

11. Marco jurídico de las migraciones laborales: Argentina, Bolivia y Chile

Nora Pérez Vichich

Las transformaciones que en las últimas décadas han sufrido los países de la región en materia económica, política y social han modificado tanto la direccionalidad de los flujos migratorios, como su tratamiento político y jurídico.

Desde la redemocratización ocurrida en los años ochenta, los países de la región han sufrido crisis de diversa índole e intensidad, y las estrategias que encontraron o buscan para salir de ellas, fueron asumiendo una impronta cada vez menos unilateral y más estrechamente vinculada a consensos internos e internacionales.

En los años noventa los nuevos modelos de desarrollo económico de la globalización modificaron las economías nacionales impactando fuertemente en los mercados de trabajo.

La emergencia de los mercados financieros, las nuevas formas que asume la gestión empresarial, la tecnología moderna, la competitividad asentada en la precarización del trabajo y los bajos salarios tienen un correlato de inéditos niveles de desempleo y aumento del empleo informal que tuvieron consecuencias en los sistemas de seguridad social.

La globalización ha impuesto por otro lado, una dispersión geográfica de los lugares en que se emplazan los centros de producción, que hizo más difícil para los estados establecer formas de control de los movimientos internacionales de la economía y de las personas. Esto contribuyó – junto a otras causales – al debilitamiento de los niveles de autonomía del Estado y de las políticas públicas. Como resultante, si bien siguen siendo actores principales, los Estados ya no son actores únicos en el escenario de las relaciones internacionales: intervienen en ellas los actores sociales privados, organizaciones económicas supranacionales, organismos internacionales y las organizaciones sociales de diferente rango y naturaleza, entre otros (González, 2001).

Del mismo modo, en el campo de la formulación de las políticas y normas tendientes a regular las migraciones internacionales, ha ganado fuerza la responsabilidad compartida entre los países y las formulaciones bi o multilaterales, dentro o fuera de los procesos de integración regional.

Los Estados tampoco son hoy los únicos sujetos del derecho internacional, habiéndose extendido en el mundo la propuesta de un régimen de derechos humanos universal, de defensa de la ciudadanía y de protección de los derechos fundamentales, que hace de los individuos o colectivos que se mueven hacia territorios que no les son propios, sujetos de derecho internacional amparados por las normas, las convenciones e institutos internacionales, que hoy perfilan cada vez más al migrante internacional como sujeto de derecho, independientemente de su condición migratoria.

Las reglas de acceso al país receptor son expresión de la forma en que cada Estado se relaciona con el resto del mundo: si se asume el paradigma clásico, con el conflicto como

hipótesis, la percepción dominante será la del extranjero como amenaza y entonces la decisión sobre quiénes, en qué número y cómo los ciudadanos de otro país ingresarán y permanecerán en el propio, tendrá la impronta de la unilateralidad y, generalmente, de la restricción, en nombre de los intereses y la seguridad nacionales, sin otro matiz.

Las reglas de acceso al mercado y a los puestos de trabajo, expresan una percepción del rol del inmigrante en la estructura social del trabajo y si ese rol es percibido como amenaza a la "mano de obra nacional", o le atribuye al extranjero la calidad de necesario factor de conflicto, puede asociarse también a aquel paradigma.

En el pensamiento fundado en la cooperación y la integración crece el espacio de discusión de otras dimensiones, que tienen que ver, en primer lugar, con la defensa de los derechos fundamentales de los migrantes como personas y como trabajadores, entre otros, el de migrar y el de trabajar en cualquier país. El principio que subyace es que la defensa de todos los trabajadores – migrantes o no – es la más completa garantía de defensa de los propios. Este principio es fundamental teniendo en cuenta que en los últimos tiempos, muchos países considerados de inmigración, ganaron atributos de países de emigración, y a la inversa otros países, que no eran predominantemente de inmigración, comenzaron a serlo. En el primer caso, se inscribe la Argentina, y en el segundo, Chile y Bolivia en diferentes grados.

Böhning (1996) resalta que existe una dificultad en encontrar el equilibrio entre "las prerrogativas del Estado y los derechos de los migrantes como seres humanos y como agentes económicos" y la realidad lo corrobora, mostrando la tensión entre ambos enfoques. La mirada desde la ética y los derechos humanos sobre las migraciones internacionales permite abarcar hoy otras dimensiones, como la intolerancia, el racismo y la xenofobia y las prácticas aberrantes como el tráfico y la trata de personas, dimensiones todas que, en última instancia, están vinculadas con la necesidad vital de las personas de encontrar un lugar en el mundo donde trabajar para producir y reproducir su vida en las mejores condiciones.

Los países del Cono Sur ofrecen un espacio propicio para analizar el pasaje de una a otra concepción, y la coexistencia de normativas y prácticas que responden a una y otra en el campo migratorio laboral. Por eso es interesante volcar la mirada sobre la evolución de las políticas y normativas, históricas y actuales, en los países de la región, a la luz de las normas internacionales de la OIT y de la Convención de 1990 de las Naciones Unidas, y de las nuevas perspectivas bi y multilaterales que vienen emergiendo.

En el plano regional, el proceso de integración regional del Mercosur, ofrece un buen espacio de evaluación del tratamiento multilateral de la cuestión. Los vaivenes del tratamiento de las migraciones y de la libre circulación son muestra cabal de las dificultades que encuentra para abrirse paso la concepción – inherente a la naturaleza del proceso de integración – que considera la circulación de trabajadores en el mercado laboral ampliado, como un componente estructural y constitutivo de la organización de las economías y las sociedades en un bloque común (Pérez Vichich, 2002).

11.1. Las políticas migratorias en la Argentina, Chile y Bolivia

Argentina. Los movimientos migratorios hacia la Argentina desde mediados del siglo XIX, son un elemento constante de su historia. Su constitución como nación y posterior desarrollo ha contado con los aportes poblacionales que vinieron en primer término desde Europa, y luego de los países limítrofes y de otras regiones de América y el mundo.

Los primeros contingentes migratorios con alguna significación fueron británicos y llegaron a la Argentina antes de 1852. Las inmigraciones posteriores, que se incorporaron hacia 1860, eran italianos, españoles, franceses, ingleses, suizos, alemanes, portugueses y austríacos. En 1869, cuando se realiza el primer censo nacional, la población extranjera en el territorio estaba constituida por un 80,3% proveniente de Europa y un 19,7% de países limítrofes.

El censo de 1895 muestra que la participación de los europeos crece, llegando al 88,5% de la población extranjera, alcanzando en 1914 su punto más alto con 91,34%. Aceleraron el crecimiento poblacional y de la urbanización, y estuvieron vinculadas a la expansión de la actividad agropecuaria destinada a la exportación (Pérez Vichich, 1988).

A partir del censo de 1947 comienza un descenso sostenido de la inmigración europea y un crecimiento paulatino de la inmigración limítrofe, hasta alcanzar en el censo de 1991 un 52,1% de la población extranjera que habitaba en el territorio.

Hacia principios del siglo XX los primeros avances de la industria, limitados a la elaboración de manufacturas provenientes de los productos agropecuarios y posteriormente el modelo de “sustitución de importaciones” tuvieron como protagonistas a los inmigrantes. Fueron especialmente un importante factor en la gestación y desarrollo de este último proceso, a partir de los talleres manufactureros que con sus ahorros fueron instalando en las ciudades, y del aporte de su mano de obra en la propia producción. Entre 1937 y 1944 la producción industrial creció el 77%.

Hacia finales de los años cuarenta y a principios de los cincuenta, los inmigrantes provenientes de los países limítrofes se incorporan en forma masiva sustituyendo a los trabajadores agrícolas europeos en las áreas rurales y sumándose a los flujos internos atraídos por las industrias urbanas. En todas sus fases, la economía argentina ha tenido estas corrientes como parte de su estructura sociolaboral.

A partir de 1914 y hasta el censo nacional de 1991, los inmigrantes limítrofes aumentaron su participación en la población extranjera en forma constante hasta llegar a constituir el 52,1% de la misma, mientras que los no limítrofes en contrapartida, bajaron su porcentaje a 47,9%. En los últimos años, se han sumado flujos no tradicionales, como los provenientes del Perú o Europa.

Los encuadres jurídico-políticos de los fenómenos migratorios externos muestran, a través de los diferentes períodos, articulación con los modelos económicos y sociales que se fueron desplegando en el país.

Uno de los presupuestos del modelo agroexportador que signó el ingreso de la Argentina al mercado mundial, fue el fomento de la inmigración. Por eso las políticas poblacionales tuvieron dimensión constitucional, al incorporarse expresamente a la Constitución de 1853. Esa incorporación tuvo una orientación clara hacia la inmigración europea, a la que se suponía portadora de nuevas formas culturales y de producción. Por otro lado, esa era la inmigración posible, en tanto conformó la “población excedente relativa” que el desarrollo del capitalismo desplazó de las zonas rurales, que no fue absorbida por las industrias nacientes de los centros urbanos de Europa y que encontró en la Argentina uno de los espacios para “...labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir las ciencias y las artes” (art. 25 de la Constitución Nacional).

Como respuesta a la crisis económica de 1873 y a la consecuente necesidad de producir mayor cantidad de bienes para superar el momento, la política de migración espontánea cambia en 1876 hacia la migración organizada. Esta fue sistematizada en la Ley 817, llamada “Ley Avellaneda”. A través de este instrumento se estimularía la llegada de migrantes de ultramar – que había sufrido una retracción como consecuencia del fuerte déficit comercial – con la promesa de la propiedad de la tierra. La colonización y la figura del arrendamiento eran el centro de este nuevo proyecto, que se ejecutaría a través de empresas particulares. Sus objetivos serían frustrados por el propio sistema aplicado y por la evolución posterior de la estructura económica y política (Cárcano, 1972).

La dinámica industrial era en aquel momento difícil de ser regulada por un Estado y una sociedad moldeados por las relaciones de trabajo en el ámbito rural, que oscilando entre el paternalismo y la represión habían sido también la fuente del poder político. Por esa razón la respuesta a los conflictos sociales generados por las nuevas relaciones entre patronos y obreros, muchos de ellos inmigrantes europeos portadores de también nuevas ideas sociales, tuvieron, entre otras manifestaciones, la sanción de la Ley de residencia de 1902, que autorizaba al Poder Ejecutivo a expulsar o confinar en lugares apartados del país a todo extranjero cuya conducta fuera considerada peligrosa para la sociedad nacional o el orden público.

La profunda crisis mundial de finales de los años veinte y principios de los treinta generó un cierre de las políticas migratorias. Argentina dio por terminado el ciclo europeo y estableció un sistema de ingreso que exigía obtener la radicación para permanecer en el país (Mármora, 1983). La población obrera se había duplicado entre 1935 y 1944 pasando a constituir la primera categoría ocupacional del país (Beyhaut y otros, 1965).

Las modificaciones en la esfera productiva y política llevan a la definición de un Estado no abstencionista en el plano de la producción ni socialmente neutro, que es propulsor de cambios en las relaciones entre el capital y el trabajo: los ciudadanos abstractos formalmente iguales, son reconocidos como desiguales y en esa calidad son recogidos por el derecho del trabajo y por la legislación social que se desarrolla en ese período.

Las condiciones estructurales permitieron que los trabajadores inmigrantes, confundidos con las corrientes internas de trabajadores, fueran absorbidos por el sistema productivo y por las leyes sociales, en carácter de inmigración necesaria y aceptada.

Desde los años sesenta comienzan a sentarse las bases de un modelo que conjuga el desarrollo económico con la seguridad nacional, que encuentra su expresión más acabada en el período de 1976 a 1983. Las políticas migratorias en consecuencia, además de hacerse objetivamente más restrictivas, desplazaron su eje desde los aspectos laborales y sociales de la migración hacia el control de la población. La normativa de este período es fragmentaria, responde a coyunturas y se expresa en múltiples decretos, forma técnica que han de asumir las políticas migratorias. Es en esta etapa que se dicta la Ley 22439, de 1981, aún vigente.

Con el restablecimiento de la democracia en 1983, en forma lenta se viene avanzando en la definición de nuevas formas de encarar las políticas sobre migraciones externas, especialmente aquellas que tienen que ver con las migraciones laborales. Esos esfuerzos se manifiestan en varias vertientes – todavía segmentadas y no plasmadas en una nueva legislación nacional sustantiva sobre migraciones – mucho más vinculadas a hipótesis de cooperación e integración poblacional y regional, pero que aún hoy coexisten con aquellas generadas en el marco del paradigma del conflicto.

Algunos proyectos elaborados con vistas a reemplazar la normativa vigente han sido abiertos para el debate a la sociedad civil, en búsqueda de lograr consensos para su formulación. Esta apertura permite un debate social que articula el pensamiento del Estado con el de los diferentes actores sociales y con las organizaciones internacionales.

La intensidad de la emigración intra y extrarregional de argentinos no es ajena a la nueva forma que asumen las políticas y su proyección en las normas internacionales de diverso rango signadas por la Argentina.

Argentina mantiene una sustancial relación de cooperación con los foros internacionales vinculados a las migraciones en general y a las migraciones laborales. En los últimos años la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones se ha convertido en un importante punto multilateral de reflexión y propuesta regional sobre las migraciones internacionales, en el que participan países que comparten, como países de origen, tránsito y destino de las migraciones, esta problemática multidimensional y multifacético. La Segunda Reunión de la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones se llevó a cabo en Buenos Aires, la tercera se celebró en Quito en 2002, y se prevé celebrar la cuarta reunión en Montevideo en noviembre de 2003.

Bolivia. La República de Bolivia, constituida como tal en 1826, se asentó en los territorios andinos dominados por los Incas desde aproximadamente el año 1200, y luego ocupados por los españoles que llegaron desde el Perú y desde el sur, desde el

Río de la Plata. Estas dos corrientes de conquista se instalaron respectivamente en la zona oeste, donde se definieron las principales concentraciones urbanas de la entonces llamada “República de Bolívar” en torno a la explotación de las minas de plata. La otra se asentó en el este, en los llanos del oriente boliviano. La acumulación de tierras fue concretada por los conquistadores con base en la apropiación de las tierras pertenecientes a los indígenas. Las ciudades que fundaran los españoles son los centros urbanos donde se centró la actividad política, administrativa, económica y social del territorio.

La explotación del salitre, el estaño y el guano provocó el interés de compañías extranjeras en su explotación. Hacia mediados del siglo XX se había consolidado una economía de corte liberal, caracterizada por la presencia fuerte del capital financiero y las inversiones extranjeras.

La primera norma sobre migración extranjera de Bolivia es el decreto que firma el mariscal Antonio Sucre el 25 de mayo de 1826, día en que se proclama la República. El crecimiento de la población se percibía como la fuente de riqueza y prosperidad para el país. El decreto promueve la inmigración de hombres de “todos los pueblos y naciones” ofreciendo garantías de seguridad y libertad a los extranjeros mientras cumplan con la ley y las costumbres del país.

Pocos son los inmigrantes europeos que llegan a Bolivia en los años posteriores, y un siglo después se dicta la ley de 1926, que otorga facilidades al inmigrante que llega a radicarse, como podían ser el uso de los ferrocarriles y de las empresas de transporte terrestre para su traslado y el de su familia o el transporte de su equipaje sin costo. El objetivo principal era expandir la ocupación y la producción de la tierra. Por eso el núcleo de esta política se sitúa en la posibilidad de acceso a una parcela de tierra de 50 hectáreas para su cultivo, con facilidades de pago. Determina asimismo la decisión de ofrecer a los hijos de los inmigrantes mayores de 18 años su propio terreno si así lo quisieran. También justifica la pérdida del derecho al lote si la tierra no es cultivada en el plazo fijado.

En lo que constituye una segunda fase de esta política, un decreto supremo de 1939, redefine la orientación de la política migratoria que aun cuando continúa teniendo por objetivo el ingreso de agricultores, enfatiza la reglamentación sobre las condiciones de ingreso y permanencia de los trabajadores agrícolas al mismo tiempo que endurece las condiciones de acceso a la tierra.

Un ejemplo de este nuevo rumbo, es la obligación del dueño del “fundo” de denunciar a las autoridades dentro de los 30 días subsiguientes, el abandono de las tareas por parte del

colono. En relación a los ciudadanos extranjeros que quisieran comprar tierra, ya no se ofrecerían las facilidades originales, sino que deberán depositar antes una fuerte suma en el Banco Central.

Para los colonos de tierras fiscales, se estableció la obligación de ser casados y traer a su familia, además de estar capacitados para los trabajos agrícolas. La categoría de colono le daba derecho a recibir la tierra, semillas, vivienda en su lote, atención médica, escuela para sus hijos menores entre otros beneficios. Después de tres años de años de trabajo, recibiría el título de propiedad.

Las inmigraciones vinculadas a la entonces activa Organización Internacional de Refugiados (IRO), que actuó hasta 1952, movilizaba en general inmigrantes calificados, con un porcentaje considerable de profesionales liberales. Considerándose que podrían constituirse en competencia para los nacionales, se les fijaron zonas de reserva fiscal, donde debían radicarse a sus propias costas.

Recién en 1951, el decreto supremo 2396 consolida la reglamentación del ingreso de los inmigrantes y una política amplia establecida en su artículo 1 que restablece que: “La política migratoria deberá ser conducida por el Ministerio de Inmigración, con exclusión de cualquier otro organismo, en forma amplia y sin discriminaciones de orden racial, político o religioso”. El objetivo general es facilitar la entrada de inmigrantes que puedan aportar al desarrollo económico, especialmente la agricultura boliviana y un dato interesante es la facultad del Ministerio de Inmigración de suscribir contratos con entidades o empresas que puedan contratarlos.

En los años que siguieron, los flujos de inmigrantes que atrajo la política migratoria implantada en Bolivia no fueron importantes y aquellos que llegaron se fueron aglutinando en los centros urbanos de la región occidental.

Los cambios estructurales producidos luego de 1952¹¹⁰ significaron un quiebre de esa concentración. El crecimiento del ferrocarril y las carreteras permitió la migración interna, y la creación de condiciones de desarrollo y asentamiento en la región oriental atrajo inmigrantes externos, especialmente menonitas y japoneses que se transforman en factores de desarrollo de la economía agrícola. Esto redistribuyó la población homogeneizando el

¹¹⁰ En ese año se implanta en Bolivia la “Revolución Nacional”, que produce cambios profundos en el orden económico, político y social con nacionalización de las minas de estaño, reforma agraria y sufragio universal.

crecimiento de los centros urbanos de occidente y oriente, especialmente La Paz y Santa Cruz de la Sierra.¹¹¹

En 1976 se dicta el decreto ley de inmigración 13344 que reitera en esta etapa la importancia que el crecimiento demográfico tiene para el desarrollo económico, social y político y apela al fomento de las corrientes inmigratorias para lograrlo. Sus esfuerzos se dirigen especialmente a la población que pueda incrementar la producción agropecuaria por medio de la colonización. Por este decreto ley se crea el Consejo Nacional de Inmigración (CONAIN), dependiente del Ministerio del Interior, Migración y Justicia, y se establece que los Consulados de Bolivia en el exterior actúen como agencias de promoción de la inmigración, con la ayuda de organismos internacionales. En el CONAIN se encontraban representados todos los organismos con alguna competencia o función en materia de migraciones.

En 1996 se dicta el decreto supremo 24423, que es el que actualmente rige en materia migratoria. En este instrumento se reconoce una línea política de apoyo a la inmigración, considerada un factor positivo de crecimiento demográfico y de desarrollo socioeconómico, y otra dirigida a evitar la emigración de los nacionales. Ambas en definitiva, marcan una continuidad de país básicamente de emigración, que precisa retener y aumentar su población.

En los últimos años Bolivia ha recibido en su territorio un mayor número de inmigrantes, procedentes principalmente de Perú y Argentina, que matiza su constante condición de país de emisión.

Chile. Al igual que Bolivia, ha sido históricamente un país de emigración, aunque ha contado con flujos migratorios europeos que dejaron su impronta en la conformación de su población y de su cultura y que fueron impulsores de su formación económica y su desarrollo.

La inquietud por poblar su territorio se remonta a los intentos de inmigración de Carlos I de España, también Carlos V de Alemania, quien otorgó concesiones sobre las tierras del sur de Chile y de lo que hoy es la Patagonia argentina, para poblarlos con inmigrantes colonos alemanes. No hubo resultados concretos de ese mandato, en función de las inmensas dificultades que ofrecían las tierras cedidas para su ocupación y colonización.

¹¹¹ El Acuerdo de inmigración con Japón de 1956 autoriza a 1.000 familias o un total de 6.000 individuos dedicados a la agricultura; el decreto supremo 6030 de 1962 autoriza el ingreso de la colonia menonita.

En el período llamado de la “Patria Vieja”, que va desde la declaración de la independencia de España el 18 de septiembre de 1810 hasta el 1º de octubre de 1814 en que fue derrotado en Rancagua el Director Supremo Bernardo de O’Higgins, hubo una preocupación declarada por el origen de la población, y reglas contradictorias al respecto: por un lado en 1812, se dictan las primeras reglas policiales, que impiden la entrada y tránsito de europeos a las provincias y en ese mismo año se celebra un convenio para contratar 500 familias (por recomendación de O’Higgins, serían irlandesas), emprendimiento que también fracasaría. La misma suerte correrían los intentos hechos entre 1838 y 1842. En la misma línea que Argentina, Chile intentaba poblar el territorio no sólo con la mayor cantidad de gente, sino que pensaba la colonización como portadora de los beneficios que eran atributos de gente que se consideraba mejor, con formas más avanzadas de cultivar la tierra y desarrollar las industrias. Simultáneamente imaginaban alejar el peligro de que los espacios fueran ocupados por naciones extranjeras y por eso, estos flujos aunque menguados, intentaron ser una respuesta a la ocupación de los llamados “espacios vacíos” que caracterizó la estrategia de expansión europea de mediados del siglo XIX. Para lograr ambos objetivos Chile había elegido a la población de origen alemán.

El Gobierno de Chile implementó un sistema privado de colonización, que a partir de 1840 consiguió atraer un cierto número de colonos. En 1853 se dicta el decreto del 27 de junio disponiendo que la zona de alrededor del Lago Llanquihue fuera considerado “territorio de colonización”. Si bien el número de colonos no fue considerable, es evaluado positivamente como un aporte al desarrollo de la zona sur de Chile.

Coincidentemente con una etapa de industrialización más intensa, el decreto 69 de 1953 impulsa un plan migratorio centrado no solo en la inmigración de carácter agrícola sino principalmente en el aporte de población con calificaciones técnicas, pescadores, obreros especializados y artesanos. La estrategia buscaba aumentar la población y al mismo tiempo dinamizar y ampliar el mercado de consumo interno. En sus considerandos, el decreto resalta la necesidad de generar normas facilitadoras del ingreso y orientan su búsqueda de población y nuevos migrantes hacia los gobiernos europeos que procuran “orientar el excedente de población afuera del continente”.

En el período 1970-1973 la propuesta fue organizar el territorio conforme los objetivos de una sociedad en tránsito hacia el socialismo e incorporar a todos los sectores a los beneficios del desarrollo. La política estaría centrada en la descentralización urbana y del crecimiento industrial y la eliminación de los factores de expulsión de las zonas rurales (OIM, 1999). Estas características seguramente han tenido una fuerte influencia en la no determinación de verdaderas políticas sobre inmigración, expresándose en cambio en normas objetivas, muchas veces dictadas a partir de una concepción a corto plazo y como

respuesta a coyunturas políticas, económicas o sociales que luego permanecen en el tiempo.

En la trayectoria normativa de las migraciones en Chile, se comprueba que, a pesar de no ser un país de inmigración, las leyes que la regulan muestran una sujeción a principios muy vinculados a la restricción y al control policial, el que parecería contrariar la necesidad de población que declara como siendo inherente a su desarrollo.¹¹²

El aumento de los flujos migratorios hacia Chile registrado desde el censo de población de 1992, ha sido importante. Este nuevo fenómeno viene a sumarse a la no tan nueva preocupación por la situación de los emigrados chilenos, preocupación que llevó en primer término a la promoción de su retorno¹¹³ y más tarde a la lucha por la recuperación del derecho al voto de sus nacionales en el exterior (Pereira, 2000), todo en el marco de los nuevos escenarios en que se desarrollan las relaciones internacionales y las propias migraciones internacionales.

La nueva composición de la realidad migratoria internacional parece haber dado impulso en Chile a la formulación de una política más estructurada y con una estrategia que supera el corto plazo. Es así que el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior de Chile, plantea en las bases de la gestión migratoria incluida en su propuesta para una política migratoria en Chile, varios elementos que se orientan en ese sentido.

Estos elementos se refieren a la garantía del derecho de residencia y la libertad de circulación; al acceso de las personas a la residencia en condiciones igualitarias; a la información como derecho de los migrantes; a la protección legal de los inmigrantes; a la legalidad de los extranjeros; a la no discriminación y a la reunificación familiar. En los objetivos generales y específicos del Plan de Acción que hace operativa esta política figuran la garantía de los derechos laborales y en general de la protección social a los trabajadores migrantes y sus familias, independientemente de la condición migratoria; la ratificación de convenios laborales y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias de 1990, así como la revisión de normas no migratorias con incidencia en los migrantes, incluyendo vivienda, educación, trabajo y previsión social que puedan ser discriminatorias o no acordes con los compromisos

¹¹² Memoria del Departamento del Departamento de Extranjería y Migración del Min. del Interior de Chile, 1998.

¹¹³ La Ley 18994 crea la Oficina Nacional de Retorno en 1990 que durante algunos años estuvo encargada de facilitar la repatriación e inserción social de los exiliados.

internacionales asumidos por Chile.¹¹⁴ La iniciativa parecería marcar un punto de inflexión. El hecho de proyectar una política de la migración internacional con fundamentos en los principios de la Convención de las Naciones Unidas de 1990 sugiere un paso cualitativo muy importante en el cambio del modelo de gestión.

El ingreso de Chile al proceso de integración del Mercosur no es un dato menor en los determinantes de la necesidad de diseñar políticas migratorias orientadas a la facilitación de la movilidad de la población en ese espacio, especialmente la movilidad de trabajadores, como un componente constitutivo y constituyente de esa integración en marcha (Pérez Vichich, 1996).

En la Segunda Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, que se realizó en Santiago de Chile en abril de 2001, fue planteada la necesidad de impulsar la libre movilidad subregional bajo los principios de la no discriminación y la reunificación familiar.¹¹⁵ Estos principios han sido retomados en el reciente Acuerdo firmado por los países del Mercosur más Chile y Bolivia que se analiza más adelante.

11.2. El trabajo de los migrantes en las legislaciones nacionales

Los trabajadores migrantes se enmarcan en un doble encuadre jurídico: las normas migratorias y las normas laborales. La articulación de ambas permite establecer el estatuto jurídico de su inserción sociolaboral.

En **Argentina** se sanciona en 1981 la Ley de migraciones y de fomento a la inmigración (No. 22439), que aún rige la materia migratoria, tanto en lo que se refiere al ingreso y egreso cuanto a la permanencia en territorio argentino. La complementan: el decreto 1023 de 1994, que reglamenta su aplicación; el decreto 1117/98, que impide modificar la categoría migratoria una vez dentro del territorio argentino a aquellos extranjeros que ingresaron al territorio después del 15 de octubre de 1998, complementada por diversas resoluciones de la autoridad migratoria.

Estas normas establecen la tramitación administrativa para desempeñar tareas remuneradas en la Argentina, tanto para la migración calificada como para la no calificada. Esta gestión puede realizarse tanto desde el país de origen, a través de un permiso de ingreso tramitado desde la Argentina, o de una visa otorgada por el consulado argentino con jurisdicción en el país de residencia del extranjero.

La habilitación de una persona extranjera para trabajar, depende básicamente de la categoría de admisión migratoria que le sea otorgada con base en criterios determinados en los dispositivos legales de esta ley, que define básicamente tres: residentes permanentes (art. 26); residentes temporarios (art. 27); residentes transitorios (art. 29).

¹¹⁴ Gobierno de Chile, Ministerio del Interior, Departamento de Extranjería y Migración. 2002. VI Jornadas Migratorias "hacia la aplicación de la Política Migratoria en Chile, una oportunidad para la Convivencia, la Paz y la Solidaridad".

¹¹⁵ Martínez Pizarro, J., *op. cit.*

Los residentes que se encuentren en el país en forma no regular, no pueden realizar tareas remuneradas o lucrativas, quedando vedado a las personas de existencia visible o ideal, pública o privada proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia a quien no esté habilitado por la autoridad migratoria (art. 31).

Sin embargo el empleador de un inmigrante irregular no puede eximirse de sus obligaciones emergentes del principio del derecho laboral que establece que todo trabajo se presume pago, por tanto el dador de trabajo queda obligado al pago de sueldos, salarios y comisiones, aunque el trabajador se encuentre en situación de irregularidad o no tenga una categoría de admisión que lo habilite a trabajar (art. 53, ley 22439). Esto admite una excepción, que se verifica cuando la situación original es de regularidad y se modifica, deviniendo irregular o caducando la habilitación para trabajar por vencimiento de plazo.¹¹⁶

Los criterios de otorgamiento de una residencia permanente o temporaria incluyen aquellos que son aplicables a quienes quieran trabajar en relación de dependencia o en alguna actividad económicamente rentable¹¹⁷.

En el caso de los trabajadores en relación de dependencia, la calidad de trabajador contratado ha de ser probada con un contrato por escrito¹¹⁸ y sus firmas certificadas por la Dirección Nacional de Migraciones o la autoridad argentina en el exterior. Hasta enero de 2001, era preciso un acta notarial que lo avalase, trámite que agregaba burocracia y, sobre todo, costos a la tramitación.

La acreditación de la empresa o el empleador como tal se realiza a través de la presentación de los estatutos sociales o contrato de constitución debidamente inscritos; acreditación de inscripción en el sistema tributario y del pago de las últimas tres obligaciones vencidas; acreditación del pago de las deudas previsionales. Si se trata de una persona física, o ideal sin fines de lucro, deberá proveer prueba de solvencia, de inscripción en los registros correspondientes y cumplimiento de obligaciones impositivas y previsionales.

La residencia temporaria puede ser renovada al tiempo de su vencimiento, generalmente otorgada por un año, presentando, en caso de que la relación laboral subsista, una constancia de este hecho; recibos de salario de por lo menos 9 de los 12 meses y constancias de los aportes previsionales. En caso de no subsistir la relación laboral original, exige el nuevo contrato, la certificación de las firmas, la acreditación de la empresa o empleador, la documentación de la empresa y las constancias de pago de aportes previsionales y tributarios. Estos requisitos no suelen ser de fácil cumplimiento habida cuenta de la inestabilidad de los mercados de trabajo y de las características de los empleos, por ejemplo en actividades como la construcción, o las tareas rurales, que en general no admiten el contrato formal, y que por esa misma razón tienen regímenes de registro particulares,¹¹⁹ o el servicio doméstico, donde el

¹¹⁶ Los empleadores son pasibles de multas por cada inmigrante irregular detectado.

¹¹⁷ Art. 15 del decreto 1023, incisos e), f), g), h), i). El organismo de aplicación es la Dirección General de Migraciones.

¹¹⁸ Disposición 002/94 de la Dirección Nacional de Migraciones ratificada por la resolución 2431/94 de la entonces Secretaría de Población y Relaciones con la Comunidad.

¹¹⁹ Tanto en la industria de la construcción (libreta de aportes) desde 1981 como en el trabajo rural (libreta del trabajador rural) desde 2002, existen instancias de registro propias.

contrato es eludido con frecuencia, pero también en aquellos puestos de trabajo que mayoritariamente ocupan los migrantes.

Todo ciudadano extranjero que quiera radicarse en Argentina, trabajador o no, debe presentar documento de identidad del país de origen; certificado de nacimiento legalizado; si es casado, certificado de matrimonio legalizado; certificado de aptitud psicofísica; si es mayor de 14 años, certificado de antecedentes sobre los cinco años anteriores a la solicitud; acreditación del ingreso al país y pago de la tasa migratoria. Los criterios de exención de cualquiera de estos requisitos, pueden surgir de convenios específicos como se verá más adelante, o en algunos casos, por determinación del Director de Migraciones.

Si se trata de trabajadores de temporada o contratados para realizar tareas estacionales el empleador o contratista es responsable por la salida de los trabajadores, una vez cumplido el período de permanencia otorgado. Al comenzar el trámite, los trabajadores reciben una residencia precaria que los habilita para trabajar, alojarse y transitar en tanto concluye el trámite de residencia temporaria o permanente.

Los residentes transitorios, no pueden trabajar en la Argentina, salvo la excepción establecida en el inciso e) del art. 29 del decreto 1023/94 “por el plazo máximo de 15 días corridos, renovables por una sola vez...” cuando se trate de artistas, religiosos, personas vinculadas a la cultura, y excepcionalmente, profesionales o técnicos, contratados por personas de existencia visible o ideal en Argentina.

Existen categorías de movilidad no contempladas en la legislación, como es la de los trabajadores fronterizos que en sentido propio son aquellos que residen en el territorio de un país y trabajan en el territorio del país vecino, desplazándose en forma diaria, semanal, mensual o con otra periodicidad para realizar sus tareas. En cuanto a su categorización ocupacional, pueden ser asalariados, dependientes, trabajadores por cuenta propia, patrones o ayudantes familiares no remunerados como todos los trabajadores, nativos o no. El trabajador fronterizo no tiene un régimen legal particular, encontrándose comprendido en el régimen migratorio laboral general y debiendo sujetarse a todos los pasos administrativos y períodos de espera previstos para su gestión.

Dadas las características de las fronteras de la Argentina con sus países vecinos, el acto de pasaje de un territorio a otro de los trabajadores fronterizos se hace con poca atención a las normas migratorias: en el espacio fronterizo, el acto de pasar a través de los límites traslada, además de la relación laboral, los lazos de familia, de comercio, de amistad, de aprendizaje y enseñanza. Estas relaciones sustentan las prácticas sociales que hacen que sea percibido por sus poblaciones como terreno propio y espacialmente integrado, aunque no lo estén ni jurídica ni políticamente. Los puentes internacionales generan un intenso movimiento laboral y comercial que contribuye a esa percepción y vivencia.¹²⁰

¹²⁰ En la frontera argentino-paraguaya las ciudades de Posadas (Argentina) y Encarnación (Paraguay) están unidas por el Puente Internacional Beato Roque González; en la frontera argentino-brasileña, Paso de los Libres (Argentina) y Uruguayana (Brasil) por el Puente Internacional Tancredo Neves, y lo mismo las ciudades de Santo Tomé (Argentina) y Sao Borja (Brasil); en la frontera argentino-boliviana, La Quiaca y Villazón se unen también por un puente internacional. Existen otros puentes menores, y se debate la construcción del Puente Buenos Aires- Colonia, que uniría estas dos ciudades de Argentina y Uruguay.

La frontera con Chile, en cambio, tuvo como exponente importante de la categoría de trabajador fronterizo al minero del carbón y el petróleo, que se desplazaba diariamente desde Puerto Natales a las zonas mineras argentinas, volviendo al anochecer a sus lugares de residencia. Una especificidad no menor, es la presencia de la Cordillera de los Andes.

Si tomamos como ejemplo la frontera argentino-paraguaya se verifica que la mayor parte de los movimientos se realiza como tránsito vecinal fronterizo (TVF)¹²¹. En este sentido se ha señalado que el 90% de la circulación por la frontera argentino-paraguaya se inscribe en esa categoría, quedando el 10% restante a cargo de viajeros extrarregionales, es decir aquellos que provienen de distancias mayores a los 50 km autorizados por el TVF. De ese total, aproximadamente el 60% pasa por el puente internacional de Encarnación-Posadas¹²².

El TVF es un régimen destinado a facilitar la entrada y salida de aquellas personas que viven en ciudades separadas por la frontera entre Argentina y algunos países limítrofes para hacer compras, visitas o trámites, pero no autoriza a ejercer actividades remuneradas o económicas. Sin embargo, muchos de quienes atraviesan la frontera para trabajar, lo hacen utilizando dicho régimen para ingresar. Este hecho marca dos dimensiones a ser atendidas: por un lado el no reconocimiento o el desconocimiento por parte de la población, de las normas y mecanismos institucionales que rigen en ambos márgenes como resultado de su percepción de del espacio fronterizo como un espacio continuo e indiferenciado; por el otro, la disfuncionalidad de esas normas y mecanismos en relación a la dinámica propia de un espacio en el que la condición de extranjería se desdibuja y la vida cotidiana transcurre a un lado y otro de la frontera .

En lo que se refiere a los solicitantes de asilo, Argentina es signataria de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y del Protocolo de Nueva York sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. Quienes solicitan asilo en el país, presentan la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, ante la Secretaría Administrativa del Comité de Elegibilidad para Refugiados (CEPARE), en las delegaciones de la Dirección Nacional de Migraciones o ante las autoridades argentinas en el paso fronterizo por el que ingresen. Se le otorga al solicitante un certificado de residencia precaria como peticionante de refugio, que se constituye en su documento de identidad provisorio. Con él, puede obtener el número de código único de identificación laboral y trabajar en las mismas condiciones que cualquier trabajador argentino, con los mismos derechos y obligaciones. Una vez reconocida su condición de refugiado por el CEPARE, se le otorga residencia temporaria y documento nacional de identidad.

Desde el marco formal de la regulación laboral en Argentina, todos los derechos y beneficios son asegurados a los trabajadores inmigrantes regulares, en igualdad de condiciones con el trabajador nacional. En relación a los trabajadores en situación irregular las garantías se reducen a los salarios y comisiones nacidas de trabajos ya realizados en esa condición.

¹²¹ El tránsito vecinal fronterizo es el que autoriza el ingreso al territorio de ciudadanos o residentes permanentes de la localidad fronteriza vecina, hasta 50 km desde el punto de entrada al país y por el plazo de 72 horas.

¹²² Palau, T., Informe para el Ministerio de Trabajo y Justicia del Paraguay. OIM, citado en Pérez Vichich (1999).

En principio, la irregularidad migratoria conlleva la irregularidad laboral y, en sentido contrario, la condición migratoria regular asegura los beneficios otorgados por la legislación laboral nacional.

Las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20744) son también aplicables a los trabajadores extranjeros. De la lectura conjunta del art. 40 de la Ley de Contrato de Trabajo sobre contratos de objeto prohibido y el art. 31 de la Ley 22439 surge el carácter de contrato de objeto prohibido que reviste la contratación de trabajadores inmigrantes en situación irregular. No obstante, el trabajador en situación irregular tiene garantizados los salarios y comisiones devengadas por el cumplimiento o extinción del contrato de objeto prohibido, con sustento en el principio de presunción de onerosidad de todo trabajo y en la obligación de no afectar el derecho del trabajador (art. 115).

Los trabajadores extranjeros tienen algunas restricciones legales a la libertad de acceso al trabajo que están referidas a actividades a las que sólo puede acceder en forma excepcional. Entre ellas se puede mencionar el ingreso a la administración pública nacional, a la actividad docente y a los cargos de director, codirector, subdirector, miembro directivo, asesor o encargado de cualquier publicación o agencia noticiosa.

En el campo sindical, quien ejerza el cargo de mayor rango en el organismo sindical y quien por estatuto deba reemplazarlo, deben ser de nacionalidad argentina. La Constitución de la provincia de Neuquén es una excepción, ya que establece la no discriminación de los extranjeros en este campo.

En **Bolivia** la reglamentación del ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio contempla las siguientes categorías: a) residencia permanente; b) residencia temporal; c) residencia transitoria o no residencia; d) asilados y refugiados (decreto ley 24423, 1996).

La categoría de residente permanente coincide con la definición de inmigrante que da el decreto (art. 5) que considera que es inmigrante el extranjero industrial, agricultor, inversionista, profesor de artes, ciencias u oficios o que realice cualquier actividad de utilidad social, no mayor de 45 años y que ingrese al país con ánimo de establecerse definitivamente en el territorio, integrarse a la sociedad boliviana y trabajar en labores productivas (Bogado-Poisson, 2001).

La legislación reconoce tres tipos de inmigración: espontánea si los inmigrantes llegan por su cuenta y riesgo; planificada si es dirigida desde el Estado o por organismos internacionales y selectiva cuando se orienta al asentamiento de profesionales, técnicos industriales o agropecuarios y mano de obra calificada (art. 6).

La residencia temporal autoriza la permanencia por hasta dos años y es otorgada a aquellos no nacionales que habiendo entrado legalmente al país así lo soliciten (art. 33).

Los trabajadores migrantes se encuentran comprendidos en estas dos primeras categorías, mientras que la categoría de residencia transitoria o no residencia no habilita para ejercer tareas remuneradas.

En el caso de aquellos a quienes se les hubiera concedido asilo político o aceptado como refugiado tendrán derecho a la permanencia por un año, renovable por igual período tantas veces como lo requieran la subsistencia de las causas que motivaron el asilo o refugio (art. 41). Si quisiera renunciar a su calidad de asilado o refugiado, el extranjero deberá solicitar su residencia en conformidad con lo dispuesto por el decreto.

Las solicitudes de ingreso al país, se pueden tramitar ante el consulado respectivo en el país de origen, que lo derivará al Ministerio de Inmigración, que concederá la autorización para la visa que corresponda .

En lo que respecta a la legislación laboral aplicable a los trabajadores no nacionales, la Ley General del Trabajo de 1942, dispone que ninguna empresa o establecimiento podrá contratar más de un 15% de trabajadores extranjeros sobre el total de empleados, y deberán ser exclusivamente técnicos (art. 3). Esto repite el contenido del decreto supremo del 2 de febrero de 1937, que además dispone que del total de los salarios pagados por un mismo patrono, el 85% deberá estar destinado a los empleados nacionales.

En cuanto a las limitaciones a los extranjeros para ejercer tareas remuneradas en el territorio boliviano, cabe señalar que se requiere ser nacionales para desempeñar las funciones de director, administrador, consejero y representante en las instituciones del Estado, y en las particulares cuya actividad se relacione directamente con los intereses del Estado, particularmente en el orden económico y financiero (art. 3).

En relación a la actividad artística, el decreto supremo 3653 del 25 de febrero de 1945, dispone que las emisoras de radio deberán contratar un 60% de sus artistas en la población boliviana (lo mismo que los locales públicos autorizados a presentar números vivos) (art.1).

La legislación laboral boliviana también impone límites al ejercicio de cargos en las organizaciones sindicales por parte de extranjeros al mandar que los miembros del comité responsable de los sindicatos deben ser bolivianos de nacimiento (art. 101).

El decreto supremo 24423 establece que será contravención pasible de multa más allá de las acciones legales correspondientes, aquellas empresas, casas comerciales, los establecimientos o personas individuales que contraten a los trabajadores inmigrantes en situación irregular o aquellos portadores de visas que por su naturaleza no le permiten ejercer tareas remuneradas (art. 69, inc. a)). También sanciona a las empresas de transportes que vendan pasajes o transporten a extranjeros que no tengan sus documentos de ingreso al país en regla (art. 69. inc. c)).

En **Chile**, el decreto ley 1094 de 1975 establece las normas sobre extranjeros. Lo complementan el decreto 597 de 1984 que reglamenta su ejercicio, y el decreto ley 69 de 1953.

Las categorías de admisión como residentes en Chile son: a) residencia temporaria; b) residencia de estudiante; c) residencia sujeta a contrato; d) residente con asilo político o refugiado (dto.1094 de 1975) y e) residencia de inmigración (dto. 69 de 1953).

La residencia de inmigración es autorizada sin límite de tiempo. Se gestiona en los consulados generales de Chile, y es autorizada por una comisión de la Cancillería. Permite el desarrollo de cualquier actividad lícita, pero enfatiza la colonización agrícola o industrial, en el territorio.¹²³

Los trabajadores externos ingresan a través de la categoría de residentes, y dentro de éstas, de la subcategoría de "residentes sujetos a contrato". Esta exige la existencia de un contrato de trabajo que deba ser cumplido en territorio chileno. La visa que se otorga es extensiva a los miembros de su familia y tendrá una vigencia de 2 años extensibles por igual período (art. 23). El contrato debe contener una cláusula que obligue al empleador a hacerse cargo del pasaje de regreso del trabajador y sus acompañantes incluidos en el contrato (art. 24). La terminación del contrato hará caer la visa y deberá ser comunicada dentro de los 15 días a la autoridad correspondiente.

Entre otros requisitos, el dto. 597 establece que: a) la empresa, institución o persona empleadora deberá tener domicilio legal en el país; b) el contrato de trabajo que le sirve de fundamento deberá ser firmado en Chile ante notario por el empleador y el trabajador o por

¹²³ República de Chile. Ministerio del Interior. Departamento de Extranjería y Migración. 2000. "Manual de Aspectos Normativos".

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; c) tratándose de profesionales o técnicos especializados deberán acreditar, con el título respectivo, debidamente legalizado o comprobar capacidad y conocimiento de la especialidad a que se dediquen, mediante documentos probatorios; d) el ejercicio de la profesión, actividad o trabajo del contratado debe ser indispensable o necesario para el desarrollo del país; e) las actividades que desempeñará el extranjero en Chile no deben ser consideradas como peligrosas o atentatorias para la seguridad nacional. Si existiese duda acerca de la naturaleza del trabajo que el solicitante ha de desempeñar en el país, deberá consultarse previamente al Ministerio de Defensa Nacional; f) que la contratación y el contrato se ajusten a las disposiciones generales de orden laboral y previsional pertinentes.

La residencia “temporaria” es otorgada a quienes quieran radicarse en Chile, teniendo vínculos de familia o intereses en el país o tratándose de una residencia útil o ventajosa, o también a los extranjeros cuya admisión sea requerida por personas jurídicas nacionales u organismos internacionales reconocidos por el Gobierno, cuando se trate de profesionales, técnicos o personas altamente calificadas.

No podrán realizar tareas remuneradas aquellos extranjeros que ingresen en calidad de turistas salvo que sean autorizados por el Ministerio del Interior y por no más de 30 días prorrogables por igual período. Paralelamente, se establecen 10 excepciones a dicha imposibilidad (art. 49) fundadas en parentesco o vínculo (incs. 1, 2, 3, 4 y 9), por calificación (incs. 5 y 6); en virtud de invocar calidad de refugiados o asilados (inc. 8) y los que el Ministerio del Interior considere acreedores del beneficio (inc. 10). No plantea la excepción para los trabajadores de poca calificación o de calificaciones operativas.

La infracción a la prohibición de trabajar sin estar habilitado para ello, supone sanciones para el inmigrante que van de 1 a 50 “sueldos vitales” (art. 70). Esta sanción ha sido suavizada en 1977, siendo reemplazada, siempre que no sea reincidente, por una “amonestación por escrito”.

El art. 74 prohíbe dar ocupación a quienes no acrediten su permanencia legal en el país o que no estén debidamente autorizados para trabajar. Instauro al mismo tiempo la obligación de informar por escrito al Ministerio del Interior, a los intendentes regionales o gobernadores Provinciales cualquier situación o alteración de su condición.¹²⁴

¹²⁴ Los intendentes y gobernadores provinciales de Chile son autoridades delegadas en materia de migraciones.

Impone a las autoridades del Ministerio de Trabajo y Previsión Social la obligación de denunciar cualquier infracción en la contratación de extranjeros (art. 75), y si se comprueba fraude en la celebración del contrato, se aplica la expulsión del contratado y pena de multa al empleador y, en caso de reincidencia, prisión menor.

Para los funcionarios de servicios u organismos del Estado o municipales que contraten extranjeros no debidamente autorizados la sanción será una multa equivalente a entre 1 y 15 días de salario y el correspondiente sumario administrativo.

Los solicitantes de refugio y los asilados se rigen por el decreto 1094 de 1975, que dicta en su art. 34 bis (agregado en 1983), que se considerará como refugiado a quien se encuentre en alguna de las situaciones previstas en las convenciones internacionales vigentes en Chile. En 1972 Chile ratificó la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y adhirió a su Protocolo adicional en 1967, por tanto asume la definición de refugiado que surge de estas normas.

Las solicitudes de asilo son recibidas por el Departamento de Migraciones y Extranjería del Ministerio del Interior, que determina si el solicitante fundamenta el reconocimiento de su solicitud de asilo luego de estudiar la situación personal del solicitante. Mientras tanto, los solicitantes tienen el derecho de trabajar en territorio chileno en igualdad de condiciones con cualquier inmigrante en situación legal. Una vez recibido el estatuto de refugiado, se le otorga residencia por dos años después de los cuales puede solicitar una residencia permanente. Al cabo de los cinco años puede solicitar la nacionalidad chilena.

En materia de legislación laboral, Chile se encuentra regido por el Código del Trabajo de 1994. El texto legal laboral declara en primer término, el reconocimiento de la función social del trabajo, y la libertad de contratar y ejercer la actividad lícita que cada persona elija para sí (art. 1).

En el título referido a la nacionalidad de los trabajadores, relativiza rápidamente lo establecido en el primer artículo al fijar una cuota de no nacionales que podrán ser empleados por empresa o empleador. Se establece que el 85% de los trabajadores de una empresa o empleador deben ser de nacionalidad chilena (art. 19), exceptuando aquellos que constituyan personal técnico insustituible por mano de obra nacional. Para ser considerados chilenos y en consecuencia parte de su mano de obra nacional, los extranjeros deberán tener cinco años de residencia legal en el país, sin tomar en cuenta las ausencias accidentales (art. 20, inc. 4) o ser cónyuge o hijos de chilenos.

Así pues, también en Chile es en la normativa migratoria, específicamente en el decreto 597, de 1984, donde se encuentran los criterios aplicables a la contratación del trabajo de los migrantes y la legislación laboral lo recoge restrictivamente.

11.3. La igualdad de tratamiento y la no discriminación

Los convenios específicos sobre trabajadores migrantes, reflejan una preocupación persistente de la OIT acerca de la protección de los trabajadores empleados en territorios distintos a su país de origen, especialmente en lo que respecta al trato igualitario, a las condiciones no abusivas y a la no discriminación en el trabajo.¹²⁵

Muchos de los principios que conforman la normativa internacional se encuentran en algunos casos y en diferente grado, incorporados a la legislación sustantiva de los países de la región, aun en casos en que no han sido ratificados, aunque en otros parecen confrontar con ellos.

Los convenios fundamentales de la OIT resultan pertinentes a la protección de los derechos de los migrantes puesto que protegen a todos los trabajadores (véase el anexo). Respecto del Convenio No. 111, es oportuno señalar que entre los criterios de discriminación prohibidos por sus dispositivos, no figura el de la nacionalidad.¹²⁶ Aun así sus alcances se extienden a los trabajadores migrantes. La posibilidad real de efectivizar el ejercicio de la igualdad, sin embargo, depende de alcanzar la condición de residente regular. Esto está sujeto a su vez a la factura de las normas de menor rango, las que no en pocos casos suelen alejarse del espíritu de las leyes sustantivas en aras de la interpretación, y a los dispositivos institucionales que cada país ponga en marcha para su aplicación, y que en la práctica pueden ser más o menos facilitadores de ese ejercicio.

La Constitución Nacional de **Argentina** de 1853 establece en su Preámbulo que su suelo está abierto a "...todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino" estableciendo en su parte dispositiva que "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano..." sin obligación de éstos de admitir la ciudadanía argentina ni pagar contribuciones extraordinarias (art. 20). Relativiza esa amplitud al privilegiar la migración europea (art. 25), situación que se mantiene en la reforma de 1994, aun cuando hoy esa corriente no constituye un número significativo como lo fuera hasta principios del siglo XX. El derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas, se encuentra garantizado en el art. 14 para todos los habitantes del territorio, quienes son considerados iguales ante la ley, siendo admisibles en los empleos con el solo requisito de la idoneidad para ejercerlos.

¹²⁵ Convenios No. 97 y Recomendación No. 86, de 1949, y Convenio No. 143 y Recomendación No. 151 de 1975, sobre trabajadores migrantes.

¹²⁶ El criterio de "ascendencia nacional" se refiere a las distinciones entre nacionales de un mismo país y no de nacionales de distintos países.

Dado que Argentina es un Estado federal, en algunas de las constituciones provinciales, más allá de ajustar sus disposiciones a los derechos consagrados por la Constitución Nacional, se avanza en las garantías: en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras disposiciones, el art. 11 reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones con base en la raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión u orientación sexual. Declara también el derecho al acceso a la justicia de todos los habitantes y establece un sistema de asistencia gratuita (art. 12, inc.6) y garantiza la libertad diciendo que nadie puede ser privado de su libertad sin orden escrita y fundada, emanada de autoridad judicial competente, salvo en caso de flagrante delito con inmediata comunicación al juez (art. 13). Cuenta con una norma específica de igualdad de derechos para los extranjeros (Ley 664/2001), que establece el acceso irrestricto a los servicios de salud, educación, justicia y acción social de la Ciudad, que no podrá limitarse en razón de, entre otras razones, la nacionalidad o la condición migratoria.

Por su parte, la legislación laboral nacional, prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religión, ideas políticas, actividades gremiales o de edad. Además de la Ley 20744 ya mencionada, muchas de las leyes reguladoras de actividades específicas, como ocurre por ejemplo con la Ley 22248 de trabajo agrario, refuerzan el principio de no discriminación en forma expresa.

Los convenios migratorios laborales firmados en forma reciente – con Bolivia, Perú y Paraguay –, declaran y asumen la igualdad de derechos y libertades civiles, económicas, sociales y culturales (art. 9) y el trato no menos favorable que el que reciben los nativos del que han de gozar los inmigrantes en el país de recepción, especialmente en lo que se refiere a derechos laborales, remuneraciones y seguro social (art. 10) .

La Ley 23592 de no discriminación establece que incurre en ilícito quien "...arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional" y que será obligado a reparar el daño moral o material ocasionado además de dejar sin efecto el acto discriminatorio. Entre otros motivos de discriminación se encuentra el origen nacional (art. 1).

La legislación argentina contiene diversos dispositivos que garantizan la igualdad formal de los ciudadanos de otros países que se encuentran radicados regularmente en el país en el plano laboral y social. La garantía se extiende en algunos niveles – salario y comisiones – a quienes se encuentran en situación irregular y son contratados en esa condición.

En Argentina se ha registrado en los últimos años un crecimiento de las instancias de defensa, atención e información destinadas a los inmigrantes, tanto en el sector público como el privado, aunque aún no se encuentran totalmente desarrolladas. Dentro del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad social, en la Coordinación de Asuntos Internacionales, desde 1990 funciona la Unidad de Migraciones Laborales que mantiene un servicio de información para trabajadores migrantes y empleadores y de derivación para la defensa de sus derechos. El Instituto Nacional contra la Discriminación (INADI), dependiente del Ministerio del Interior, recibe en su centro de denuncias, los reclamos sobre discriminaciones directas o indirectas, situaciones migratorias no resueltas, pérdida de calidad migratoria y demoras en el trámite migratorio. Una Oficina de Asistencia al Migrante, de muy reciente creación, funciona en la Dirección Nacional de Migraciones del Ministerio del Interior. La Universidad de Buenos Aires, mantiene un patrocinio jurídico gratuito, que en este año habilitó un servicio especial para atender a los migrantes. La Dirección de Derechos Humanos del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, difunde y promueve los derechos fundamentales y la Defensoría del Pueblo los defiende en sus derechos conculcados.

En el ámbito privado, la Comisión Argentina para los Refugiados (CAREF) y la Fundación Comisión Católica Argentina para las Migraciones (FCCAM) han sido pioneras en la atención al migrante. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) desde hace largo tiempo se dedica a la defensa de los derechos de los migrantes y a la producción de material de difusión. También existen respuestas desde el plano sindical: la Central de Trabajadores (CTA) mantiene un Centro de asistencia a los Migrantes en su Departamento de Migraciones.

La naturaleza de los problemas que cada uno de estos organismos e instancias atiende o trata de resolver, puede brindar pistas sobre las dificultades concretas que los migrantes enfrentan en su inserción sociolaboral.

En el caso de **Bolivia**, el régimen constitucional adopta para la determinación de la nacionalidad un sistema que combina el *jus solis* y el *jus sanguinis* al señalar que son bolivianos de origen los nacidos en el territorio de la República y los nacidos en el extranjero de padre o madre bolivianos por el solo hecho de avecindarse en el territorio nacional o de inscribirse en los consulados (art. 36). Este sistema es consecuente con la naturaleza de país que precisa aumentar su población. Para los extranjeros, es posible hacerse ciudadanos bolivianos después de dos años de residencia, solicitando la naturalización.

La Constitución Política de Bolivia atribuye a todos los seres humanos personalidad y capacidad jurídica y establece el goce de los derechos, libertades y garantías reconocidas por ella, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera (art. 6), siempre de acuerdo a las leyes que los reglamentan. Coloca el trabajo entre los derechos y deberes fundamentales de las personas y en el mismo rango, se encuentran el derecho a una remuneración justa y a la seguridad social (art. 7). El trabajo también es parte de las obligaciones de las personas (art. 8). No obstante, es bastante parca en relación al trabajo de los extranjeros. Un detalle que importa a la cuestión de género es que la Constitución establece una distinción entre hombres y mujeres en relación a

la adquisición de la nacionalidad: la mujer extranjera casada con boliviano, adquiere la nacionalidad de su marido si reside en el país, lo que no ocurre si se trata de un extranjero casado con mujer boliviana (art. 38).

La restricción en la contratación de trabajadores extranjeros por empresa también alcanza a las mujeres, aunque en porcentaje diferente: la ley laboral dispone que cada empleador podrá contratar sólo 45% de personal femenino si la naturaleza del trabajo no requiere usarlo en mayor proporción (art. 3).

Es en el ámbito de la seguridad social, donde se instala en forma expresa la igualdad de trato, al disponer la obligatoriedad del Código de Seguridad Social para “todas las personas nacionales o extranjeras, de ambos sexos, que trabajan en el territorio de la República y prestan servicios remunerados para otra persona natural o jurídica, mediante designación, contrato de trabajo, o contrato de aprendizaje, sean éstas de carácter privado o público, expresos o presuntos” (art. 6).

La Constitución Nacional de **Chile** de 1980 declara que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Establece además, como deber del Estado, asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (art. 1). Puede inferirse que al hablar de personas, abarca a los habitantes de territorio chileno que hayan nacidos fuera de él. La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; la igualdad ante la ley; la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos; derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale.

El Código de Trabajo de 1994, establece que son contrarias a las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias que se basan en raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social, y en consecuencia la contratación de trabajadores no podrá ser condicionada por ellos. La normativa laboral sustantiva no ofrece alternativa de protección en territorio chileno al trabajo de los inmigrantes irregulares.

11.4. La irregularidad migratoria como fuente de desigualdad

La irregularidad migratoria es fuente primaria de trato desigual, y determinante de la irregularidad laboral. Corresponde sin embargo, ahondar en las determinaciones de la irregularidad: ésta puede ser atribuible a la naturaleza restrictiva – o por lo menos disociadas de la dinámica de los mercados de trabajo – de las reglamentaciones reguladoras del ingreso y permanencia de trabajadores no nacionales; pero puede echar raíces en prácticas sociales, muchas veces orientadas a optimizar ganancias en cuyo caso el desmedro no sólo es para los trabajadores sino también para los empleadores que cumplen con la legislación vigente, o pueden asimismo reproducir presupuestos ideológicos generadores de pautas discriminatorias con el inmigrante.

En cualquier caso, junto con el miedo y el desconocimiento, facilita la explotación del inmigrante y el deterioro de su inserción laboral, cuando no un detonante de la posibilidad de la trata de trabajadores.

Frente al aumento de las migraciones y del empleo irregular durante la primera mitad de los setenta, la OIT brinda en su Convenio 143 elementos para la lucha contra la clandestinidad migratoria y laboral. Plantea la necesidad de proteger los derechos de todos los migrantes, tengan o no documentación oficial en el país receptor (art. 1).

A diferencia del Convenio 97, cuyos contenidos tendían a evitar el trato desigual, especialmente cuando surge de los poderes públicos, el Convenio 143 plantea el fomento de la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación en la práctica, es decir la que nace de la no aplicación de los principios declarados.

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada en 1990 y que entró en vigor en julio de 2003, aunque tiene el objetivo final de eliminar las corrientes clandestinas, toma en cuenta la vulnerabilidad de los migrantes en condición irregular y, reconociendo los convenios de la OIT, avanza sobre la protección de los derechos de quienes entran y permanecen irregularmente en el país de empleo, y de sus familias.

Las migraciones laborales que llegan al territorio de Argentina no han llegado a constituir un problema que impacte significativamente sobre la estructura social del trabajo porque en la población total su incidencia no es importante, y porque en aquellas zonas donde sí lo es – en las provincias patagónicas, por ejemplo – cumple un importante rol demográfico y laboral (Maguid, 1996).

Las políticas restrictivas en el país siempre dieron origen a una acumulación de inmigrantes irregulares que ha sido resuelta cíclicamente con programas de regularización generalmente puestos en marcha en los períodos constitucionales que siguieron a los gobiernos de facto.

El primero de ellos se llevó a cabo en 1949 y el último estuvo vigente entre noviembre de 1992 y marzo de 1994.¹²⁷ No obstante ayudar a modificar la situación irregular de muchos inmigrantes cada vez que se pusieron en práctica, las regularizaciones masivas no se han mostrado eficientes para la resolución de la irregularidad migratoria en forma sostenida en el tiempo, dada su naturaleza eventual, y la permanencia de las políticas que la generaba.

Posteriormente al último programa de regularización migratoria, la necesidad de instalar políticas menos coyunturales hizo que se comenzara a desarrollar en la Argentina una línea de gestión migratoria con raíces en una concepción de gobernabilidad migratoria. Este

¹²⁷ En las últimas dos décadas hubo tres regularizaciones: en 1974 (decreto 87), en 1984 decreto 780 y en 1992-1994 (decreto 1033/92) . Para mayor desarrollo ver Reboiras, L., "Migración internacional en el GBA: sus vinculaciones con el desempleo y la discriminación en el ámbito laboral". CELADE, 1995.

enfoque tiene su manifestación principal en los varios convenios bilaterales sobre migraciones laborales, gestionados en ajustada coordinación entre los organismos involucrados en cada país con la cuestión migratoria y laboral y con las contrapartes.

También es relevante destacar que, convergiendo con estas expresiones normativas concretas, viene consolidándose en cada vez más amplios sectores la certeza de que la cuestión migratoria es materia de los organismos del Estado pero también de la sociedad. Los nuevos proyectos de ley migratoria que están tratando de abrirse camino parlamentario, cuentan con la participación de organizaciones de la sociedad civil y de la ciudadanía.¹²⁸

Por su lado Chile ha hecho su primera experiencia de regularización de inmigrantes en 1998. Ante el aumento de la inmigración espontánea, especialmente desde países limítrofes hacia su territorio, se produce la respuesta institucional tendiente a resolver el problema de la irregularidad migratoria de alrededor de 40.000 extranjeros en esa condición. El sistema preveía que quienes se regularizaran recibieran una residencia temporaria por un año y posteriormente podrían optar por la residencia definitiva en el país. Paralelamente, en la legislación general de migraciones, se modificaron requisitos en el sentido de facilitar la inserción regular de los no nacionales.

En el caso de Bolivia el aumento en los flujos migratorios especialmente desde Perú y Argentina ha instalado la preocupación por la irregularidad migratoria.

11.5. Los acuerdos bilaterales

Los convenios bilaterales se han constituido en una de las formas en que los países de la región vienen tratando las cuestiones que afectan en forma particular y específica sus respectivos Estados y territorios en materia de migraciones laborales.

En los últimos años, es una vertiente normativa que ha tenido un desarrollo considerable, al compás de las transformaciones sufridas por el paradigma estatocéntrico y unilateralista vigente, transformaciones que determinaron un debilitamiento de la concepción absoluta de soberanía del Estado y la incorporación de nuevos actores en la definición de las relaciones internacionales y de las políticas y normativas que son su expresión.

Las manifestaciones principales de este enfoque en el tratamiento de la problemática migratoria laboral son:

- a) la creciente responsabilidad compartida de los Estados emisores y receptores en la solución de las cuestiones que plantean las corrientes migratorias, dejando de lado las decisiones unilaterales;

¹²⁸ Recientemente, la Comisión de Población de la Cámara de Diputados de la Nación, llamó a audiencia pública para opinar sobre un proyecto de Ley de Migraciones. Esto es un procedimiento novedoso, si se lo confronta con el adoptado en las últimas décadas, centrada en la técnica legislativa del decreto del Poder Ejecutivo.

- b) la progresiva simplificación del acceso a condiciones legales de migración y empleo de los inmigrantes;
- c) la eliminación de la contratación ilegal de trabajadores migrantes como forma de evitar las situaciones de abuso y la precarización de las condiciones laborales;
- d) el establecimiento de pautas de desarrollo de proyectos conjuntos en el plano laboral y social,
- e) la coordinación de los organismos internos e internacionales involucrados en la materia.

La OIT (2002) se ha pronunciado repetidamente a favor de este tipo de acuerdos, que han sido probadamente eficaces en otras partes del mundo. Varios artículos de los Convenios 97 y 143 destacan el papel de la cooperación bilateral en materia de migraciones. Esto señala una convergencia entre las directrices normativas emanadas del organismo internacional y las adoptadas en la región.

Argentina, Bolivia y Chile se encuentran vinculados por una red de convenios migratorios y laborales en la que se combinan nuevos y antiguos instrumentos, con objetos y alcances diversos. En el campo de la movilidad de trabajadores entre estos países, son de singular importancia aquellos que tienen como objeto las relaciones laborales y la seguridad social de quienes se desplazan entre sus territorios. Los más significativos son:

- Convenio laboral argentino-chileno sobre trabajadores migrantes de 1971.
- Convenios de seguridad social argentino-chileno de 1972 y de 1996.
- Convenio migratorio-laboral argentino-boliviano.

El Convenio laboral argentino-chileno sobre trabajadores migrantes. Este convenio se firmó el 17 de octubre de 1971 en Antofagasta (Chile). Se aplica a los trabajadores chilenos en Argentina y a los argentinos en Chile que sean admitidos en el territorio del otro país con el objeto de emplearse como trabajadores "de temporada" o trabajadores "temporarios".

Los considerandos del instrumento binacional manifiestan la decisión de "realizar en común todos los esfuerzos necesarios para solucionar con espíritu fraterno y de justicia social las situaciones provocadas por el desplazamiento de trabajadores de un país al otro mediante la creación de las instituciones apropiadas". Como resultado de su encuadre en el acuerdo, se espera que la movilidad de la mano de obra entre ambos países sea un factor de desarrollo económico-social para ambos. Tanto desde el punto de vista formal, como de su contenido, puede decirse que el convenio argentino-chileno se ajusta a los instrumentos internacionales. El modelo adoptado se adecua al que fuera propuesto por la Recomendación 86 de la OIT, como forma de celebración de convenios entre Partes y su articulado respeta las normas

establecidas por el derecho internacional sobre cómo reglamentar las operaciones de contratación de trabajadores. En lo que respecta a la garantía del tratamiento igualitario y la igualdad en el acceso a las oportunidades de trabajo, se encuadra también en forma clara, en la perspectiva de la OIT.

El convenio consta de tres títulos: el primero referido a los trabajadores de temporada, que son aquellos admitidos como “trabajadores no calificados para prestar servicios en tareas estacionales”. Como trabajador “no calificado” se refiere a “...aquellos que no posean ninguna clase de especialización para la labor expresada en su contrato” y por “tareas estacionales” aquellas que “...dependiendo de factores, ya sean climáticos u otros, que determinen una periodicidad, se lleven a cabo en lapsos no mayores del término que indica el Convenio”. Es requisito para su ingreso la celebración de un contrato de trabajo o de enganche con persona física o jurídica, pública o privada del país receptor.

Para probar su condición, al trabajador de temporada se le otorga la “tarjeta de trabajador de temporada” que contiene: nombre y apellido, tipo y número de documento de identidad; fecha y lugar de ingreso; término de la permanencia otorgada; actividad en la que va a desempeñarse; zona de trabajo; aptitud física y sanitaria, verificada por la autoridad otorgante; constancia de presentación de certificado de antecedentes o de buena conducta y fecha y duración del contrato de trabajo o enganche.

El tiempo de permanencia autorizada por el convenio es de seis meses por año calendario. Ese plazo fue ampliado por el Protocolo Complementario del 5 de abril de 1972 a nueve meses. Vencido ese término, el trabajador debe salir del país, porque su permanencia devendrá ilegal. Lo mismo sucederá en caso de no poseer la tarjeta correspondiente. En caso de pérdida de esta tarjeta, el acuerdo administrativo, suscrito el 20 de noviembre de 1972, fija el procedimiento a seguir por el trabajador de temporada.

El segundo título está dedicado a los trabajadores temporarios. Se entiende por tales aquellos que se “...trasladan de un país a otro para desarrollar actividades remuneradas en tareas no estacionales, sin ánimo de radicarse en el país receptor”. Su permanencia en el país exige un permiso de ingreso de la autoridad administrativa en el territorio de destino o de su consulado en el país de origen. El tercer título establece las disposiciones comunes a ambas categorías de trabajadores migrantes que son su objeto, así como aquellas disposiciones relacionadas con la aplicación, evaluación, seguimiento, difusión y denuncia del instrumento.

Las partes contratantes se obligan a tomar las medidas necesarias para evitar las migraciones clandestinas. La tramitación del ingreso de trabajadores de temporada o temporarios por medio del convenio laboral sobre trabajadores migrantes está exenta de tasas migratorias. El trabajador tiene derecho a recibir gratuitamente la tarjeta de trabajador de temporada o el permiso de ingreso como trabajador temporario; asistencia médica durante su enfermedad no pudiendo ser regresado a

su país hasta que sus condiciones físicas se lo permitan; facilidades para enviar remesas a su país de origen.

Se dispone el contacto periódico entre las autoridades argentinas y chilenas tanto para controlar la adecuada aplicación del convenio como para proponer enmiendas o ampliaciones. A tales efectos, el artículo 19 del acuerdo dispone la creación de una comisión mixta formada por tres expertos laborales de cada país. Esta comisión comenzó a funcionar en 1993, y entre otras tareas estableció las condiciones de funcionamiento pleno de los institutos laborales contenidos en el convenio y elaboró un instrumento único de difusión del mismo en ambos países.

La naturaleza contradictoria del régimen imperante en cada uno de ambos países en 1971: un gobierno nacido de las urnas y de signo socialista en Chile y una dictadura militar en la Argentina, es un dato relevante para definir el escenario político en que las relaciones bilaterales entre Chile y la Argentina se daban en los tempranos setenta, y dentro de ellas, las relaciones laborales. El desarrollo de ese escenario en los años siguientes, permite entender en parte la dinámica impresa al funcionamiento del convenio: el 11 de septiembre de 1973, un golpe militar derroca al gobierno constitucional de Salvador Allende y tres años después, el 24 de marzo de 1976, es derrocado el gobierno constitucional en la Argentina.

Durante más de veinte años, las atribuciones conferidas por el acuerdo bilateral a los Ministerios de Trabajo, no fueron ejercidas, ni por Argentina ni por Chile. Eso contribuyó a que un instrumento en que lo laboral es esencial, funcionara atendiendo a los requisitos formales de ingreso y egreso de trabajadores, como sustituto de una legislación nacional restrictiva, pero no a la perspectiva más amplia y compleja que necesariamente debiera vincularse a sus objetivos: protección de las partes contratantes, resguardo de los derechos laborales, determinación de la demanda efectiva de los mercados de trabajo, regulación de los flujos, y muy especialmente, a ese desarrollo económico-social compartido declarado como compromiso en sus considerandos.

Sus contenidos se revitalizaron con la firma por los Presidentes de Chile y Argentina de la Declaración Conjunta Argentino-Chilena en agosto de 1991, que es un punto de inflexión importante en las relaciones laborales bilaterales.¹²⁹ Los acuerdos entre ambos Gobiernos impulsaron entonces importantes consensos sobre varias materias. Entre ellos el punto 39 de la Declaración establece que en el ámbito laboral se deberán "...concluir las tareas actualmente en curso para la actualización del convenio laboral vigente entre Chile y la Argentina" (Pérez Vichich, 2001).

A desmedro de estos esfuerzos, los resultados en cuanto a su funcionamiento dinámico no han sido los esperados. El número de trabajadores que han ingresado a ambos países utilizando el convenio ha sido mínimo. Conseguir que se utilice preferencialmente el

convenio y no la legislación general migratoria – o ninguna legislación – para el ingreso de trabajadores en el territorio de cualquiera de los dos países parte, parece una meta difícil de lograr.

Las razones pueden ser múltiples. Es importante tener en cuenta que en el escenario – no sólo de las relaciones bilaterales entre Chile y Argentina sino en el contexto más amplio de la integración regional – emergen nuevas situaciones, categorías de trabajadores y sectores y actividades no contempladas en la letra del convenio, y es por eso que merecería ser evaluado desde su potencialidad para adaptarse a las nuevas realidades.

La cooperación económica y la integración física encarada por Chile y la Argentina, la firma del ACE 16 por ambos países y sus diferentes protocolos adicionales son elementos que sustentaron una retomada del principio de desarrollo socioeconómico compartido que se esbozara en el convenio laboral de 1971. La más reciente asociación de Chile al proyecto Mercosur a través del Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica firmado con el bloque regional, reforzó estas decisiones, expresadas en nuevos acuerdos e instrumentos de implementación.

Los convenios argentino-chilenos de seguridad social de 1971 y de 1996. En la misma fecha en que se firmó el convenio laboral sobre trabajadores migrantes, fue suscrito también en Antofagasta el convenio de seguridad social entre Chile y Argentina, que se encuentra vigente desde el 1º de junio de 1972.

Desde la perspectiva de los sistemas de seguridad social vigentes en uno y otro país, ambos eran simétricos: regía el sistema llamado de reparto, caracterizado por el aporte de todos los trabajadores activos a un fondo común que se destinaba a solventar las prestaciones de quienes cesaban en su actividad con la llegada de la edad prefijada para jubilarse o pensionarse. Aseguraba a los trabajadores la acumulación de los años de servicios prestados y el pago de sus prestaciones.

El principio de igualdad de trato es consagrado por el art. 5 al establecer que “los nacionales de una de las Partes Contratantes a quienes se apliquen las disposiciones de este Convenio quedarán sujetos a las mismas obligaciones y tendrán iguales derechos que los nacionales de la otra Parte.” Asimismo, el artículo 6 marca la prohibición de someter las prestaciones económicas acordadas en virtud de las disposiciones legales de una de las partes a reducciones, suspensión o extinción por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de la otra parte.

Una característica interesante del convenio de 1971, es que adhiere a un concepto de seguridad social totalizador, abarcando no sólo aquellas cuestiones que tienen que ver con la cobertura económica de los períodos de inactividad de los trabajadores, sino las que se

¹²⁹OEA/MTSS-Unidad de Migraciones Laborales. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 1992. “El funcionamiento dinámico del convenio laboral argentino-chileno”.

vinculan a la salud de los trabajadores durante su vida laboral activa. Así, en el art. 8 establece el mismo derecho a las prestaciones médicas por maternidad o enfermedad para los trabajadores chilenos en territorio argentino y argentinos en suelo chileno que los trabajadores nativos.

En 1981, Chile produce una profunda reforma en su sistema previsional y de seguridad social y en consecuencia a partir de diciembre de 1982, toda persona que iniciara su actividad laboral obligatoriamente debía incorporarse a una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP)¹³⁰.

En el caso de Argentina, en 1993 se sancionó la Ley 24241, por la cual se instituye un sistema mixto en donde se mezcla un régimen público solidario y uno de capitalización individual, administrados por la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) y la Superintendencia de Administradores de Fondos de Pensión (SAFP).

La implantación en Chile y Argentina del régimen de capitalización individual abrió la posibilidad de negociar un nuevo convenio de seguridad social que se firma en 1996 dentro de un escenario de ruptura de las redes sociales de contención y de solidaridad generacional que habían sido garantizadas, entre otros mecanismos, por el sistema previsional. El nuevo convenio aún no se encuentra activo estando pendiente su ratificación por la Argentina.

Los sistemas de seguridad social persiguen garantizar la protección cuando se producen una serie de contingencias que – en general – la mayoría de la población no puede enfrentar en forma individual y que pueden afectar el ingreso, el salario, la salud, el desempleo, o la capacitación. Estas variables, separadas o en conjunto, se vinculan en forma directa con los derechos humanos fundamentales. En este caso, el nuevo convenio tiene su alcance restringido a la cuestión previsional-jubilatoria. No obstante es importante señalar cuáles son esos alcances.

En relación a la ley aplicable, el art. 6 del convenio establece que “El trabajador estará sometido a la legislación de la Parte Contratante en que ejerza la actividad laboral, independientemente de la Parte en que tenga su domicilio o de la Parte en que el empleador tenga su sede, salvo lo dispuesto en el art. 7”. Alcanza tanto a

¹³⁰ En 1982 es sancionado en Chile el Decreto Ley 3500 que establece el sistema de capitalización individual como régimen previsional. En Argentina este régimen se instala recién en 1993.

quienes ejercen tareas en relación de dependencia como a quienes son trabajadores por cuenta propia o autónomos.¹³¹

El ámbito material de aplicación se encuentra establecido en el art. 2 del convenio bilateral, que dice que será aplicado:

Respecto de Chile se refiere a la legislación sobre: a) el nuevo sistema de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, basado en la capitalización individual; b) los regímenes de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia administrados por el Instituto de Normalización Previsional; c) los regímenes de prestaciones de salud solo para los efectos de lo dispuesto en el art. 4, párrafo 2, o sea: sólo aquellos nacionales de una Parte que residan en el territorio de la otra y reciban prestaciones por vejez, invalidez y sobrevivencia de conformidad con la legislación de esta última tendrán los mismos derechos y obligaciones que los nacionales de la misma en lo que a prestaciones médico-asistenciales se refiere.

Respecto de Argentina, está referida a la legislación sobre: a) el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, así como también a cualquier régimen que ampare las contingencias de vejez, invalidez y muerte, basado en la capitalización individual o en el sistema de reparto; b) régimen de asignaciones familiares para jubilados y pensionados que residan en Argentina; c) régimen de prestaciones médico-asistenciales para jubilados y pensionados.

El hecho de que la persona deje de residir en el territorio de una de las partes, no determinará la invalidez de la percepción de sus prestaciones en forma completa y sin reducciones en el territorio donde resida.¹³² La cláusula que posibilita la totalización (art. 9 del convenio) es especialmente importante, ya que históricamente son muchos los trabajadores, mayoritariamente chilenos en Argentina, que en años

¹³¹ El art. 7 incluye: a) los miembros de las representaciones diplomáticas y consulares que quedan amparados por su país; b) personal de vuelos de las empresas de transporte aéreo y el personal de tránsito de las empresas de transporte terrestre, sujetos a la legislación del país donde la empresa tenga su sede; c) los miembros de la tripulación de un buque que navegue bajo bandera de una de las Partes, estarán sujetos a la legislación de esa Parte; d) el funcionario público enviado por una de las Partes al territorio de la otra continuará sometido a la legislación de la primera Parte, sin límite de tiempo; e) trabajador de una de las Partes Contratantes enviado por una empresa a desempeñarse en territorio de la otra, que continuará regido por la legislación de la primera, siempre que la permanencia en el país receptor no fuera superior a 24 meses. Si por circunstancias imprevisibles, la duración del trabajo excediera dicho plazo, el trabajador podrá continuar regido por esa legislación siempre que la autoridad competente del país receptor preste su conformidad.

¹³² Sales, A. Seminario sobre “Los convenios sociales argentino-chilenos”, organizados por el CARI, la Fundación K. Adenauer y la OIM en San Carlos de Bariloche, diciembre de 1998.

pasados trabajaron y volvieron en los últimos tiempos al país. De no existir esta cláusula, muy pocos tendrían expectativas de alcanzar su jubilación.

Los principios que dan sustento a las prestaciones, y que en definitiva son los que pautan y orientan la política y la legislación son: 1) universalidad, 2) integralidad de las necesidades cubiertas, 3) eficacia en cuanto a la calidad de los servicios sociales y médicos, 4) suficiencia de las prestaciones económicas, 5) acceso rápido a los servicios y a las prestaciones económicas, 6) simplicidad, claridad y comprensión de los derechos y obligaciones de la seguridad social, y 7) la solidaridad como reflejo de la participación de toda la sociedad en el cumplimiento de los objetivos de la seguridad social.

En el escenario futuro de las relaciones bilaterales argentino-chilenas, donde la complementación económica y la integración física de ambos países hace prever un aumento de los movimientos poblacionales por motivo de empleo o trabajo entre ambos territorios, estos instrumentos serán verdaderos mecanismos de integración social de los trabajadores migrantes.

Además del convenio en etapa de promulgación firmado con Argentina, Chile tiene convenios de seguridad social con Brasil y con Uruguay, actualmente vigentes.¹³³

La República Argentina por su parte tiene convenios de seguridad social con Brasil y Uruguay, aunque su aplicación es limitada, en virtud de las asimetrías en los sistemas.¹³⁴

11.6. Los acuerdos migratorios laborales recientes

Existe otra línea de acuerdos que ha tenido un crecimiento cualitativo en los países del Cono Sur: y que están vinculados a la movilidad de personas entre los países: son los convenios bilaterales migratorios laborales que se han celebrado entre Argentina y Bolivia y Argentina y Perú, ratificados y vigentes desde 1999, y entre Argentina y Paraguay, aún pendiente de ratificación. Bolivia y Paraguay limitan con la Argentina, y – en diferentes grados – los tres países son participantes del proceso de regionalización del Mercosur.

Los instrumentos migratorios bilaterales analizados más arriba contienen dispositivos vinculados a la regularización de las migraciones entre los países firmantes y son además instrumentos de construcción de políticas migratorias. Al mismo tiempo, buscan garantizar condiciones legales de migración y de inserción en el trabajo, y asegurar los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias e incorporarlos a los sistemas previsional y tributario

¹³³ Ministerio de Trabajo de la República de Chile. 2002. Dep. de Relaciones Internacionales

¹³⁴ OISS. Convenios de Seguridad Social. 1999. Los convenios con Brasil y Uruguay son de 1980.

de los respectivos territorios. Representan un cambio importante en relación a la unilateralidad con que las cuestiones migratorias venían tratándose hasta el momento.

Los convenios entre Argentina y Bolivia, y Argentina y Perú, ratificados y aplicados en la fase regularizadora durante 1999, por diversos factores, entre ellos el alto costo, no alcanzaron el nivel de resultados esperado.¹³⁵ Es por esa razón que se han negociado protocolos adicionales al convenio original, con el objeto de facilitar las posibilidades de regularización de quienes se encuentran en territorio de alguna de las partes en condiciones no ajustadas a las normas migratorias.

En el caso del convenio argentino-boliviano, el nuevo protocolo fue ratificado por ambos países y los instrumentos intercambiados el 2 de agosto de 2002, encontrándose operativo hasta agosto de 2003. El Convenio original entre Perú y Argentina, se encuentra vigente salvo en el capítulo referido a la regularización, estando en marcha las negociaciones para firmar un protocolo adicional semejante al ya vigente entre Argentina y Bolivia.

El convenio entre Paraguay y Argentina, firmado el 5 de septiembre de 2001, incorporó en sus cláusulas los contenidos de facilitación presentes en el protocolo adicional ya ratificado en el caso de Bolivia y en curso de negociación con Perú, estando a la espera de su ratificación por parte de ambos Congresos.

Dejando de lado sus aspectos coyunturales, interesa destacar algunos ángulos más permanentes y sustantivos de los convenios. Entre otros, es importante señalar el mayor grado de compromiso de ambos países firmantes, y el hecho de que constituyen una excelente base para mejores y más profundas negociaciones en un futuro que se presentan con cada vez mayor interacción económica y social en la región.

También es importante la incorporación de elementos que desde lo programático o lo dispositivo atienden cuestiones no directamente vinculadas a lo estrictamente administrativo de los ingresos, avanzando sobre el campo sociolaboral, algunos de los cuales destacamos a continuación:

¹³⁵ Si bien Perú no es objeto de este estudio, es válida su mención, ya que los ciudadanos peruanos constituyen una corriente migratoria importante hacia el Mercosur.

- a) cláusulas que promueven acciones y medidas de cooperación entre los organismos competentes de ambos países que tienen que ver con la inspección laboral y migratoria, y la sanción a los empleadores de inmigrantes irregulares (art. 14);
- b) incorporación de la obligación de generar programas de información para los inmigrantes potenciales sobre condiciones de vida y normativa vigente en cada territorio como un elemento importante en la gestión de los movimientos de población (art. 20);
- c) presencia de un elemento de las políticas migratorias bastante ausente en las legislaciones nacionales, como es el compromiso de impulsar proyectos que favorezcan la integración de los inmigrantes y la mejora de su calidad de vida;
- d) las percepción de las regiones fronterizas como “...área prioritaria para el desarrollo de actividades conjuntas para la integración...” (art. 15) o como objeto de promoción y preferencia para el empleo en emprendimientos binacionales “... a la mano de obra local en zona de frontera...” incorporando un concepto nuevo que entiende como “local” aquella mano de obra que habita la región fronteriza de ambos territorios (art. 19).

Aparece como beneficiario del convenio el trabajador que trabaja por su cuenta, es decir sin una relación de dependencia con un empleador. Aun con las limitaciones que el propio convenio marca, en el sentido que sólo será aplicable para aquellos trabajadores cuentapropistas que se encuentren residiendo irregularmente en el territorio de una de las Partes, lo cierto es que la categoría ocupacional del cuentapropista, numéricamente importante en la estructura laboral en nuestros países, ya es una figura admitida. Esto acerca la norma migratoria a la realidad sociolaboral y se alinea con las normas internacionales. Esta inclusión converge con la posición de la Comisión de Expertos de la OIT, que en su Estudio General de 1998, consideraba que no contemplar esta categoría de trabajadores, así como la de trabajadores del sector informal o marginal, es anacrónico ya que hoy son muchos los migrantes autónomos, regulares o no, que quedan desprotegidos.

Los protocolos adicionales ofrecen – en relación al régimen original – mejores condiciones para la regularización, porque la residencia temporaria será otorgada por un plazo de tres años, quedando entonces el inmigrante en condiciones de solicitar la residencia permanente, con un solo pago de la tasa migratoria al iniciar el trámite. El régimen del convenio fijaba una primera residencia temporaria por seis meses, renovable anualmente hasta cumplir los tres años, que implicaba también un costo mayor, ya que debía pagarse la tasa migratoria en cada renovación.

Otras ventajas tienen que ver con: a) la simplificación del trámite de radicación para padres, cónyuge e hijos menores de 21 años o discapacitados del titular; b) los hijos menores de 16

años no pagan tasa si realizan el trámite conjuntamente con el titular; c) exención de pago de tasas por probada situación de indigencia y validez de los documentos emitidos por la autoridad consular del país emisor en el país receptor, sin otra legalización; d) validez de la documentación de aquellos que se hubiera acogido al convenio original aun sin haber cumplido todas las etapas de regularización previstas en el mismo; e) vigencia mayor del protocolo, que será de 365 días en lugar de los 180 fijados en el régimen original. Estos cambios producidos en los protocolos adicionales, buscan subsanar algunas de las dificultades mostradas por el convenio original en su etapa de aplicación que hizo que el número de regularizaciones no fuera significativa.

Otros convenios, no específicamente migratorio-laborales, pero que pueden impactar en el tratamiento del trabajo no nacional, son los referidos a actividades desarrolladas en zonas fronterizas.

A título de ejemplo, podemos decir que el Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y Argentina cuenta con varios protocolos adicionales. El Protocolo N° 3 contiene disposiciones sobre cooperación e integración minera fronteriza. En la letra del acuerdo, el intercambio de información científico-técnica debe posibilitar el desarrollo de proyectos conjuntos de exploración y explotación de recursos mineros en las zonas fronterizas de ambos países. Para obtener los fines buscados de investigación, exploración y explotación coinciden en promover la adquisición de equipamientos y servicios mineros, así como facilitar el tránsito de los mismos y del personal adecuado a través de la frontera (Pérez Vichich, 2001).

Bolivia y Argentina han ratificado en 1988 un acuerdo para el establecimiento de un programa binacional de desarrollo fronterizo y en 1998 el acuerdo complementario al acuerdo para el aprovechamiento múltiple de los Recursos de la Alta Cuenca del Río Bermejo y del Río Grande de Tarija (Bogado-Poisson, 2002).

La historia de las políticas migratorias internacionales en los países estudiados muestra que en los últimos años vienen definiéndose trabajosamente nuevos parámetros para la formulación de las políticas migratorias, marcados por una doble determinación: una de ellas tiene por núcleo la modificación en las relaciones entre capital y el trabajo, y sus consecuencias sobre las condiciones laborales, el empleo, la seguridad social y especialmente sobre la movilidad internacional de trabajadores. La otra se relaciona con las transformaciones en el escenario en que se procesan esas relaciones: la nueva manera en que se definen las relaciones internacionales de la última década; la mundialización de las economías; el proceso de integración del Mercosur; la influencia de los organismos internacionales; los nuevos puntos de agenda internacional sobre la migración y el cambio en el rol del Estado.

Argentina, que fue tradicionalmente receptor de migraciones, hoy tiene una importante cantidad de sus ciudadanos emigrados o por emigrar. Chile y Bolivia, históricamente emisores, reciben corrientes migratorias nuevas e impensadas en décadas anteriores. Estos cambios de direccionalidad en los flujos migratorios han forzado a los países del grupo a situarse en el lugar del otro y asumir posiciones menos rígidas en relación a los migrantes y las migraciones.

Es posible identificar hoy en las nuevas legislaciones nacionales de Argentina, Bolivia y Chile – algunas vigentes, otras sólo proyectadas –, la incorporación de elementos de estrategia política que se apartan de la gestión restrictiva clásica de la cuestión y que apuntan a facilitar la regularización migratoria y la inserción laboral de los trabajadores migrantes, su inclusión en los regímenes de seguridad social y tributarios y su integración a la sociedad de acogida.

Esos elementos se manifiestan mucho más claramente en los instrumentos de regulación bi o multilaterales en donde se establecen compromisos y responsabilidades compartidas entre los países de emisión y de recepción que contribuyen a generar nuevos encuadres normativos para la movilidad laboral entre los territorios.

No ha sido ajena a estos cambios la permanente acción de los organismos internacionales. En el caso de la OIT desde hace muchos años promueve normas y acciones dirigidas al cumplimiento de los principios de igualdad de trato y de oportunidades, parte sustantiva en la erradicación de la discriminación laboral de los migrantes externos. Una nueva instancia de pronunciamiento de la OIT, ha sido la III Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, que se ha consolidado como un foro permanente de coordinación, consulta y desarrollo de políticas migratorias regionales para América del Sur, con el objetivo prioritario de dar tratamiento integral a la temática migratoria.

En el Plan de Acción aprobado por la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, la formulación de “lineamientos coordinados de protección de los derechos fundamentales de los migrantes sudamericanos a nivel mundial, especialmente en materia de seguridad social, garantías laborales y apoyos consulares recíprocos” tiene un lugar destacado junto a los derechos humanos fundamentales.¹³⁶

¹³⁶ III Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. Quito. 15 y 16 de agosto de 2002. Declaración Final.