleja de nuestro país interconectado, globalizado, y de una gran apertura económica, con la pretensión declarada de dar respeto y protección a los Derechos Fundamentales de la persona humana.

Es en este punto, donde las normas que materializan la visión del “migrante-amenaza” generan, en nuestro tema estudiado, una vulneración en los derechos de los trabajadores migrantes extranjeros en general, y en los irregulares en particular.

Los problemas son diversos, pero los que abordaremos a continuación, con su respectiva explicación, son los considerados más graves y/o urgentes respecto a que presentan claras vulneraciones a la dignidad misma de las personas. Estos problemas son: la informalidad laboral, con todas las dificultades que ella implica, y la falta de acceso de la seguridad social.

Para el análisis de estas problemáticas, se enfatiza que se hacen presentes por su especial condición de vulnerabilidad y precarización laboral, los trabajadores migrantes – y sus familias- no tienen una permanencia definitiva, como es el caso de las visas temporarias o los migrantes que ingresaron de manera irregular al país, y

³⁴ Guzman Fredes, Mario. 2014. La retención de documentos en el Decreto Ley 1094 y la Tarjeta de extranjero Infractor. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 16p.

que además, en muchos casos no cuentan con los suficientes estudios técnicos o universitarios para acceder al reconocimiento que le da la ley a los migrantes que si lo tienen, o peor aún, que contando con este nivel de estudio, no son reconocidos en nuestro país.

2.1 Informalidad y precariedad laboral.

Los fenómenos de informalidad y precariedad en el ámbito laboral han tendido a entenderse como conceptos sinónimos, lo que en estricto rigor es un error, ya que a pesar de que son fenómenos que tienen un alto grado de vinculación, son conceptos distintos, y que por tanto se pueden producir por factores diversos, como también producir efectos distintos.

2.1.1. Informalidad Laboral.

En el ámbito del derecho del trabajo, la informalidad laboral puede diferenciarse en dos conceptos, el de la informalidad productiva y la informalidad legalista, donde la definición dada por la O.C.D.E da grandes claridades al respecto: “la definición productiva de informalidad incluye a los trabajadores que reciben una renta por cuenta propia no cualificados, los trabajadores de pequeñas empresas de menos de cinco empleados, y los trabajadores que reciben una renta de cero; la definición legalista de informalidad se refiere a los empleados que no tienen derecho a pensión por su empleo”³⁵ (De Laiglesia, 2008).

Con esto, podemos entender que la informalidad laboral se refiera a la relación laboral que no está en los estándares del derecho laboral, lo que se refuerza con la idea planteada por Bertraunou y Casanova, que entienden la informalidad laboral como “el no registro de la relación laboral asalariada en la seguridad social y la no

³⁵ De Laiglesia, Juan Ramón. 2008. Vivir con dualidad: política fiscal e informalidad en América Latina. Percepciones n°81, París, publicaciones “OCDE” [Serie: percepciones del centro de Desarrollo de la “OCDE”]. 2p. [En línea] <https://www.oecd.org/dev/41562757.pdf> [Consultado el 13 de diciembre de 2016].

inscripción de los trabajadores independientes en la administración fiscal”³⁶ (Bertranou y Casanova, 2013). En el caso de los trabajadores migrantes su ingreso a la informalidad laboral se puede explicar por diversos factores, tanto jurídicos como no-jurídicos.

Una de las mayores problemáticas o contradicciones a nivel legal que enfrentan los migrantes que desean trabajar encontrándose ya en territorio nacional, por la normativa de extranjería, los migrantes para poder trabajar de manera regular, deben solicitar una visa sujeta a contrato de trabajo el que debe ser suscrito ante notario, pero para poder acceder a dicho contrato debe contar con una visación que le permita trabajar, por lo que estamos frente a un círculo vicioso que dificulta su situación regular.

Junto a esta dificultad que desincentiva al empleador a escriturar y regularizar la relación laboral con el migrante, y las demás cláusulas especiales con las que debe contar este contrato, debe sumarse la sanción contemplada en el art 70 del DL n°1.094, que dispone que “los extranjeros que fueren sorprendidos desarrollando actividades remuneradas sin estar autorizados para ello, serán sancionados con multa de 1 a 50 sueldos vitales”, al que, además, se le debe sumar lo contemplado en el mismo cuerpo normativo en el art. 57: “En caso de sanciones impuestas por la autoridad administrativa por infracciones a la presente ley, los extranjeros no podrán abandonar el territorio nacional en tanto no hayan dado cumplimiento a la respectiva sanción o los autorice el Ministerio del Interior”. Estas multas, además, se extienden al empleador (o a cualquiera que) de ocupación a un extranjero sin contar con una situación migratoria regular, como se plantea en el art. 74, multa que va de 1 a 50 sueldos vitales.

Además, esta situación de vulnerabilidad mayor producida por la informalidad plantea otra problemática respecto a la eficacia que tienen en su aplicación los

³⁶ Bertranou, Fabio; y Casanova, Luis. 2013. Informalidad laboral en Argentina: segmentos críticos y políticas para la formalización. Organización Internacional del Trabajo. Buenos Aires, Oficina de País de la OIT para la Argentina. 21p.

Convenios Bilaterales de Seguridad Sociales, en que “aun cuando la legislación nacional prescriba que se tiene que aplicar por igual, la protección para los trabajadores migrantes puede estar limitada. Esto tiene que ver con la aplicación de la ley, pero también con el alto porcentaje de migrantes que ejercen labores dentro de la economía informal”³⁷ (Arellano Ortiz, 2013), con lo que podemos apreciar, que aún cuando directamente la regulación no sea directamente la responsable de la ineficacia de estos convenios, si lo hace de forma indirecta al causar informalidad que termina por ocasionar este margen de ineficacia de dichos convenios.

Por último, hay que sumar como un factor no propiamente jurídico, que llevado por la imperiosa necesidad de conseguir recursos y las facilidades que presenta, estos trabajadores muchas veces ingresan a mercados laborales que se caracterizan por su precariedad donde nativos como extranjeros “enfrentan una situación de desmedro en relación con sus derechos laborales”³⁸ (Vergara, 2005).

Todos estos factores facilitan y propician el ingreso de los trabajadores migrantes, tanto los que cuentan con visas temporarias como los que ingresaron de manera ilegal al país, al mercado informal de trabajo. Y esta informalidad conlleva desregulación, la que posibilita en mayor medida la precariedad laboral.

2.1.2. Precariedad Laboral.

Para poder aportar en contra de la asimilación total entre informalidad y precariedad laboral, se debe entender que esta última –la precariedad- puede darse dentro del mercado formal de trabajo, ya que no es un tema exclusivo de la informalidad. En esta línea, Thelma Galvez plantea que un trabajo que reúna ciertas características será determinado como precario o no, y no en virtud de cuanto se

³⁷ Arellano Ortiz, Pablo. 2013. Trabajadores migrantes y seguridad social: aproximación nacional e internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a las prestaciones II Parte. Santiago, Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 4, No 7. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 120p.

³⁸ Vergara, Mónica. 2005. El trabajo de los extranjeros en Chile y en la I región. Santiago, Chile. Departamento de Estudios Dirección del Trabajo. 17p.

ajuste a las normas legales; estas características para definir a un trabajo como precario son: respecto a la estabilidad laboral, hay un alto riesgo de pérdida (contra uno horizontes a corto plazo); sobre el control de las condiciones laborales, hay menos control sobre las condiciones de trabajo por lo que es más inseguro (contra mayor control); sobre la protección del trabajador, hay una desprotección sobre cobertura social, discriminación, condiciones de trabajo, improcedencia del despido (contra mayores grados de protección); y sobre el salario, una mala remuneración es precario si se asocia a la pobreza y a la inserción social insegura³⁹ (Gálvez, 2001). De estas características podemos comprender que un trabajo precario perfectamente –y lamentablemente- puede encontrarse dentro del mercado laboral formal.

Por su parte, la precariedad laboral es entendida por Cynthia Pok como la “inserción endeble de los asalariados en el sistema productivo (producción de bienes y servicios), caracterizada por una multiplicidad de formas de manifestación, que se extiende al ámbito de la condición asalariada y por tanto no se limita a un sector determinado del aparato productivo, ni tampoco a un tamaño de empresa, ni a un grupo de población en particular”⁴⁰ (Pok, 1992).

Esta definición con un elemento muy relevante, como lo es el de la “inserción endeble”, que manifiesta un rasgo distintivo de la precariedad laboral, que es la irregularidad e intermitencia de la ocupación realizada. Dentro de esta relación laboral se puede vislumbrar la ausencia de condiciones contractuales que aseguren estabilidad y garantías mínimas de trabajo. Y con esta ausencia o precariedad contractual se “anula la protección jurídica al trabajador”⁴¹ (Díaz Andreade y Gálvez, 2015).

³⁹ Thelma Gálvez. 2001. Para reclasificar el empleo: lo clásico y lo nuevo. Santiago, Chile. Cuaderno de Investigación n°14, Dirección del Trabajo. 40-41p. Basado en las aportaciones de Rodgers, J: “*El trabajo precario en la regulación del mercado laboral*”, Ministerio del trabajo y seguridad social, España, 1992. [En línea] http://www.dt.gob.cl/m/1620/articles-62884_cuad_investig_1.pdf [Consultado el 25 de diciembre de 2016].

⁴⁰ Pok, Cynthia. 1992. Precariedad laboral: personificaciones sociales en la frontera de la estructura del empleo. Documento presentado en el Seminario Interamericano de Medición del sector informal. CIE/OEA/INEI. Noviembre 1992. 16p.

⁴¹ Díaz Andreade, Estrella; y Gálvez Péres, Thelma. 2015. Informalidad Laboral: Conceptos y Definiciones, Parte I. Taller de Coyuntura. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo. 10p.

Por lo expuesto, podemos plantear que tanto la informalidad como la precariedad laboral son fenómenos no deseados dentro del ámbito del trabajo, y que es entendible la aspiración por erradicarlos, puesto que estos aportan a la generación de vulneraciones de la dignidad y de los derechos de los trabajadores, tanto nativos como extranjeros.

2.2 Problemas de acceso a la Seguridad Social.

La Seguridad Social se encuentra amparada en nuestra constitución en el artículo 19 número 18 como un derecho que es garantizado a todas las personas, y es definida por el profesor Jorge Drago como “el conjunto orgánico de sistemas de cobertura de estados de necesidad, producidas por determinadas contingencias sociales, mediante el otorgamiento de prestaciones que tienden a lo menos, lograr un mínimo de subsistencia”⁴² (Drago, 1999). De esta definición se pueden extraer diversos elementos para su comprensión.

Primero, nos plantea que se busca proteger estados de necesidad, y estos son entendidos como la “situación en que se encuentra una persona, como consecuencia de haber sufrido o encontrarse sufriendo una contingencia social, la cual le impide un mínimo de subsistencia”⁴³ (Meza Moraga, 2016).

Luego, que esta cobertura se ocasiona por producirse determinadas contingencias sociales, y las contingencias son “acontecimientos, que sin producir un daño necesariamente, crean una mayor necesidad de producir ingresos o recursos

⁴² Drago M, Jorge. 1999. Contingencias de Incapacidad Laboral, Apuntes taller de memoria. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Citado en: Meza Moraga, Lorena, Tratados Internacionales de Seguridad Social suscritos por Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. Note6. [En línea] http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/meza_l/html/index-frames.html [Consultado el 26 de noviembre de 2016].

⁴³ Meza Moraga, Lorena. Op cit., 1.3.1. Estados de Necesidad.

que se traducen en mayores gastos”⁴⁴ (Meza Moraga, 2016). Y este concepto se relaciona con el de riesgo, referido al “acontecimiento futuro, involuntario, incierto, que provoca un daño o pérdida de un lucro, privando a los individuos y a quienes de ellos dependen de los medios económicos de subsistencia”⁴⁵ (Meza Moraga, 2016).

Podemos constatar, por tanto, que hay una directa relación entre las contingencias y los estados de necesidad, que estos al producirse hacen accionar los mecanismos de cobertura para poder subsanar, en todo o parte, de estos estados de necesidad. Esto es lo que se llama cobertura, la que es definida por Carlos Poblete Jiménez como “la defensa previa y la acción inmediata, coetánea y/ o posterior, destinada a prevenir la ocurrencia de Estados de Necesidad y a impedir o paliar sus consecuencias dañinas una vez padecidas”⁴⁶ (Poblete Jiménez, 1999).

En Chile, la seguridad social se compone de cuatro grandes áreas de protección o cobertura, que son las siguientes: un sistema de pensiones, que se ocupa de las contingencias de vejes, invalidez y muerte; un sistema de salud, ante las contingencias de enfermedad y el embarazo; un seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, para salvaguardar la seguridad y salud en el trabajo; y por último, un seguro de cesantía, ante la contingencia de desempleo.

Uno de los requisitos que debe contemplar el contrato del trabajador migrante, para ser válidamente aceptada como fundamento de una visación por extranjería, es que contemple la respectiva afiliación al sistema de ahorro de AFP y de las cotizaciones de salud a Fonasa o ISAPRE.

Con esto, el trabajador migrante puede obtener la asistencia de salud mediante las respectivas cotizaciones de su sueldo en Fonasa o Isapre. Por lo que queda en la

⁴⁴ Meza Moraga, Lorena. Op. cit., 1.3. Objeto de la Seguridad Social.

⁴⁵ Meza Moraga, Lorena. Op. cit., 1.3. Objeto de la Seguridad Social.

⁴⁶ Poblete Jiménez, Carlos. 1999. “Seguridad Social. Parte Doctrinaria” Apuntes Guías. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 25p.

misma situación que el trabajador nativo. Situación igual a la ocurrida con la ley 16.744 (de protección por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales).

Aquí, podemos apreciar también una diferencia que se realiza dentro del mismo sector de los migrantes, en donde por el reglamento de aplicación de los Convenios de Seguridad Social emitido por la superintendencia de AFP's, la que limita el traslado de los ahorros previsionales de los trabajadores migrantes a otro país solo a los que cumplan con los requisitos que dispone, que son el contar con un título profesional o técnico, tener afiliación en el país de origen de manera anterior al contrato de trabajo que suscriba en Chile, y que se establezca en dicho contrato de trabajo que las pensiones serán recibidas en el país de origen. Esto refuerza el interés detrás que hay en la política migratoria, la que está "orientada a facilitar el acceso al país a aquellos que posean un título académico o profesional, versus aquellos que no tienen educación superior"⁴⁷ (Machín, 2012).

⁴⁷ Machín, Macarena. 2012. Op. cit., 51p.

CAPÍTULO III:

CONFLICTO ENTRE LAS NORMAS APLICABLES A LA MATERIA.

El primer capítulo ha hecho una descripción general de aquellas normas atinentes a la vida del trabajador migratorio. Se analizó las normas que abordan tanto a la calidad de “migrante” como a la calidad de “trabajadores”. Por esto, desde la perspectiva del derecho internacional se expuso aquellas disposiciones que promueven y protegen los derechos humanos, y que abordan ambas perspectivas.

Se vio que las convenciones internacionales buscan, antes que nada, garantizar la dignidad de aquellas personas que emprenden el proceso migratorio, tanto en lo relativo a la residencia como al trabajo. En concordancia con ellas, la legislación nacional, por medio de la Constitución Política de la República y el Código del Trabajo, cumple aquellos mandatos internacionales y lleva al plano nacional las garantías fundamentales que todo trabajador debiera poder gozar.

Sin embargo, las normas nacionales que regulan la extranjería y migración, si bien se encargan de establecer procedimientos y requisitos para que una persona pueda abordar el proceso migratorio en nuestro país, tienen un efecto que, en la práctica, aleja a ciertos trabajadores migratorios de la ideal protección laboral que otorga nuestro sistema jurídico. Lo anterior se aborda en el capítulo II, donde se pone de manifiesto aquellas situaciones laborales indeseables a que da lugar la aplicación del proceso migratorio tal como se indica en nuestras normas de extranjería.

La distancia que se produce entre el ideal de las normas garantistas y la realidad de los trabajadores migratorios que no gozan de ellas, atenta principalmente contra dos derechos fundamentales: La igualdad ante la ley y la libertad de trabajo.

Este capítulo hará un análisis de cómo la aplicación de las normas de extranjería genera una vulneración de los derechos fundamentales mencionados. En primer

lugar, se analizará el derecho de igualdad ante la ley, desde la perspectiva del derecho a no ser discriminado. Luego se analizará el efecto negativo que las normas de extranjería tienen sobre el derecho de libertad de trabajo.

3.1 Derecho de igualdad ante la ley.

Tanto la convención americana de Derechos Humanos como nuestra Constitución Política de la República, se encargan de consagrar este derecho, sosteniendo ambas de forma expresa, que todas las personas son iguales ante la ley.

Si bien hay discusiones respecto del sentido y real alcance de este derecho, coincidimos con la postura que lo entiende como un mecanismo para verificar que los individuos sean tratados racionalmente, esto es, de manera no arbitraria⁴⁸ (Muñoz León, 2015). Respecto de lo que se entiende como arbitrario, la Corte Suprema ha establecido que es aquel acto “contrario a la justicia, la razón o las leyes, producto de la sola voluntad o capricho del que lo comete. En otros términos, el acto arbitrario importa un actuar irracional o caprichoso, esto es, con voluntad no gobernado por la razón”⁴⁹ (Muñoz León, 2013b) Por tanto, ninguna persona debería sufrir algún mal o privación de bienes, producto de un acto de esta naturaleza, ya que estaría siendo contrario a la Constitución y al derecho internacional, toda vez que no se le está tratando con igualdad ante la ley.

En el mismo sentido, cabe sostener que toda vez que una persona, grupo, categoría, o colectivos de sujetos sufra un tratamiento arbitrario, producto de una irracionalidad o arbitrariedad de otro individuo, está siendo discriminado⁵⁰ (Muñoz León, 2015)

⁴⁸ Muñoz León, Fernando. 2015. Trabajadores Migrantes y seguridad Social: Trabajadores Migrantes y discriminación. Santiago, Chile. Librotecnia. 17p.

⁴⁹ Muñoz León, Fernando. 2013b. No a “Separados pero Iguales” en Chile: Un análisis del Derecho Antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia. Santiago, Chile.: Estudios Constitucionales Vol. 11.

⁵⁰ Muñoz León, Fernando. 2015. Op. cit., 20-21p.

En el caso de los trabajadores migratorios, hay una serie de disposiciones en las normas de extranjería que dejan ver un trato discriminatorio hacia ellos, esto debido a que las circunstancias actuales no nos permiten otorgar racionalidad a dichas normas y nos llevan a cuestionarlas.

3.1.1 Visaciones de residencia.

Como ya se ha detallado en el primer capítulo, hay diversas clases de visas de residencia, para efectos de este capítulo, se analizará sólo la de los residentes sujetos a contrato y del residente temporario.

a) Residente sujeto a contrato.

Su tratamiento se encuentra en el artículo 23 y siguientes de la ley 1.094, se establece que se darán visaciones de residente sujeto a contrato de trabajo a aquellas personas que vengan a nuestro país con el objeto de dar cumplimiento a un contrato de trabajo o a los que se encuentren en el territorio nacional y que tengan el propósito de radicarse en el país con el mismo fin.

El detalle de cómo se otorgará esta visación se encuentra en el artículo 36 del Reglamento de Extranjería, que señala lo siguiente respecto del contrato de trabajo, “el contrato de trabajo que le sirve de fundamento deberá ser firmado en Chile ante Notario, por el patrón o empleador y el trabajador o quienes lo representen. Si fuese celebrado en el exterior, deberá ser firmado por las mismas partes ante el agente diplomático o consular competente y debidamente legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, según procedimiento establecido en el artículo 345° del Código de Procedimiento Civil, según procediere.” Agrega en otras letras del mismo artículo que “el ejercicio de la profesión, actividad o trabajo del contratado, sea indispensable o necesario para el desarrollo del país”.

Por otro lado, el artículo 9 del Código del Trabajo señala que “el contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante.”

De la simple lectura de ambas disposiciones se vislumbra la diferencia existente entre la forma de contratar a un trabajador migratorio y a uno nacional. Sin embargo, para sostener que esto es discriminatorio y contrario al principio de igualdad ante la ley, debe fundarse en que emana de un acto arbitrario e irracional que causa privación de algún bien al trabajador.

Las disposiciones de las normas de extranjería en materia de contratos, son notoriamente distintas y se traducen en diferencias significativas a la hora de proteger los derechos de los trabajadores migratorios. Es del caso, que la serie de requisitos adicionales para el contrato de trabajo del extranjero significa un costo económico que el trabajador nacional no debe soportar. El valor de la diligencia notarial, la necesidad de justificar que la actividad a desarrollar es de provecho para el país y la serie de otros requisitos, hacen que el extranjero se vea enfrentado a dificultades que el trabajador nacional no enfrenta, y por el sólo hecho de ser extranjero se ve en una situación desfavorable dentro del mercado laboral. Además, en el caso de que la relación laboral terminara “la trabajadora o el trabajador cuenta con 30 días para informar al DEM del cambio de empleador, solicitar una nueva visa sujeta a contrato o acogerse al permiso temporal de trabajo”⁵¹ (Torres, 2011).

Una estricta observancia del derecho de igualdad ante la ley, no puede tolerar que la diferencia de nacionalidad se traduzca en un perjuicio a la hora de suscribir un contrato de trabajo. Tal como se ha venido sosteniendo, las diferencias serán legítimas toda vez que no sean arbitrarias ni generen un perjuicio injusto a un individuo.

⁵¹ Torres Escudero, C. 2011. Guía de apoyo Soy Migrante, Tengo Derechos. 7p. [En línea]. Disponible en <http://www.insmujer.cl/soymigrante/wp-content/uploads/2011/04/guia-apoyo-soy-migrante-tengo-derechos.pdf>. [Consultado el 10 de julio de 2016].

Esta situación no puede ser considerada como racional. Es perfectamente entendible que, para efectos de orden y certeza, haya un ministro de fe en medio de la suscripción del contrato, pero desde el momento que esta práctica distinta, es gravosa para el trabajador migratorio, no puede considerarse como racional, ya que el único antecedente para ponerlo en desventaja de los trabajadores nacionales, es su nacionalidad.

Respecto de lo anterior, la Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus familiares, señala que los trabajadores migratorios deberán gozar de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo. Así mismo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, sostiene que es discriminación racial toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Es así como la aplicación de lo dispuesto en el reglamento de extranjería, respecto de permiso de residencia sujeto a contrato, es contradictoria a lo mandado por las convenciones internacionales y por lo dispuesto en nuestra propia Constitución Política de la República. Genera una carga injusta sobre los trabajadores migratorios y los pone en desventaja respecto de los trabajadores nacionales, lo que genera una colisión que afecta directamente al derecho de igualdad ante la ley, consagrada en nuestra Constitución.

En relación a lo analizado en el capítulo II, esta situación se agrava para aquellos trabajadores indocumentados que se ven atados de manos para encontrar trabajo ya que no cuentan con permiso de residencia y tampoco pueden optar a esta residencia por la dificultad de optar a un contrato de trabajo. Estos trabajadores migratorios son

los que se ven más afectados por las disposiciones de extranjería y deben enfrentar una situación desigualdad e injusticia que tiene como consecuencia la precarización laboral, en este sentido puede afirmarse que “las normas especiales que se aplican al contrato laboral de los trabajadores migratorios y a su autorización de residencia violan los derechos mínimos de los trabajadores indocumentados, pues crean un régimen laboral de excepción, menos garantista y suficientemente flexible para negar los derechos del trabajador inmigrante gracias al desconocimiento del contrato laboral y promueven la irregularidad administrativa de estos trabajadores, al vincular el permiso de trabajo con un empleador específico”⁵² (Dominguez, 2016).

b) Residente Temporario.

El artículo 29 de la ley 1.094 señala en su inciso primero que se otorgará visación de residente temporario al extranjero que tenga el propósito de radicarse en Chile, siempre que acredite vínculos de familia o intereses en el país o cuya residencia sea estimada útil o ventajosa.

Se entiende de la lectura del artículo 29, que quienes no cumplan con los requisitos de ese inciso, no podrán optar a la residencia temporaria. Cabe mencionar que no hay un criterio establecido que permita determinar qué residencias pueden considerarse útiles o ventajosas y que de acuerdo al artículo 6 de la misma ley, esta decisión queda entregada al Ministerio del Interior.

Esta situación, al igual que la anterior, genera una desventaja para aquellos trabajadores que vienen a nuestro país sin tener familiares ni una oferta de trabajo. Genera una barrera que limita las posibilidades de regularizar su situación en Chile y trae una serie de consecuencias, como la precarización laboral.

⁵² Dominguez V, Cecilia. (2016). Derecho Chileno Migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿Ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio? Revista Chilena de Derecho, 43 (1), 189-217. 210p.

En este caso, es cuestionable que una voluntad pueda decidir respecto de la utilidad que puede o no generar un trabajador migratorio y que no haya criterios generales que garanticen que el razonamiento aplicado al caso particular no fue arbitrario.

Respecto de lo anterior, cabe citar a Moreso, quien concluye que “si la aplicación del Derecho consiste en resolver casos individuales mediante la aplicación de pautas generales -entonces por razones conceptuales- no hay aplicación Derecho sin subsunción”⁵³ (Moreso, 2003, en De la Fuente, 2010). Por tanto, si no hay reglas expresas que indiquen criterios para resolver sobre las visas temporarias, es necesario que este razonamiento sea en base a las normas de la Constitución Política de la República, donde se garantiza la igualdad ante la ley.

3.2 Derecho a la libertad de Trabajo.

La Dirección del Trabajo en la ordenanza N° 1279/19 del año 2006, ha establecido que:

“por libertad de trabajo debe entenderse dos aspectos: por una parte, la libertad de trabajo, esto es, el derecho de toda persona de no ser forzada a desarrollar una labor, la que sólo puede ser ejecutada con su consentimiento previo y libre, y, por otra, la libertad de contratación y la libre elección del trabajo, que consiste en la facultad de toda persona de escoger sin sujeción o concurso de otro, el momento, la persona, la labor y las condiciones en que contratará sus servicios laborales, con sujeción a los límites establecidos en la ley”⁵⁴

⁵³ Perez De La Fuente, Oscar.2010. Dilemas constitucionales y decisiones judiciales. Universidad Carlos III de Madrid. 450p. citando a Moreso, J.J. 2003. Conflicto entre Principios

⁵⁴ Dirección del Trabajo. 2006. Ord. N°1279/79. Op cit.

Para efectos de este capítulo es relevante la segunda dimensión de libertad de trabajo, donde la persona tiene la facultad de escoger los términos de su relación laboral sin sujeción o concurso de otro.

La aplicación de las normas de extranjería vulnera este derecho de una forma similar a la dicha con anterioridad, y por esto, para evitar ser reiterativos, damos por reproducidas las disposiciones legales que se citaron en materia de residencia sujeta a contrato y de residencia temporaria.

a) Residencia sujeta a contrato.

Teniendo claros cuáles son los requisitos y cargas que debe asumir un trabajador migratorio que solicita residencia sujeta a contrato, es que corresponde analizar cómo esta situación genera una vulneración del derecho a la libertad de trabajo.

Imponer trabas económicas a la contratación de trabajadores migratorios perjudica las condiciones globales de contratación en que ellos se encuentran. Por un lado, desincentiva a que empleadores quieran contratarlos, ya que el costo y tiempo empleado en la diligencia no opera en trabajadores nacionales. El sólo hecho de requerir solemnidades para ser contratado, hace que quien contrata haga distinciones entre los trabajadores y que estas distinciones lo lleven a no querer contratar extranjeros.

Por otro lado, ante la dificultad para ser contratado sin tener visa de residencia, existe la posibilidad de que el empleador decida igualmente iniciar una relación laboral con el trabajador extranjero, pero imponiendo condiciones de trabajo que están fuera del marco legal. Ante la necesidad de sobrevivir, los trabajadores irregulares se ven expuestos a aceptar relaciones laborales irregulares, con condiciones de trabajo desfavorables, ya que las circunstancias dificultan otra

alternativa. Así se “promueve la entrada de extranjeros en el mercado informal, donde reciben peores sueldos en peores condiciones de trabajo”⁵⁵.

Estas situaciones, condicionan la posibilidad de que los trabajadores migratorios sin permiso de residencia puedan acceder al trabajo. Por un lado los pone en desventaja respecto de los empleadores que deben contratarlos de forma especial, y por otro, promueven las condiciones laborales irregulares.

De esta forma, están teniendo sujeción a la hora de elegir dónde y cómo prestar servicios y se están viendo limitados en su libertad de trabajo.

El motivo por el que no pueden gozar de este derecho, nuevamente es su nacionalidad, por lo que nuevamente hay un conflicto entre las garantías internacionales y nacionales que protegen a los trabajadores, y la realidad.

b) Residencia Temporal.

Teniendo claros cuáles son los requisitos para que un trabajador migratorio pueda acceder a la residencia temporal, es que cabe analizar cómo estos requisitos vulneran la libertad de trabajo.

Desde el momento en que, para acceder a esta visación, se pide que un trabajador migratorio posea un vínculo familiar, interés en el país o un nivel de utilidad y ventaja para el Estado de empleo, sin que haya norma expresa respecto de qué se entiende por utilidad y ventaja, es que se da pie para que a trabajadores migratorios se les niegue la posibilidad de establecerse en nuestro país y elegir a cuál será su actividad de empleo.

La posibilidad de negar arbitrariamente el permiso de residencia temporal, cierra una vía importante para que aquellos trabajadores migratorios que vienen a nuestro

⁵⁵ Domínguez Valverde, Cecilia Andrea. 2016. Op. cit.

país con menos recursos, puedan regularizar su situación e integrarse prontamente al mercado laboral.

En este punto hay un conflicto normativo, donde la falta de norma expresa, da pie, entre otras cosas, a la precarización laboral. Esta dificultad de empleo nuevamente entra en conflicto con las garantías internacionales y con las garantías consagradas en nuestra Constitución.

CAPÍTULO IV:

CONCLUSIONES.

A lo largo de este estudio fue posible develar y sistematizar el impacto que ocasionan las normas de extranjería en relación con la regulación relativa al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social respecto a los trabajadores migratorios, en especial sentido de los que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad, como son quienes realizaron un ingreso al país por ingresos no habilitados o los que ingresando de manera legal, no han regularizado su situación migratoria en nuestro país. En este sentido, pudimos concluir que la aplicación de dichas normas sí importa una vulneración a la situación de dichos trabajadores migratorios, al menos en lo que tiene relación con el ámbito laboral y previsional.

Esto se ve reforzado igualmente, por lo que sostiene en la sentencia del tribunal Constitucional sobre la inaplicabilidad de la ley 1.094 en el caso que se puso en su conocimiento, en la sentencia rol N° 2273-2012-INA⁵⁶, de 4 de julio de 2013, y que como comenta Galdámez, se refiere a que “el Tribunal declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma emanada de la Junta Militar preconstitucional y preconvenacional por vulnerar derechos fundamentales”⁵⁷.

Las normas de extranjería ocasionan distintas contradicciones dentro del derecho laboral, lo que vulnera los principios de no discriminación y del derecho de igualdad de trabajo, como lo pudimos apreciar en el capítulo III de este trabajo, contradicciones que terminan ocasionando precariedad y vulnerabilidad en el trabajador migrante, erosionando sus condiciones de trabajo y dignidad.

⁵⁶ Tribunal Constitucional. Rol N° 2273-2012-INA, de 4 de julio de 2013.

⁵⁷ Galdámez Zelada, Lilibiana. 2013. Comentario Jurisprudencial sobre la sentencia del tribunal constitucional Rol n°2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L.N° 1.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol n°2257-12-INA. Estudios constitucionales, 11(2), 769-784. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200021> [Consultado el 03 de enero de 2017].

PROPUESTAS.

Los tratados internacionales y convenciones

Con ocasión de la vulneración a los principios de no discriminación y del derecho de igualdad de trabajo, una primera y urgente labor es ajustar nuestra normativa nacional a un efectivo respeto y entendimiento del trabajador migratorio como un sujeto de derecho, el que es resguardado igualmente por los Derechos Humanos, por lo que nuestra regulación debe ser respetuosa y ajustada en ese sentido. Para esto, es fundamental ajustar nuestra normativa en lo que conflictúa con las normas internacionales ratificadas por Chile, en especial a las normas internas posteriores a los convenios de seguridad social, que tienen un rango normativo mayor. Y, además, en materia laboral, no dar cabida a las reservas con la que tiene ocasión el tratado de los trabajadores y sus familiares. Como un avance en esta línea, es la necesidad de permear nuestra legislación y futuros proyectos de ley relativos a este tema, con los convenios y tratados internacionales ratificados que se encuentran vigentes en Chile, como el caso particular del Convenio sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias. Además, en esta misma línea, es necesario que esta ratificación de convenios y tratados internacionales se haga con el menor número posible de reservas, como forma de poder dar un respeto y posibilidad real de ejercer los derechos que de ella emanan, sin restricciones, como es el caso de la convención citada más arriba, en la que Chile la ratificó realizando una reserva del párrafo 5⁵⁸ del artículo 22, lo que impide que una persona expulsada que cuente posteriormente su expulsión sea revocada, tenga posibilidad de reclamar una indemnización y, además, que dicha expulsión revocada no se pueda hacer valer como impedimento para un nuevo ingreso que dese hacer el afectado a Chile.

Informalidad y Precariedad

⁵⁸ Art.22, "5. Cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea ulteriormente revocada, la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley, y no se hará valer la decisión anterior para impedir a esa persona que vuelva a ingresar en el Estado de que se trate." Convenio sobre la protección de todos los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias.

Como una forma de poder reducir la informalidad y precariedad laboral que tiene ocasión por el ingreso de extranjeros de manera irregular, se debe velar por la regularización de la situación de dichos extranjeros. Como mecanismo para dar solución a este problema, es necesario que Chile ratifique el Acuerdo de Residencia del Mercosur ampliado (incluyendo Perú, Ecuador y Colombia). Con esto se puede asegurar el regularizar a una gran cantidad de migrantes que no se encuentran en esta situación, ya que como pudimos constatar con las cifras de la CASEN 2015, la gran mayoría de migrantes provienen de países de Latinoamérica, de donde la mitad proviene de países no contemplados⁵⁹ (ver ANEXO 1) en la circular que instruye la aplicación del “acuerdo sobre residencia de los estados partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile”⁶⁰ que beneficia con visaciones de residencia temporaria de hasta por dos años a los nacionales de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay. A su vez, y como materia del derecho público internacional e iniciativa Estatal, se debe dar promoción a convenios internacionales que permitan regularizar la situación migratoria de los extranjeros por irregularidad migratoria, tanto a ciudadanos latinoamericanos, del Caribe y de cualquier lugar de proveniencia del mundo. Junto a esta promoción, se deben realizar mismos esfuerzos en el ámbito de los Convenios relativos a la Seguridad Social, ya que, a pesar de su gran número, “frente a la globalización y a la complejización de las relaciones de trabajo, se deben aunar aún más los esfuerzos en vista de una efectiva continuidad y coherente protección de los riesgos sociales del trabajador migrante”^{61, 62} (Arellano Ortiz, 2012).

⁵⁹ La suma de los nacionales de Perú, Colombia y Ecuador, suma un 40,1%, casi la mitad del 88,8%. Ver en anexo 1.

⁶⁰ Ministerio del Interior. 2009. Of. Circular n°26465. Instruye sobre aplicación del acuerdo sobre residencia de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile. [En línea] <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Oficio%20Circular%2026465%20Acuerdo%20MERCOSUR%20diciembre%202009.pdf> [Consultado el 26 de diciembre de 2016].

⁶¹ Arellano Ortiz, P. (2012). Trabajadores Migrantes y Seguridad Social: Aproximación Nacional e Internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a sus prestaciones, I parte. Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Departamento de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 3 (6). 107p.

⁶² Por riesgo social, Alfredo Bowen lo define como “aquel acontecimiento futuro e incierto cuya realización no depende exclusivamente de la voluntad del asegurado”. BOWEN HERRERA, Alfredo. Introducción a la Seguridad Social. Santiago, Chile, 1992, 21p.

Respecto a la informalidad laboral ante la que se enfrentan los trabajadores migrantes, podemos apreciar un gran problema de contradicción existente dentro de las normas de extranjería, que es la relativa a los trabajadores que encontrándose en territorio nacional, de manera regular o no, al desear normalizar su situación migratoria en el país por medio de una visación de trabajo (sea esta una visa sujeta a contrato de trabajo o una visa de empleo múltiple), para poder solicitar esta visación, debe contar con un contrato de trabajo, el que a su vez no puede ser suscrito sin contar con la citada autorización, sumado a su vez a que si se trabaja sin dicha autorización, tanto el trabajador como el empleador se exponen a una multa respectivamente. Esto, ocasiona, que se trabaje sin solicitar dicha autorización, lo que imposibilita la respectiva fiscalización o seguimiento de la autoridad correspondiente para asegurar que se cumplan las disposiciones legales y garantías para el trabajador; por otro lado, esto puede ocasionar, como lo planteamos, mayores posibilidades de precariedad en sus condiciones laborales. Para esto, una buena medida, para darle solución es poder buscar mecanismos que eviten la burocratización innecesaria en la contratación de trabajadores extranjeros, pero que armonicen con la entrega de información a las instituciones fiscalizadora de la presencia de trabajadores extranjeros. Para ello, una solución sería, que, a pesar de eliminar el requisito de ser consagrado el contrato ante un notario en los casos de los trabajadores que se encuentren ya dentro del país por medio de un ingreso regular o irregular, exista la obligación (con sanción de multa por su infracción) de dar aviso dentro de un plazo razonable, no mayor a 5 días a la Inspección del Trabajo de dicha contratación.

Dentro de los requisitos que se estipulan para poder darle validez al contrato de trabajo suscrito por un trabajador migratorio, a parte de la necesidad de ser suscrito ante un ministro de fe (notario en el caso de los trabajadores extranjeros que se encuentren dentro del territorio nacional), y las formalidades propias de un contrato de trabajo, debe incluir además cuatro cláusulas especiales como vimos en el capítulo correspondiente, estas son la cláusula de vigencia (trabajador solo puede

comenzar a trabajar desde que obtenga la visación), la cláusula de viaje; cláusula de régimen previsional; y la cláusula de impuesto a la renta. En particular, la cláusula de viaje, en que el “empleador(a) se compromete a pagar al trabajador(a) 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, según dispone la ley”⁶³ (Dirección del Trabajo, tema del mes). Esta disposición ocasiona un desincentivo para el empleador a la hora de emplear a un trabajador migratorio. Junto a que, no se corresponde con la situación de los trabajadores extranjeros que se encuentran dentro del territorio nacional en una situación irregular, ya sea por haber ingresado de manera ilegal o por no tener regularizada su situación migratoria. Es por ello, que una buena posible solución, es eliminar la cláusula de viaje que debe incorporarse en contrato de trabajo, en específico en el caso de los trabajadores migrantes que se encuentran dentro del territorio nacional y que es aquí donde suscriben el contrato nacional, donde se puede asumir que a pesar de no tener regularizada su situación, tiene una intención de permanecer en nuestro país, al menos de una manera relativamente estable. Esto permite el no condicionar los derechos humanos de libertad de circulación de las personas y la libertad de residencia, ambos consagrados en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Seguridad Social

En relación a la seguridad social, es primordial modificar los requisitos con los que operan los Convenios de Seguridad Social establecidos por la superintendencia de AFP's, ya que estos limitan la posibilidad de trasladar los ahorros previsionales al país de origen (o cualquier otro) solo a los trabajadores migrantes que cumplan con los requisitos que este mismo convenio dispone, y que son independientes de la aplicación de los Convenios existentes entre cada país y Chile. Estos requisitos, como los planteamos en su momento, son que el trabajador extranjero que realice sus labores en Chile de ser profesional o técnico, tener afiliación en el país de origen

⁶³ Dirección del Trabajo, Trabajador y Trabajadora del Mes. [Enlace en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-99357.html> [Consultado el 27 de diciembre de 2016].

de manera anterior al contrato de trabajo que suscriba en Chile, y que se establezca en dicho contrato de trabajo que las pensiones serán recibidas en el país de origen. Esto consideramos que no responde a la realidad de la situación de los trabajadores migrantes en Chile, y que para ello es importante eliminar dichos requisitos, ya que existen los convenios particulares entre los países y Chile. Junto con que la aplicación de estos requisitos es discriminatoria y vulnera el derecho de igualdad de todas las personas.

Convalidación y reconocimiento de títulos

Es imperiosamente necesario, el dar mayor agilidad y facilidades para el procedimiento de reconocimiento de títulos profesionales y técnicos obtenidos en el exterior. Esto es algo que debería concretarse con la entrada en vigencia del trámite de la apostilla de mediados de este año, por lo que es importante vigilar dicho proceso y hacer todo lo posible porque su implementación se ajuste a las necesidades de los trabajadores migrantes residentes en Chile. Esto es por un doble efecto, primero por la dignidad misma de las personas, y que los trabajadores extranjeros tengan la opción real (más no la obligación) de desempeñarse en sus disciplinas de estudio, y por otro, como un aporte al país y de no derrochar buenos elementos por burocratizaciones indebidas e innecesarias.

Integración

También es importante poder dar un impulso desde las unidades gubernamentales que tienen mayor cercanía con los ciudadanos a nivel territorial, estas son, las Municipalidades. Es fundamental que la política a desarrollar tenga un asidero en diversos niveles, y en el nivel territorial más próximo, como las municipalidades, están pueden adquirir un rol fundamental. Para ello, es necesario que en las comunas donde existe un mayor porcentaje de habitantes migrantes, se establezcan programas especializados en la atención a los extranjeros y

refugiados⁶⁴, que no se condicionen por medio de la autoridad de turno, y que aseguren la sustentabilidad de dichas iniciativas por los recursos con los que pueden dotarlos los mismos municipios para su implementación. En esta iniciativa, será positivo igualmente que se incentive la incorporación de trabajadores extranjeros, tanto profesionales como técnicos, para la implementación de estas Unidades o Programas, como forma de facilitar y permitir la integración cultural.

Como palabras finales, deseamos enfatizar que la actual legislación migratoria genera mayor vulneración a la situación de los trabajadores migratorios, que no está en total concordancia con un entendimiento integral de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales que asisten a los trabajadores migrantes en su calidad de personas, emanadores de derechos fundamentales.

⁶⁴ Esta no es una idea nueva, sino que es una demanda de diversas organizaciones sociales que se han organizado entorno a las necesidades de la población extranjera en Chile, y en particular del (Movimiento de Acción de Migrante, MAM) que ha logrado tener aplicación en distintas comunas, como en la comuna de Santiago y en la comuna de Quilicura.
Revista Sur. 2015. Movimiento de Acción Migrante y Oficina de Migrantes y Refugiados de Quilicura. Revista Sur. [En línea] <http://www.revistasur.cl/revistasur.cl/2014/09/movimiento-de-accion-migrante-y-oficina-de-migrantes-y-refugiados-de-quilicura/#comment-3696> [Consultado el 03 de enero de 2017].

BIBLIOGRAFÍA.

Libros y artículos:

- Álvarez, Gustavo. 2005. Antecedentes históricos, internacionales y principios de las organizaciones sindicales. Memoria para optar al Grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.
- Arellano Ortiz, P. (2012). Trabajadores Migrantes y Seguridad Social: Aproximación Nacional e Internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a sus prestaciones, I parte. Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Departamento de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 3 (6).
- Arellano Ortiz, P. (2013). Trabajadores Migrantes y Seguridad Social: Aproximación Nacional e Internacional a los mecanismos de protección que otorgan continuidad a sus prestaciones, II parte. Revista Chilena de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Departamento de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Bertranou, Fabio; y Casanova, Luis. 2013. Informalidad laboral en Argentina: segmentos críticos y políticas para la formalización. Organización Internacional del Trabajo. Buenos Aires, Oficina de País de la OIT para la Argentina.
- Blanc, N; Nogueira, H; Pfeffer, E; Verdugo, M. 1990. La Constitución chilena. Tomo I. Ed. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Universidad Católica de Valparaíso, Chile.
- Bowen Herrera, A. 1992. Introducción a la Seguridad Social. Capítulo VI, El advenimiento de la seguridad social contemporánea. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cabrera Rebié, Mariangel. 2004. El derecho a la igualdad ante la ley y la interdicción a la arbitrariedad administrativa, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile.

- Camacho Solis, J. El derecho de la seguridad social para trabajadores migrantes y trabajadores informales; obligación pendiente y olvidada. [En línea]. Revista *Ámbito Jurídico*. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8346 [2016, 10 de junio].
- Collins, Hugh. 2010. *Employment Law*. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press.
- Cuevas Valenzuela, H. (2015). Precariedad, Precariado y Precarización: Un comentario crítico desde América Latina a The Precariat. The New Dangerous Class de Guy Standing. *Santiago*. 14(40), 313-329.
- De La Helguera y García, Álvaro. 2006. Manual Práctico de la producción de la riqueza. Edición electrónica gratuita. Barcelona, España. Capitulo XIV: la libertad de trabajo. [En línea] <http://www.eumed.net/libros-gratis/2006a/ah-prod/2m.htm> [Consultado el 5 de enero de 2017].
- De Laiglesia, Juan Ramón. 2008. Vivir con dualidad: política fiscal e informalidad en América Latina. Percepciones n°81, París, publicaciones “OCDE” [Serie: percepciones del centro de Desarrollo de la “OCDE”]. 2p. [En línea] <https://www.oecd.org/dev/41562757.pdf> [Consultado el 13 de diciembre de 2016].
- Díaz Andreade, Estrella; y Gálvez Péres, Thelma. 2015. Informalidad Laboral: Conceptos y Definiciones, Parte I. Taller de Coyuntura. Departamento de Estudios. Dirección del Trabajo.
- Drago M, Jorge. 1999. Contingencias de Incapacidad Laboral, Apuntes taller de memoria. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Domínguez Valverde, Cecilia Andrea. (2016). Derecho Chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas del control migratorio? *Revista chilena de derecho*, 43(1), 189-217. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100009> [Consultado el 10 de noviembre de 2016].

- Ekmekdjian, M.A. 2000. Tratado de Derecho Constitucional. 2da ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma. Citado por: Ibarra, Jamilet. 2010. Accidentes de trabajo en la legislación ecuatoriana, trabajo de titulación previo obtención al título de abogada de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador. Ecuador. Universidad de las Américas. [En línea] <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/445/1/UDLA-EC-TAB-2010-37.pdf> [Consultado el 10 de enero de 2017].
- Evans, Enrique. 1986. Derecho Constitucional, Editorial Jurídica. Santiago, Chile.
- Galdámez Zelada, Liliana. 2013. Comentario Jurisprudencial sobre la sentencia del tribunal constitucional Rol n°2273-12-INA sobre inaplicabilidad de normas del D.L.N° 1.094 que establece normas sobre los extranjeros en Chile y las matizaciones de la Rol n°2257-12-INA. Estudios constitucionales, 11(2), 769-784. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200021> [Consultado el 03 de enero de 2017].
- Gálvez, Thelma. 2001. Para reclasificar el empleo: lo clásico y lo nuevo. Santiago, Chile. Cuaderno de Investigación n°14, Dirección del Trabajo. 40-41p. Basado en las aportaciones de Rodgers, J: *“El trabajo precario en la regulación del mercado laboral”*, Ministerio del trabajo y seguridad social, España, 1992. [En línea] http://www.dt.gob.cl/m/1620/articles-62884_cuad_investig_1.pdf [Consultado el 25 de diciembre de 2016].
- Gamonal, Sergio. 2004. Libertad de trabajo y no discriminación en la Constitución. Santiago, Chile. Revista Laboral Chilena. 63p. [En línea]. Disponible en: <http://www.glosalaboral.cl/wp-content/uploads/2012/08/2004-Libertad-de-trabajo-y-no-discriminación-CPR.pdf> [Consultado el 10 de noviembre de 2016]
- Garcia Marquez, R. (2010). La semántica confusa de la igualdad. Alicante: Doxa.
- Guzman Fredes. 2014. La retención de documentos en el Decreto Ley 1094 y la tarjeta de extranjero infractor. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile.

- Hurtado, J. M. y, Dellacasa, F. (2015). Derecho Migratorio Chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Machín A. , M. (2012). Los derechos humanos y la migración en Chile. Desafíos y oportunidades para una convivencia intercultural. [En línea]. Observatorio Ciudadano. Disponible en: <http://observatorio.cl/documento-de-trabajo-n-11-los-derechos-humanos-y-la-migracion-en-chile-resumen-ejecutivo/> [2016, 05 de junio]
- Meza Moraga, Lorena, Tratados Internacionales de Seguridad Social suscritos por Chile. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. [En línea] http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/meza_l/html/index-frames.html [Consultado el 26 de noviembre de 2016].
- Moreso, J.J. (2007). Conflicto entre Principios Constitucionales. Madrid: Trotta.
- Ministerio de Justicia Español. 1991. El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio, tomo II. Madrid, España. Centro de Publicaciones. 1275p
- Muñoz León, F. (2015). Trabajadores Migrantes y seguridad Social: Trabajadores Migrantes y discriminación. Santiago: Librotecnia.
- Muñoz León, F. (2013a). Ciudadanía Laboral: Crítica y defensa de un concepto Jurídico-político, Revista de Derecho. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200014> [Consultado el 30 de octubre de 2016].
- Muñoz León, F. (2013b). No a “Separados pero Iguales” en Chile: Un análisis del Derecho Antidiscriminación chileno a partir de su primera sentencia. Santiago: Estudios Constitucionales Vol. 11.
- Perez De La Fuente, Oscar.2010. Dilemas constitucionales y decisiones judiciales. Universidad Carlos III de Madrid.
- Poblete Jiménez, Carlos. 1999. “Seguridad Social. Parte Doctrinaria” Apuntes Guías. Santiago, Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Pok, Cynthia. 1992. Precariedad laboral: personificaciones sociales en la frontera de la estructura del empleo. Documento presentado en el Seminario

Interamericano de Medición del sector informal. CIE/OEA/INEI. Noviembre 1992.

- Sandoval, Rodrigo. 2015. Política y gestión migratoria periodo 2014-2015. En Trabajadores Migrantes y Seguridad Social. Santiago, Chile. Librotecnia. 124 - 125p.
- Torres Escudero, C. (2011). Guía de apoyo Soy Migrante, Tengo Derechos. [En línea]. Disponible en <http://www.insmujer.cl/soymigrante/wp-content/uploads/2011/04/guia-apoyo-soy-migrante-tengo-derechos.pdf>. (2016, 10 de julio).
- Ugarte, J.L. (2009). Tutela de derechos fundamentales del trabajador. Santiago: LegalPublishing.
- Urureta, P. (2016). Constitución y Orden Público Laboral. Santiago: Colección Investigaciones Jurídicas, U. Alberto Hurtado.
- Vergara, Mónica. 2005. El trabajo de los extranjeros en Chile y en la I región. Santiago, Chile. Departamento de Estudios Dirección del Trabajo
- Von Hayek, F. (1998) Los fundamentos de la libertad. (6ta. Ed.) Ciudad: Madrid: Unión Editorial.
- Zuñiga, F. (2002). Principio de no discriminación, principio de discriminación compensatoria e igualdad constitucional. Santiago: Anuario de Filosofía Jurídica y Social.

Sentencias:

- Sentencia de 25 de noviembre de 1970 de la Corte Suprema. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago. Chile Tomo 67.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Lexis Nexis, número identificador 12140, citado en: Concha Sahli, Diego; Silva Chaparro, Matias. 2007. Las prácticas antisindicales y las prácticas desleales en la negociación colectiva. Análisis jurisprudencial. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 16p.
- Tribunal Constitucional. Rol n° 2273-2012-INA, de 4 de julio de 2013.

Estudios:

- Centro de Derechos Humanos. 2016. Informe Temático 2016: Migración y Derechos Humanos. Santiago, Chile. Facultad de derecho, Universidad de Chile.
- Centro democracia y comunidad. (2013) Un Chile abierto: Propuestas para una nueva ley de migración. [En línea] Disponible en: http://incami.cl/wp-content/uploads/2013/08/Un_Chile_Abierto.pdf (2016, 05 de Julio de 2016).
- Centro Democracia y Comunidad Ciudadano Global, Organización Internacional del Trabajo, Oficina especializada de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia judicial, Instituto Católico Chileno de Migración, Libertades Públicas A.G. (2013). Un Chile Abierto: Propuestas para una nueva ley de migración. [En línea]. Disponible en: http://incami.cl/wp-content/uploads/2013/08/Un_Chile_Abierto.pdf (2016, 10 de julio).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Condición Jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados (Opinión Consultiva OC 18/03). [En línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.doc. (2016, 11 de julio).
- Departamen of State, United States of America. "Trafficking in persons report. June 2016". Estados Unidos de Norteamérica, 2016.
- Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT. 2016. Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO. University Press. Volumen 4, número 3.
- Dirección del trabajo, Departamento de Estudios. (2005). El trabajo de los extranjeros en Chile y en la I región. Aporte al debate laboral N°17.
- Instituto Nacional de Estadística. Glosario Boletín Regional del Empleo. 2014. Región del Bio-Bio, Chile. Instituto Nacional de Estadística.

- Ministerio de Desarrollo Social, Sub secretaría de Evaluación Social. 2015. Inmigrantes, Síntesis de Resultados. Santiago, Chile. Casen 2015.
- Organización Internacional para las Migraciones. OIM. Derecho migratorio internacional. [En línea] http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf [Consultado el 10 de noviembre de 2016].

Noticias en línea:

- Revista Sur. 2015. Movimiento de Acción Migrante y Oficina de Migrantes y Refugiados de Quilicura. Revista Sur. [En línea] <http://www.revistasur.cl/revistasur.cl/2014/09/movimiento-de-accion-migrante-y-oficina-de-migrantes-y-refugiados-de-quilicura/#comment-3696> [Consultado el 03 de enero de 2017].

Normativa consultada:

- Código Civil.
- Código del trabajo.
- Constitución Política de la República.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.
- Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles; Inhumanos o Degradantes.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus familiares.
- Decreto Ley N° 1.094 de 1975: Ley de Extranjería.
- Decreto Supremo N°597 de 1984: Reglamento de Extranjería.

Dirección del trabajo

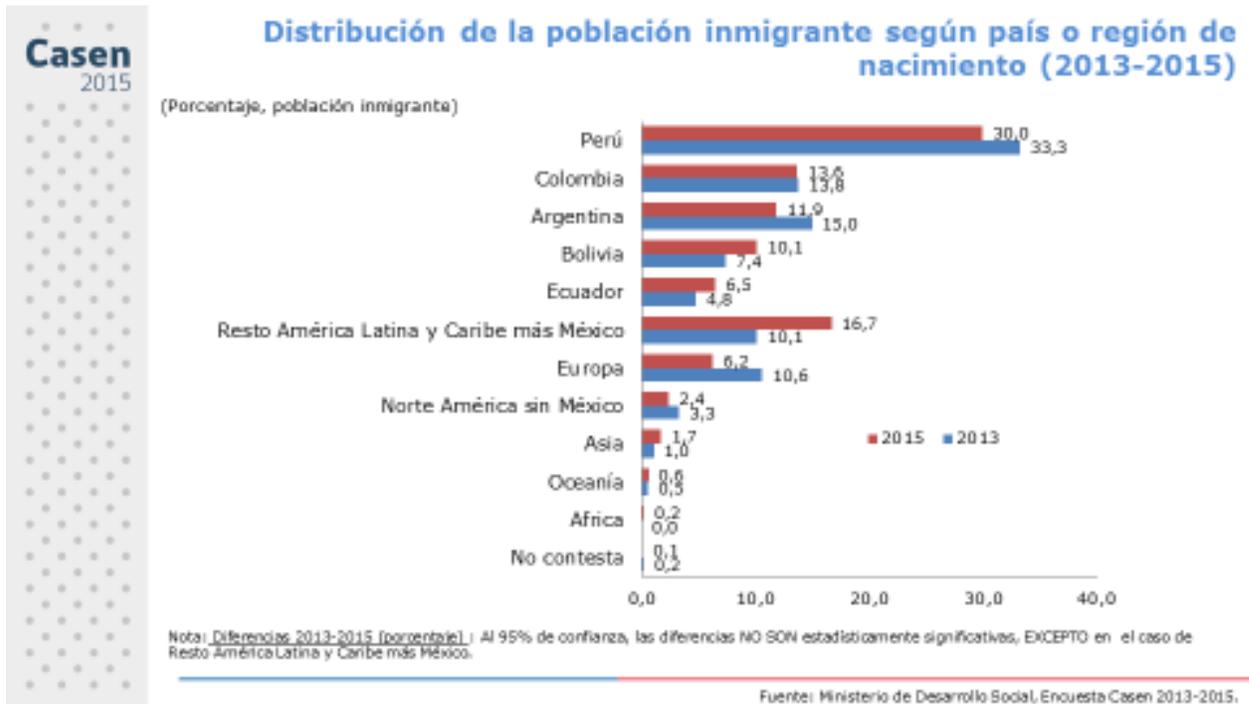
- Ord. 1999. N° 3.397/191. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-84934.html>. [Consultado el 20 de noviembre de 2016].
- Ord. 2002. N° 2856/162. Fija sentido y alcance del inciso primero, del artículo 5°, del Código del Trabajo. Chile. Departamento Jurídico.
- Ord. 2004. n° 3704/134. Santiago, Chile. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-printer-68527.html> [Consultado el 20 de noviembre de 2016].
- Ord. N°1279/79. 2006. [En línea] <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-89664.html> [Consulta 20 de diciembre de 2016].
- Trabajador y Trabajadora del Mes. [Enlace en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/w3-article-99357.html> [Consultado el 27 de diciembre de 2016].

Ministerio del Interior

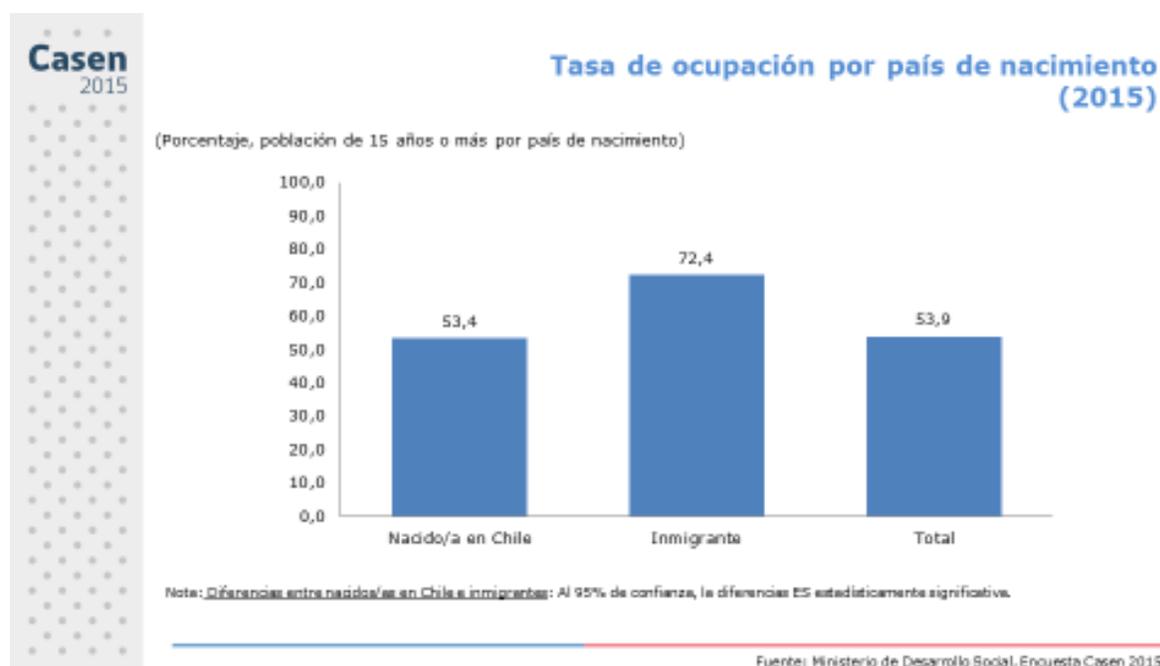
- Ministerio del Interior. 2009. Of. Circular n°26465. Instruye sobre aplicación del acuerdo sobre residencia de los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile. [En Línea] <http://www.extranjeria.gob.cl/filesapp/Oficio%20Circular%2026465%20Acuerdo%20MERCOSUR%20diciembre%202009.pdf> [Consultado el 26 de diciembre de 2016].

Anexos:

Anexo 1

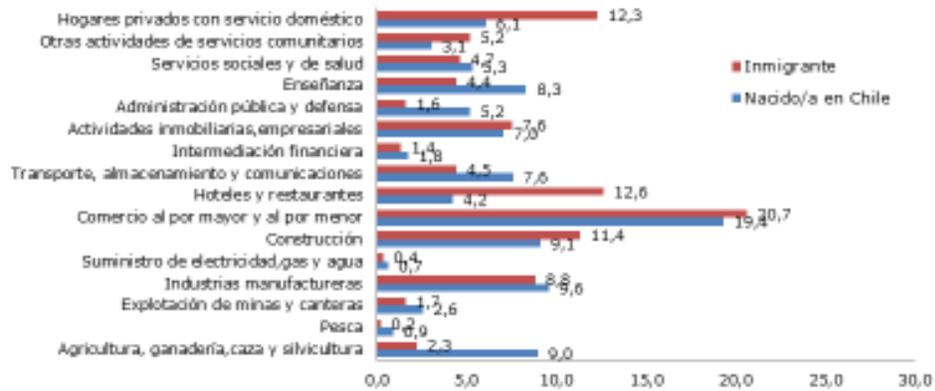


ANEXO 2



Distribución de la población ocupada de 15 años o más según rama de actividad económica, por país de nacimiento (2015)

(Porcentaje, población ocupada de 15 años o más por país de nacimiento)



Nota: Diferencias entre nacidos/as en Chile e inmigrantes: Al 95% de confianza, las diferencias SON estadísticamente significativas en las siguientes categorías: (a) hogares privados con servicio doméstico; (b) otras actividades de servicios comunitarios; (c) enseñanza; (d) transporte, almacenamiento y comunicaciones; (e) administración pública y defensa; (f) hoteles y restaurantes; (g) agricultura, ganadería, caza y silvicultura.

Nota: Categorías "Pesca" y "Suministro de electricidad, gas y agua" en población inmigrante presenta menos de 50 casos muestrales.

Fuente: Ministerio de Desarrollo Social, Encuesta Casen 2015.

Anexo 3



GOBIERNO DE CHILE
DIRECCION DEL TRABAJO

ORD.: Nº 3.397/191

MATERIA= Técnicos extranjeros Excepción previsional Procedencia.

RESUMEN DE DICTAMEN= La cláusula inserta en un contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero, conforme a la cual éste manifiesta su voluntad de efectuar cotizaciones en su país de origen, sólo resulta jurídicamente procedente, en la medida que concurren a su respecto la totalidad de los requisitos previstos en la Ley Nº 18.156, de 1982.

ANTECEDENTES DEL DICTAMEN= Oficio Ordinario Nº 4995, de 24.05.99 de Sr. Jaime Moreno Vergara.

FUENTES LEGALES= Ley Nº 18.156, artículo 1º.

CONCORDANCIAS DEL DICTAMEN= Dictamen Nº 3.382-154, de 13.06.94.

FECHA DE EMISION= 05/07/1999

DICTAMEN= DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SR. JAIME MORENO VERGARA

JEFE DEPARTAMENTO EXTRANJERIA Y MIGRACION

MINISTERIO DEL INTERIOR

Mediante oficio ordinario citado en el antecedente solicita un pronunciamiento de esta Dirección respecto a la legalidad de la estipulación que con frecuencia se inserta en los contratos de trabajo celebrados por extranjeros que solicitan residencia, en virtud de la cual estos expresan su voluntad de efectuar cotizaciones previsionales en su país de origen.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 1º de la Ley N° 18.156, de 1982, modificada por la Ley N° 18.726, de 1988, en su inciso 1º, establece:

"Las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico extranjero y este personal, estarán exentos, para los efectos de esos contratos, del cumplimiento de las leyes de previsión que rijan para los trabajadores, no estando obligados, en consecuencia, a efectuar imposiciones de ninguna naturaleza en organismo de previsión chilenos, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

"a) 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

"b) Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.

"La exención que establece el inciso anterior no comprenderá los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previstos en la Ley N° 16.744".

De la disposición legal transcrita precedentemente se colige que para que proceda la exención en ella señalada, aplicable a los técnicos extranjeros y a las empresas que contraten a dicho personal, es menester que se reúnan los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que las empresas celebren contratos con personal técnico extranjero;

- b) Que el técnico extranjero se encuentre afiliado a un régimen de previsión o seguridad social fuera de Chile cualquiera sea su naturaleza jurídica.

- c) Que el contrato de trabajo contenga una cláusula relativa a la mantención de la afiliación, por parte del trabajador a un régimen de previsión o seguridad social fuera de Chile.

En relación con el requisito signado con la letra a) precedente, cabe manifestar que este Servicio, entre otros, en Oficio Circular Nº 113, de 16.07.98, ha precisado el alcance de la expresión "técnico" utilizado en dicho cuerpo legal, señalando que debe entenderse por tal todo trabajador que "posea los conocimientos de una ciencia o arte". Al respecto, es necesario puntualizar que la calidad antes indicada deberá ser acreditada por la respectiva empresa mediante certificados u otros documentos que comprueben que el trabajador posee dichos conocimientos, los cuales deben encontrarse debidamente legalizados conforme a lo prevenido por el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil y traducidos al idioma español por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Ahora bien, en lo que respecta al requisito señalado en la letra b), cabe hacer presente que la ley en referencia no sólo exige que el técnico extranjero se encuentre afiliado en un régimen de previsión fuera del país, sino también, que dicho sistema le otorgue, a lo menos, prestaciones por enfermedad, invalidez, vejez y muerte.

La referida afiliación debe ser acreditada que la empresa mediante certificación emanada de la Institución de Seguridad Social del país de origen del técnico, debidamente legalizada, en la que conste, expresamente, que cubre las prestaciones prescritas por ley.

En relación al requisito a que se refiere la letra c), es necesario señalar que el contrato individual de trabajo que se celebre con un técnico extranjero, deberá contener, además de las estipulaciones mínimas que se contemplan en el artículo 10 del Código del Trabajo, una que exprese inequívocamente la voluntad de aquél de mantener su afiliación al régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, según lo expresado en la letra a).

Armonizando todo lo expuesto, preciso resulta sostener que los trabajadores extranjeros podrán acogerse a la exención previsional que prevé la Ley N° 18.156, antes citada, en el evento que concurran a su respecto los tres requisitos copulativos señalados en las letras a), b) y c) indicadas en párrafos precedentes, caso en el cual la cláusula convencional por cuya legalidad se consulta se encontraría plenamente ajustada a derecho; por el contrario, de no cumplirse con alguno de los requisitos antes expresados, los trabajadores extranjeros regidos por un contrato de trabajo quedarán afectos al régimen previsional chileno, no procediendo, por ende, en tal caso, la señalada estipulación.

Para su mayor ilustración se adjunta copia del dictamen N° 3.382-154, de 13.06.94 que incide sobre la materia.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y consideraciones formuladas cumpro, con informar a Ud. que la cláusula inserta en un contrato de trabajo celebrado con un trabajador extranjero, conforme a la cual éste manifiesta su voluntad de efectuar cotizaciones en su país de origen, sólo resulta jurídicamente procedente en la medida que concurran a su respecto la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 1° de la Ley N° 18.156, de 1982.

Saluda a Ud.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA

ABOGADA

DIRECTORA DEL TRABAJO

Anexo 4

Tema del Mes

Trabajador y Trabajadora Extranjero

- [Trabajador y Trabajadora Extranjero](#)
- [I.- REFUGIADOS](#)
- [II.- SOLICITANTE DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO](#)
- [III.- OBLIGACIONES DE LOS SOLICITANTES DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO Y REFUGIADOS](#)

[subir](#)

Trabajador y Trabajadora Extranjero

El trabajador(a) extranjero sólo puede iniciar su actividad laboral una vez que haya obtenido la visación de residencia correspondiente en Chile o el permiso especial de trabajo para extranjeros.

La Ley de Extranjería contempla los siguientes permisos de residencia y autorizaciones de trabajo:

Visa Temporaria: Habilita a su titular a realizar actividades remuneradas con cualquier empleador, desde que estampe dicho permiso en su pasaporte. También tiene la posibilidad de solicitar un permiso de trabajo mientras se tramita su solicitud de visa, si desea comenzar a trabajar inmediatamente.

Podrán optar a este permiso, entre otros, los extranjeros que tengan vínculo con chileno, vínculo familiar con residente con permanencia definitiva, los profesionales y técnicos de nivel superior, los inversionistas, y los ciudadanos de los estados parte del Mercosur (Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay).

Visa Sujeta a Contrato: Es el permiso de residencia que habilita a su titular a realizar actividades remuneradas, exclusivamente con el empleador con el cual suscribió el contrato.

Permiso para trabajar con Visa de Estudiante: Por regla general, aquellos extranjeros que sean titulares de visa de estudiante no pueden trabajar. Excepcionalmente se podrá otorgar esta autorización, con el objeto de que puedan realizar su práctica profesional, o en casos excepcionales con el fin de que costee sus estudios.

Permiso para trabajar como Turista: Por regla general, los turistas no pueden trabajar en el país. Sin perjuicio de lo anterior, el Departamento de Extranjería y Migración en Santiago y las Gobernaciones Provinciales podrán autorizarlos a trabajar en casos calificados, por un plazo máximo de 30 días, prorrogables, mientras se mantenga vigente el permiso de Turismo.

NOTA: Cualquier documento emitido en el exterior deberá estar legalizado por el Consulado de Chile en el país de origen y posteriormente en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Chile.

Los residentes en condición de "dependientes" no podrán realizar actividades remuneradas. Si desean hacerlo deberá solicitar un Permiso de Residencia en condición Titular.

REQUISITOS PARA TRABAJAR EN CHILE

- La empresa, institución o persona que contrate al trabajador(a) extranjero(a) debe tener domicilio legal en Chile.
- El contrato de trabajo debe firmarse en Chile ante notario, por el empleador(a) y el trabajador(a) o quien lo represente.
- Los(as) profesionales o técnicos(as) especializados(as) tendrán que acreditar su título respectivo, debidamente legalizado en el Consulado de Chile en el país origen y posteriormente en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Chile.
- Las actividades desarrolladas por el trabajador(a) en Chile no pueden ser consideradas como peligrosas o atentatorias para la seguridad nacional.
- La contratación del trabajador(a) debe cumplir con todas las disposiciones laborales y previsionales pertinentes, más las que exige el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior para la obtención de visa sujeta a contrato de trabajo.

CONTRATO DE TRABAJO PARA VISA SUJETA A CONTRATO

El contrato de trabajo debe contener, como mínimo, las siguientes cláusulas:

- Lugar y fecha de expedición.
- Nombre, nacionalidad, Rut y domicilio del empleador(a)
- Nombre, nacionalidad, N° de pasaporte y domicilio del trabajador(a).
- Función o labor que desarrollará en Chile; lugar donde se efectuará, y extensión de la jornada laboral.
- Determinación de la remuneración, la que no podrá ser inferior al salario mínimo. Puede ser pagada en moneda nacional o extranjera.
- Duración del contrato y fecha de inicio de actividades.

Además de lo anterior, el contrato de trabajo debe contener las siguientes cláusulas que se redactarán como sigue:

- **Cláusula de vigencia:** "La obligación de prestar servicios emanada del presente contrato, sólo podrá cumplirse una vez que el trabajador haya obtenido la visación de residencia correspondiente en Chile o el permiso especial de trabajo para extranjeros con visa en trámite".
- **Cláusula de viaje,** a través de la cual el empleador(a) se compromete a pagar al trabajador(a) 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, según dispone la ley.
- **Cláusula de régimen previsional,** en que el empleador(a) se compromete a efectuar las retenciones correspondientes y entregarlas a las instituciones de seguridad social, salvo que las partes se acojan a la Ley 18.156.
- **Cláusula de impuesto a la renta,** a través de la cual el empleador(a) se obliga a responder por el pago de impuesto a la renta correspondiente a la remuneración del trabajador(a) extranjero(a), para rentas superiores a 13,5 UTM.

Además deberá legalizarse ante notario público

DURACIÓN

La visa del Residente Sujeto a Contrato no podrá ser inferior a un año, pudiendo tener una vigencia de hasta dos años, prorrogable por periodos iguales y sucesivos.

Si la relación laboral termina por cualquier motivo, caduca este permiso de residencia. Para regularizar esta situación es necesario contar con un nuevo empleador(a) y solicitar en el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (San Antonio 580, 3° piso) o en las Gobernaciones Provinciales, el cambio de empleador(a). Para ello dispone de 30 días desde el término de la relación laboral para presentar finiquito y un nuevo contrato.

SITUACIÓN

PREVISIONAL

La situación de los extranjeros que trabajan en Chile se encuentra regulada por las normas comunes y generales sobre la materia. Sin embargo, la Ley 18.156 concede la posibilidad de

no enterar en Chile el pago de cotizaciones previsionales al trabajador(a) extranjero que cumpla ciertas exigencias, tales como:

- Que las empresas firmen contratos con personal técnico o profesional extranjero.
- Que el(la) extranjero(a) se encuentre afiliado a un régimen social fuera de Chile.
- Que el contrato de trabajo contenga una cláusula relativa a la afiliación previsional fuera de Chile.

Si el trabajador(a) extranjero(a) 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, que son de cotización obligatoria para el empleador(a).

La fiscalización del cumplimiento de las normas establecidas en materia migratoria es de competencia de Policía Internacional. Las sanciones a aplicar serán resueltas por el Departamento de Extranjería y Migración y los intendentes regionales.

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.

La Dirección del Trabajo presta servicios a todos los trabajadores(as) sin distinción, sean chilenos(as) o extranjeros(as).

SITUACIONES ESPECIALES

Según lo establece el artículo 42 del Reglamento de Extranjería, se podrá conceder visa de Residente Sujeto a Contrato en forma gratuita y sin necesidad de contar con un contrato de trabajo escrito, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos

- Si se trata de artistas, científicos(as), profesores(as), escritores(as) y, en general, personas de especial relevancia en el ámbito cultural o figuras de notorio prestigio público.
- Si son patrocinadas por entidades públicas o privadas de reconocida solvencia.
- Si sus actividades las realizan con fines de beneficencia, enseñanza o difusión.

[subir](#)

I.- REFUGIADOS

Conforme lo dispone la Ley 20.430 y su Reglamento Decreto N° 837, ambos del año 2010, son refugiados aquellas personas que encontrándose dentro del territorio nacional se les ha reconocido tal condición al estar incluida su solicitud en alguna de las siguientes causales.

a) Tener un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un determinado grupo social u opinión política.

b) Haber huido del país de origen o de residencia habitual y cuya vida, seguridad o libertad han sido amenazadas, por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en dicho país.

En ambos casos es menester que la persona que invoca el reconocimiento se encuentre fuera de su país de origen o de residencia habitual, y que no pueda o no quiera regresar a él, por temor a ser perseguido.

RESIDENCIA

Conforme al art. 47 del Decreto N° 837, a aquellas personas que se les haya reconocido su condición de refugiado, se les otorgará un permiso de residencia permanente, la que les

permite desarrollar cualquier labor remunerada de carácter lícito, ya sea de manera independiente o sujeto a un vínculo de dependencia, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 1° del art. 80 del D.S. 597 de 1984, Reglamento de Extranjería.

[subir](#)

II.- SOLICITANTE DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

Por otra parte, el Decreto N° 837 distingue entre "refugiado" y un "solicitante de la condición de refugiado", entendiéndose por tal, a "todo extranjero que se encuentre en el territorio nacional y formalice su intención de ser reconocido como refugiado, de acuerdo a lo establecido en los artículos 36 y 37 del presente reglamento".

RESIDENCIA

La formalización realizada en conformidad a lo dispuesto precedentemente, les permitirá acceder a una residencia temporaria por el plazo de 8 meses, prorrogables por periodos iguales, mientras se resuelve de manera definitiva su petición.

Esta residencia le permite desarrollar cualquier labor remunerada de carácter lícito, ya sea de manera independiente o sujeto a un vínculo de dependencia.

CADUCIDAD DE LA RESIDENCIA TEMPORARIA POR 8 MESES

La resolución ejecutoriada que se pronuncie sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, será causal de caducidad de la visación de residencia otorgada al solicitante de refugio.

En este mismo tenor, aquellos extranjeros que no hubieren sido reconocidos como refugiados, podrán gestionar un permiso de residencia en el país, dentro del plazo de 30 días, contados desde la notificación de la resolución que rechazo su petición, quedando sujeto a las normas generales de extranjería.

De acuerdo a lo anterior, de no tener impedimento legal para ello, la persona deberá presentar los antecedentes exigidos para acreditar la residencia a la que postula.

[subir](#)

III.- OBLIGACIONES DE LOS SOLICITANTES DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO Y REFUGIADOS

El art. 14 de la Ley 20.430 de 2010 y art. N° 18 del Decreto N° 857 de 2010 disponen que "Todo solicitante de la condición de refugiado y refugiado tiene la obligación de acatar la Constitución Política de la República, sus leyes y reglamentos, así como todas las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público y seguridad nacional.

Dirección		del		Trabajo
Centro	de		Atención	Laboral
600		450		4000

www.direcciondeltrabajo.cl