



A propósito del trabajo decente: garantías para los trabajadores migrantes en Chile

por Felipe Malgüe Torres

«Me habían dicho que, en América, las calles estaban pavimentadas con oro.
Cuando llegué allí, descubrí tres cosas:
1. No estaban pavimentadas de oro.
2. No estaban en absoluto pavimentadas.
3. Se esperaba que yo las pavimentara»¹

La migración de la especie humana es un fenómeno que trasciende desde épocas remotas². Desde tiempos inmemoriales el hombre ha necesitado moverse de un lugar a otro en búsqueda de comida, cobijo o trabajo. Es por ello que no resulta ocioso recordar que las migraciones son cualquier cosa menos nuevas. Lo cierto es que han sido diversas y multifacéticas las causas que llevan al ser humano a desplazarse de un lugar a otro. Actualmente, este fenómeno tiene gran envergadura y constituye un tema latente de diversas organizaciones internacionales³ y en las Agendas de Trabajo de los Gobiernos. A su vez, se coloca como un fenómeno dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible⁴ donde impacta en 11 de los 17 objetivos que fueron acordados.

La migración es, además, un derecho humano que se integra dentro del catálogo de los derechos fundamentales vigentes, al ser la libertad de tránsito igualmente un derecho humano. El artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que: “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”; así como que: “toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”⁵. Así, aquella persona que emigra recibe el calificativo de migrante. Sin embargo, en el Derecho Internacional no existe definición legal del término, aunque la Organización Internacional para la Migración (OIM) refiere que migrante es aquella persona que se mueve de su lugar de residencia

¹ Un inmigrante italiano de finales del siglo XIX, cita inscrita en el museo de la inmigración de *Ellis Island, New York*.

² Vid. GARRIDO, Pedro: "Historia contemporánea de las migraciones" en *Revista Videre*, Vol. 12, No. 24, 2020, pp. 387-402, disponible en <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12343/6302>.

³ En el marco de la Naciones Unidas se aprobó el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, Resolución A/RES/73/195, aprobada por la Asamblea General el 19 de diciembre de 2018. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/73/195>.

⁴ Meta 10.7 de los ODS: Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. Cfr. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/inequality/>.

⁵ Cfr. Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

hacia otro país, temporal o indefinidamente por diversas razones⁶. Para el Departamento para Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas el «migrante internacional»⁷ es cualquier persona que cambie su país de residencia permanente.

En esencia, la migración implica diversas consecuencias. Pero uno de los impactos más notables y evidentes es en cuanto a los derechos humanos, especialmente aquellos referidos al ámbito laboral. Esto implica que los Estados, de acuerdo a los compromisos internacionales que cada uno asuma, logren generar mecanismos garantistas para el ejercicio de tales derechos. Empero, la migración es un fenómeno tan constante y complejo que necesitaría una investigación multidisciplinaria que desbordaría la intención perseguida en estas líneas. De modo, que se centrarán los esfuerzos en describir las garantías jurídicas relativas al trabajo que poseen los migrantes en Chile. Así, en apretada síntesis, este escrito se propone analizar cómo se promueven los ODS y el trabajo decente para el caso de los trabajadores migrantes en Chile.

Ante todo, conviene decir que la historia legislativa de Chile en relación con la migración ha tenido un desarrollo creciente. Se pudiera decir que, inicialmente, en el país las leyes relacionadas con la migración y el trabajo fueron el reflejo de una política desmotivadora pasando por unas de carácter más selectiva en términos de recursos humanos «llegando a ser discriminatorias»⁸ hasta arribar a otras con una proyección hacia el fomento de la migración segura, ordenada, regular y respetuosa de los derechos humanos⁹.

En estos términos se inserta la promoción del trabajo decente, entendiéndose al trabajo como un derecho humano esencial, cuyo ejercicio proveerá de recursos económicos al individuo que lo desarrolle para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares y, aún, sociales. Por tanto, resulta elemental en el ámbito de las garantías del derecho al trabajo, no solo la creación de empleos a los cuales los migrantes pudieran acceder «con las particularidades de su situación migratoria» sino el reconocimiento en sí de los derechos en el trabajo, de la protección social y el diálogo social.

En este caso, y a efectos de este breve análisis, saltan a la vista, entonces, tres instrumentos jurídicos esenciales que forman parte del marco normativo ordenador de las garantías de los derechos en el trabajo para los migrantes: la Constitución chilena¹⁰, el Código del Trabajo¹¹ y la Ley 21.325, Ley de Migración y Extranjería¹².

⁶ Vid. INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION: *Glossary on migration*, Series No. 34, IML, 2019, disponible en https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf.

⁷ Vid. UN DESA: *Recommendations on Statistics of International Migration*, Revision 1 (1998) paragraf 32.

⁸ Vid. SANDOVAL DUCOING, Rodrigo: "Una nueva Política Migratoria para los trabajadores migrantes en Chile" en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, No. 3, julio-septiembre, 2016, pp. 1-26.

⁹ Esta es, al menos la proyección del actual gobierno chileno lo que puede interpretarse en términos jurídicos como intencionalidad legislativa de promover una política migratoria segura y respetuosa de los derechos humanos. Vid. *Plan del Gobierno 2022-2026* disponible en [https://s3.amazonaws.com/cdn.boricpresidente.cl/web/programa/Plan+de+gobierno+AD+2022-2026+\(2\).pdf](https://s3.amazonaws.com/cdn.boricpresidente.cl/web/programa/Plan+de+gobierno+AD+2022-2026+(2).pdf).

¹⁰ Cfr. Constitución Política de la República de Chile, texto actualizado en diciembre de 2019, disponible en https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/ae/40/ae401a45-7e46-4ab7-b9d3-1f7cc5afa9d6/constitucion-politica-de-la-republica.pdf.

¹¹ Cfr. Decreto con Fuerza de Ley 1, Código del Trabajo chileno, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=207436&f=2021-12-11>.

¹² La cual entrará en vigor una vez se publique su Reglamento. Cfr. Ley 21325, Ley de Migración y Extranjería, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1158549&f=2222-02-02>.

La primera observación que se impone deviene precisamente en una garantía primaria: el reconocimiento de derechos en el trabajo a los migrantes, lo cual deriva de su estatus legal. En esto último quizás radique también uno de los vacíos a resolver, no solamente en Chile, sino en el resto del mundo: a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena deben reconocérsele derechos fundamentales, incluso si lo hace sin cumplir las formalidades «desde el punto de vista del estatus migratorio». O sea, una persona debe ser considerada trabajadora¹³ «con los efectos jurídicos que ello produce» si realiza una actividad bajo los particulares de subordinación o dependencia y en virtud de un contrato de trabajo¹⁴.

La Constitución chilena dispone la libertad de trabajo y su protección en el artículo 19, numeral 16. Si bien esta disposición no hace referencia directa a los migrantes, sí que resulta de interés porque de su interpretación literal se verifica el reconocimiento del derecho a todas las personas «vocablo que refiere el magno texto», sin distinción alguna en cuanto a su nacionalidad.

En cuanto al Código del Trabajo, no existe pronunciamiento dirigido particularmente a los migrantes. No obstante, el legislador dedicó el Capítulo III para disponer sobre la nacionalidad de los trabajadores. Dicho capítulo resulta ser un límite para el empleador en cuanto a organizar las relaciones de empleo. Es decir, guarda en sí una referencia directa a la nacionalización de las relaciones laborales. En efecto, si se quisiera verificar en él una garantía para los migrantes habría que entenderlo de modo tal que el Estado reconoce la posibilidad de que, de los empleos creados, un porcentaje menor pueda ser ocupado por migrantes; amén de las reglas que se deben aplicar.

Por último, aparece la propuesta de Ley de Migración y Extranjería, que entró en vigencia el año 2022. Resulta prudente decir que, a grandes luces, representa un texto jurídico donde se establecen pronunciamientos «garantistas» en materia de reconocimiento de derechos humanos en general; y de derechos en el trabajo, en particular. Eso sí, difieren de acuerdo al estatus migratorio de cada individuo.

Entrando a diseccionar brevemente su contenido, la disposición jurídica introduce definiciones claves en su artículo 1 «como la de migrante y la de extranjero», reservando para estos últimos las referencias a los derechos en el trabajo. O sea, las garantías a los derechos en el trabajo solo se reconocen para aquellos individuos que no tengan nacionalidad chilena de acuerdo al artículo 10 de la Constitución. Por tanto, puede decirse que entre el concepto de migrante y extranjero existe una relación de género-especie donde el migrante es el continente y el extranjero parte de su contenido. Además, que en términos migratorios, aquellos con situación de informalidad o ilegalidad no serán beneficiarios de la protección que otorgan las leyes nacionales en materia de empleo; límite esencial del derecho humano a trabajar.

Otro de los elementos de la disposición jurídica es, precisamente, que establece como objetivos de la disposición la promoción, respeto y garantía de los derechos. Este caso particular se puede verificar la intención en el reconocimiento de derechos en el trabajo a lo cual se suma la obligación del Estado de promoverlos, respetarlos y garantizarlos a los extranjeros, así como adoptar todas las medidas posibles para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos. A su vez, aparece un pronunciamiento expreso que pondera las garantías que le asisten a los migrantes regulares al referir que el Estado les asegurará la igualdad ante la ley y la no discriminación.

¹³ Cfr. Artículo 3 inciso b) del Código del Trabajo de la República de Chile.

¹⁴ Entendiendo que el contrato de trabajo no es solo un documento escrito sino el acuerdo de voluntades entre dos personas, con capacidad jurídica, que se formaliza mediante un documento de igual nombre, pero para cuyo fenómeno lo rige el principio jurídico laboral de primacía de la realidad.

Resulta interesante, además, como la Ley de Migración y Extranjería expresamente reconoce que los extranjeros gozarán de los mismos derechos en materia laboral que los chilenos (artículo 14), sin perjuicio de los requisitos y sanciones que la ley establezca para determinados casos. Así los residentes temporales podrán realizar actividades remuneradas lícitas por lo cual deben tener garantizados los derechos en el trabajo. Sin embargo, los migrantes irregulares quedan desprotegidos al no existir pronunciamiento expreso lo cual puede llegar a fomentar el empleo informal y la consecuente vulneración de los derechos en el trabajo.

Por último, los extranjeros poseen garantías administrativas y jurisdiccionales para exigir el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley, entre lo cuales, obviamente se incluyen los derechos en el trabajo. Si bien este no es el espacio para desarrollar con detalle estos elementos, baste con decir que el mero pronunciamiento de la posibilidad de existencia de dichos recursos jurídicos resulta el colofón de las garantías de los derechos laborales en Chile de cara a los migrantes.

En resumen, puede decirse que los migrantes en Chile, siempre que tengan un estatus regular, gozan de protección en sus derechos laborales. Queda por resolverse la posibilidad de garantizar derechos humanos en el trabajo a aquellos migrantes irregulares pero que, aún así, realizan trabajo. Todo ello en aras de evitar el empleo informal y la precariedad laboral; fenómenos todos que atentan contra el trabajo decente.

Felipe Malgüe Torres

Inspector del Trabajo y Académico de la Universidad de Chile
Doctorando en Economía, Empresa y Derecho en la Universidad Pública de Navarra, España

* Se señala que las consideraciones contenidas en la presente intervención son fruto exclusivo del pensamiento del autor y no tienen en algún modo carácter vinculante para la administración de pertenencia.