



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho Constitucional**

**“Derechos fundamentales de los trabajadores
migratorios fronterizos de Tacna-Arica”**

**Tesis para optar el grado académico de Magíster en
Derecho Constitucional que presenta:**

César Augusto Torres Acuña

Miembros del Jurado:

Enrique Bernales Ballesteros (Asesor)

César Landa Arroyo

Javier Neves Mujica

Lima - 2014



Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN 4

Capítulo I:

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA PERÚ- CHILE 13

- I.1 Libertad y dignidad humana como bases del discurso de los derechos humanos bajo el auspicio de las Naciones Unidas..... 14
- I.2 Migración y desarrollo: economía, desarrollo y dinámicas sociales en la frontera sur peruana –Tacna 29
- I.3 Derechos humanos y migración: estableciendo las principales vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores fronterizos en Tacna-Arica. 39

CONCLUSIÓN 49

Capítulo II:

MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS 52

- 2.1 Normas de protección a los trabajadores migratorios..... 54
 - 2.1.1 Normas de carácter general 54
 - 2.1.2 Normas de carácter particular 61
- Convenios 97 y 143 de la OIT 61
- La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y su Familiares. 65
- Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social 72
- Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002)..... 73
- Acuerdos bilaterales con Chile 74

2.2. Alcance de los derechos humanos: el caso de los trabajadores migratorios fronterizos y los migrantes irregulares.....	77
2.2.1 Trabajadores Migratorios Fronterizos.....	77
2.2.2 Los derechos laborales fundamentales de los migrantes en condición migratoria irregular.	84
2.3 Tendencias actuales de la jurisprudencia a nivel nacional e internacional: la igualdad de trato y oportunidades	92
CONCLUSIÓN.....	99
Capítulo III:	
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS FRONTERIZOS DE TACNA/ARICA.....	102
3.1 Los derechos sociales y económicos en la Constitución de 1979 y 1993	104
3.1.1 La Familia.....	107
3.1.2 Educación	110
3.1.3 Del Trabajo.....	112
3.1.4 De la seguridad social, salud y bienestar	114
3.2 Derecho Fundamental al Trabajo de los Trabajadores Migratorios Fronterizos	124
3.3 Gestión fronteriza y protección de derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos.....	143
CONCLUSIÓN.....	152
CONCLUSIONES GENERALES	155
Referencias bibliográficas:	162

INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio está reconfigurando el escenario internacional y genera importantes desafíos para los Estados, quienes deben asegurar el respeto de los derechos fundamentales de todas las personas independientemente del país de origen. Los grandes flujos migratorios hacia Europa, Asia y Estados Unidos de Norte América se han mantenido a pesar de la crisis económica que vienen afrontando y, al mismo tiempo, se está consolidado el flujo migratorio intrarregional en América Latina. Un factor clave para entender el fenómeno de la movilidad humana está relacionado a la búsqueda de mejores condiciones de vida; en este sentido, la búsqueda de trabajo mejor remunerado sigue siendo la causa principal para dejar el país de origen y cruzar las fronteras; sin embargo, debemos precisar que las redes sociales y familiares posibilitan grandemente el desplazamiento y la inserción en los países de destino.

En el caso peruano, en las últimas décadas, se ha pasado de ser un país receptor de inmigrantes a ser uno de los principales países emisores de la región. Como país emisor no ha tenido urgencia en asumir, política y jurídicamente, este importante fenómeno migratorio

que está transformando las dinámicas sociales, familiares y culturales en gran parte de su población; sin embargo, la movilidad constante de ciudadanos peruanos a países vecinos de la región comienza a exigir la definición de políticas públicas migratorias acordes con los marcos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos de las personas migrantes, así como la mejora de la gestión fronteriza y la promoción de convenios bilaterales o regionales que permitan garantizar la protección de los derechos humanos de sus conciudadanos, especialmente de aquellas personas que trabajan fuera de las fronteras nacionales pero que conservan su residencia en territorio peruano.

Debemos precisar que Perú es un país con fuerte realidad migratoria, tanto interna como internacional. La migración interna es un fenómeno antiguo que favorece la reconfiguración de identidades sociales y patrones culturales en las diferentes regionales del país. Debido al desequilibrio económico y la falta de oportunidades, la migración se ha dirigido de las zonas rurales a las zonas urbanas, principalmente hacia las capitales de región y hacia Lima, la capital del país. Según el Censo de Población efectuado en el 2007 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la población se concentra principalmente en las zonas urbanas –el 76% de los habitantes del país viven en ciudades-, y principalmente en Lima metropolitana –cerca de 31% de la población vive en Lima.

Respecto a la migración internacional, según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la Dirección General de Migraciones y Naturalización (DIGEMIN) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), en el 2010 el total de migrantes a nivel mundial fue estimado en 214 millones. Perú forma parte de esta dinámica migratoria internacional; se estima que 3,5 millones de peruanos emigraron fuera del país, de ellos 2,4 millones lo hicieron en los últimos veinte años; cerca de 75% de emigrantes tiene entre 19 y 49 años. (OIM 2012).

En el período 1990-2011 se estima que 2 444 634 peruanos emigraron, esta cifra representa el 8,2% del total de habitantes. Según el informe de la OIM, siete países concentran el 90% de emigrantes peruanos: Estados Unidos 31,5%, España 16,0%, Argentina 14,3%, Italia 10,1%, Chile 8,8%, Japón 4,1% y Venezuela 3,8%. Alemania, Brasil, Canadá y Francia aparecen como nuevos destinos en los últimos años. Cabe señalar, sin embargo, que en año 2010–2011, la emigración ha disminuido en -4,9% y -14,1% respectivamente (OIM 2012:31). Asimismo, “de acuerdo a la información registrada, se encuentra que Chile lidera la lista de los países de primer destino que declaran los emigrantes peruanos, representando el 29,0%, seguido por Estados Unidos de América (16,3%). En tercer lugar se encuentra Bolivia (16,1%), luego Ecuador (12,6%) y, en quinto lugar, España (8,2%)” (OIM 2012: 20).

Los índices por departamento colocan a Lima Metropolitana como la principal expulsora de migrantes al exterior. De todas las personas que emigraron entre 1990 a 2011, el 55% provienen del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao (OIM 2012:33). Sin embargo, otras regiones importantes por su posición geopolítica, como la zona fronteriza con Chile han aportado de manera significativa a este proceso.

Según la OIM, el punto de salida más importante es el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, ubicado en la Provincia Constitucional del Callao, con un 44,3%. “El segundo punto de control migratorio en importancia a través del cual emigran los peruanos al exterior es el puesto de control fronterizo de Santa Rosa de Tacna con un 26,9% del total de emigrantes” (OIM 2012: 17). Esto convierte a la zona norte de Chile en un ámbito territorial de paso, de permanencia y de trabajo para muchas personas migrantes.

Es preciso indicar que la región fronteriza de Tacna está caracterizada por una compleja realidad social y cultural, con fuerte movilidad migratoria a nivel interno, especialmente de la sierra hacia la ciudad de Tacna; e internacional, hacia el vecino país del sur. Los motivos para la migración son básicamente económicos, según se aprecia de la estratificación socioeconómica de los hogares con migrantes y/o que reciben remesas, realizada por el INEI. Según ésta, el 63,2% del total de estos hogares pertenecen a los estratos C (29,3%) y D

(33,9%), es decir en su mayor proporción provienen de las clases medias y medio-bajas.

La dinámica migratoria en la frontera Tacna–Arica dinamiza el espacio fronterizo y desafía a pensar los procesos de integración regional desde la perspectiva del respeto a la dignidad humana y no solo desde una perspectiva patrimonial. La circulación de bienes y personas deben ser pensados como parte de un proceso de integración regional que involucra aspectos sociales, culturales y económicos. En este sentido, el marco normativo se ve desafiado a responder a realidades complejas, como es el caso de los trabajadores migratorios fronterizos, respetando los derechos fundamentales de toda persona que habita en el territorio y favoreciendo procesos de integración que permitan desarrollar sociedades interculturales basadas en el respeto a la persona humana. Las oportunidades que ofrece este espacio fronterizo son enormes, no solo para potenciar las dinámicas económicas, sino principalmente para desarrollar espacios de integración regional donde toda persona pueda desarrollarse integralmente tanto a nivel personal como familiar.

Uno de los actores claves en este proceso de integración regional son los trabajadores migratorios fronterizos, que no responden a la categoría tradicional de migración en cuanto se trata de personas que conservan su residencia habitual en un país diferente al del lugar

donde desarrollan sus actividades laborales. Estos trabajadores favorecen la generación y el desarrollo de nuevas dinámicas en la zona fronteriza, tanto a nivel familiar, social, cultural e incluso a nivel político. Se convierten en una especie de “puentes” que conectan espacios geográficos diferenciados; transgreden la noción geográfica de frontera y hacen emerger nuevas fronteras sociales, culturales, económicas. Estas nuevas “fronteras” ponen en evidencia tensiones latentes en ambos países y terminan explicitando la vulnerabilidad de los trabajadores migratorios y la subsecuente violación de sus derechos laborales fundamentales. Sin embargo, los marcos jurídicos existentes, tanto en Perú como en Chile, no terminan de comprender el fenómeno migratorio de los trabajadores fronterizos, y se les termina confundiendo con los trabajadores migratorios por temporadas. Esta confusión genera políticas públicas migratorias que prolongan la vulnerabilidad de estas personas, favoreciéndose la vulneración de sus derechos. Esta situación nos permite afirmar que, en la actualidad, existe una desprotección de los trabajadores migratorios fronterizos, especialmente de la frontera Tacna-Arica, debido a la ausencia de una correcta adecuación de la normativa nacional, o de acuerdos bilaterales entre Perú y Chile en materia migratoria laboral, que se acomode a lo establecido en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus familiares, situación que demanda profundizar en el análisis de esta realidad que está afectando a

muchos trabajadores migratorios y que genera un impacto negativo para las relaciones bilaterales de Perú y Chile. Es precisamente esta problemática la que se intenta abordar en el presente trabajo.

El desarrollo de la tesis se realizará en tres capítulos: el primer capítulo, *migración y derechos humanos en la frontera Perú-Chile*, persigue identificar la situación de los trabajadores migratorios fronterizos en Tacna-Arica, lo cual permitirá establecer los principales derechos fundamentales vulnerados de estas personas y la necesidad de generar mecanismos eficaces de protección. Para ello, en un primer momento, abordamos el marco general de los derechos humanos enfatizando la visión de libertad y autonomía basada en un entendimiento integral del ser humano, individual y social, que nos ayuda a situar la problemática de vulneración de los derechos de los trabajadores migratorios fronterizos; luego, partiendo de las características de la región de Tacna, planteamos la relación entre migración y desarrollo estableciendo los principales causas para la migración fronteriza y, finalmente, analizamos la situación laboral de los trabajadores fronterizos en Tacna y Arica, identificando los principales derechos fundamentales vulnerados.

El segundo capítulo, *marco normativo de protección de los trabajadores migratorios*, persigue realizar un diagnóstico de las políticas públicas migratorias adoptadas por el Estado peruano, lo cual permitirá establecer las deficiencias del marco normativo en materia

migratoria y la necesidad de adecuar dicho marco a las normas internacionales de derechos humanos, especialmente a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Revisamos, primeramente, el marco general de protección de los derechos humanos aplicables a los migrantes y el marco jurídico destinado a proteger directamente los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familiares; dicho análisis incluye tanto el marco de sistema interamericano como los acuerdos bilaterales firmados entre Perú y Chile respecto a la movilidad de personas. Luego, apoyados en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH), nos interrogamos sobre la aplicabilidad de este marco normativo a las personas con estatus migratorio irregular, en especial a lo que concierne a la igualdad de trato y oportunidades. Y, finalmente, analizamos las tendencias actuales de la jurisprudencia a nivel nacional e internacional respecto a los derechos fundamentales aplicables a los trabajadores migratorios fronterizos tratando de visualizar las principales vulneraciones existentes, en orden a encontrar mecanismos adecuados de protección.

En el tercer capítulo, *derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos de Tacna–Arica*, partimos de la consideración que los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos guardan relación con los derechos fundamentales reconocidos a las personas de manera general, y a los trabajadores

migratorios en particular; en este sentido, analizamos la aproximación que han tenido las dos últimas constituciones peruanas respecto a los derechos denominados sociales y económicos, enfatizando su carácter de derechos fundamentales, a pesar que el vigente texto constitucional peruano los ubica en una sección diferente a la de los derechos fundamentales de la personas. Luego, analizamos el derecho al trabajo propiamente dicho desde una mirada de los derechos de los trabajadores migratorios fronterizos, teniendo en cuenta que el marco jurídico laboral nacional se aplica también a los trabajadores extranjeros. Finalmente, tomando en consideración aspectos sociales y culturales, así como la gestión fronteriza y los procesos de integración de las zonas fronterizas, reflexionamos sobre el acceso a la justicia como una de las posibilidades que puede garantizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos.

Capítulo I:

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS EN LA FRONTERA PERÚ-CHILE

La movilidad de personas a través de la frontera sur refleja una realidad migratoria que integra aspectos sociales, económicos y culturales que contribuyen a dinamizar la integración regional, generando nuevas dinámicas culturales y familiares. Estas dinámicas de integración, que benefician particularmente a las zonas fronterizas de la región de Tacna, en Perú, y la región de Arica y Parinacota, en Chile, encuentran su principal obstáculo en las violaciones constantes a los derechos fundamentales de las personas migrantes, especialmente de los trabajadores migratorios fronterizos, quienes lejos de hacer respetar sus derechos optan por el silencio y la aceptación de condiciones laborales que no garantizan un trabajo digno que asegure su realización personal y familiar.

En este primer capítulo, se pretende identificar la situación de los trabajadores migratorios fronterizos en Tacna-Arica, lo cual permitirá identificar las principales vulneraciones de sus derechos fundamentales y establecer la necesidad de generar mecanismos eficaces de protección. Para ello, en un primer momento, abordamos el marco general de los derechos humanos enfatizando la visión de libertad y autonomía basada

en un entendimiento integral del ser humano, individual y social, que nos ayuda a situar la problemática de vulneración de los derechos de los trabajadores migratorios fronterizos; luego, partiendo de las características de la región de Tacna, planteamos la relación entre migración y desarrollo estableciendo los principales causas para la migración fronteriza y, finalmente, analizaremos la situación laboral de los trabajadores fronterizos en Tacna y Arica, identificando los principales derechos fundamentales vulnerados.

I.1 Libertad y dignidad humana como bases del discurso de los derechos humanos bajo el auspicio de las Naciones Unidas¹

Las sociedades contemporáneas experimentan un incremento de las demandas de reconocimiento y autonomía por parte de individuos y sujetos colectivos que estuvieron tradicionalmente marginados en el ordenamiento jurídico nacional. Analizaremos el paradigma de los derechos humanos expresado en la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. El objetivo de este análisis será mostrar, que si bien la Declaración incorpora una visión de libertad y autonomía basada en un entendimiento integral del ser humano, individual y social, posteriores estrategias políticas y juegos de poder en el orden internacional propiciaron la consolidación de un paradigma individualista de los derechos humanos, el mismo que fue incorporándose paulatinamente en los marcos constitucionales nacionales guiados por el

¹ En algunos casos, he realizado la traducción de las citas del inglés al español, motivo por el cual incluiré la versión en su idioma original como nota a pie de página.

principio de soberanía nacional, lo cual, en el contexto actual de incremento de las migraciones internacionales, se convierte en una de las principales barreras para hacer efectivo el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas independientemente de su calidad migratoria.

La búsqueda de principios universales que guían las acciones humanas ha estado presente a través de toda la historia humana, sin embargo ésta sólo alcanzó su máxima expresión en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948, cuando la comunidad internacional tomó conciencia de la universalidad de dichos derechos y consensuó posiciones disímiles con el propósito de proteger al mundo de la comisión de actos deshumanizantes que ponían en peligro la libertad y dignidad humana. En este sentido, la Declaración puede ser concebida como el punto de partida que instituye estándares universales destinados a guiar las relaciones internacionales después de la segunda guerra mundial.

Las Naciones Unidas, en dicha Declaración, asume el lenguaje de los derechos humanos fundado en los principios de libertad y dignidad humana, los mismos que trascienden las fronteras nacionales. Estos derechos, al ser concebidos como un conjunto de principios universales, están orientados a guiar la acción individual y colectiva. En este sentido, se encuentran garantizados por la regla del derecho y el consenso de la comunidad internacional; hecho que nos permite afirmar que el lenguaje de los derechos humanos propuesto por la Declaración proporciona un

marco de orientación para las decisiones políticas, nacionales e internacionales, desde el cual las estrategias políticas y los principios éticos puedan integrarse.

El terror impuesto por la segunda guerra mundial desafió a las grandes naciones a encontrar la forma de evitar, en el futuro, la comisión de horrendos crímenes contra la humanidad. En el contexto de postguerra, el reconocimiento de la necesidad de establecer una institución internacional más eficiente y convincente que la Liga de las Naciones era unánimemente compartida por todos. Este consenso permitió definir el propósito principal de las Naciones Unidas (ONU), a saber, el establecimiento y mantenimiento de la seguridad colectiva en los años posteriores a la guerra. Así, mientras las naciones centraban su atención en esta nueva organización internacional y las nuevas formas de reglar las relaciones internacionales, el proyecto de definir instrumentos internacionales de derechos humanos se mantuvo periférico a los planes de las nuevas potencias mundiales. Sin embargo, a pesar que la promoción de los derechos humanos no fue la principal preocupación de la recién creada Naciones Unidas, ésta se convirtió con el transcurso del tiempo en la piedra fundamental del sistema legal mundial. De hecho, el ambicioso proyecto de la declaración universal, que apunta a evitar actos horrendos que amenazan la libertad y dignidad humana en el mundo, complementa y mejora ostensiblemente el objetivo de las Naciones Unidas poniendo en el centro el respeto a la libertad y dignidad humana. De esta manera, la seguridad colectiva y el mantenimiento de la paz en el

mundo implicaban una responsabilidad fundamental, a saber, prevenir la violación de derechos humanos.

La Declaración adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1948 reconoce la dignidad humana, la libertad y la igualdad como los fundamentos de los derechos humanos. El preámbulo subraya que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (ONU, 1948). Y, en su artículo 1° proclama, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (ONU, 1948). Empleando este lenguaje de derechos “el individuo se constituye en sujeto de derecho internacional en consideración a su vida y libertad” (Glendon 2001: 96). Mary Ann Glendon remarca este aspecto:

Como otros documentos de la misma especie, la Declaración recoge las ideas asociadas con la libertad y el constitucionalismo, y las orienta hacia un compromiso sólido con la justicia social. Como éstos, incorpora una visión de libertad basada en un entendimiento integral del ser humano: individual y social al mismo tiempo. Y, funda su legitimidad en las características fundamentales de la naturaleza humana: la dignidad humana es asumida como “intrínseca”; el ser humano es catalogado como nacido en “libertad e igualdad” y “dotado” de razón y conciencia (2001: 175).²

²“Like other members of this family, the Declaration joins ideas associated with liberty-based constitutionalism to a strong commitment to social justice. Like them, it embodies a vision of ordered liberty, grounded in an understanding of human beings as both individual and social. And like them, it traces its legitimacy to fundamental characteristics of human nature: human dignity is said to be ‘inherent’; human beings are said to be ‘born’ free and equal and ‘endowed’ with reason and conscience.”

Aquellos que participaron en la elaboración de la Declaración tuvieron cuidado de vincular libertad y solidaridad de tal manera que todo intento de separar estos aspectos deterioraría el proyecto de los derechos humanos. Glendon, en su libro *A World Made New*, en el cual analiza la larga lucha de la humanidad por la libertad, afirma que “la Declaración Universal recogió la sabiduría de aquellas otras declaraciones que la antecedieron, reflejando con ello la creciente convicción moderna de las libertades fundamentales, incluida la libertad del temor y la miseria, que no pueden ser condicionados a origen nacional, clase, raza, o sexo” (2001: 173).³ Y agrega, “leída debidamente, a saber, como un todo, [la Declaración] es un documento integral que reposa sobre un concepto de la dignidad de la persona dentro de la familia humana. En sustancia, tanto como en su forma, es una Declaración de interdependencia – interdependencia de personas, naciones, y derechos” (2001: 174).⁴

El trabajo arduo por elaborar un documento integral demandó un especial cuidado en evitar que la Declaración aparezca demasiado individualista. Esta tarea llevó a los miembros de la Comisión de redacción a incluir “*deben comportarse fraternalmente los unos a los otros*” en el primer artículo de la Declaración. Pero, la búsqueda de un equilibrio razonable no pudo evitar las tensiones suscitadas por la diversidad de procedencias e ideologías de los miembros de la Comisión que desembocaba en una

³ “The Universal Declaration harvested the wisdom of these and other declarations, but it reflected the growing modern conviction that fundamental freedoms included ‘freedom from want’ and that these freedoms must not be conditioned on membership in a particular nation, class, race, or gender.”

⁴ “When read as it was meant to be, namely as a whole, [the Declaration] is an integrated document that rests on a concept of the dignity of the human person within the human family. In substance, as well as in form, it is a declaration of interdependence – interdependence of people, nations, and rights.”

diversidad de modos de entender y enfocar los derechos humanos. Las aproximaciones disimiles en el seno de la Comisión obedecían en muchos casos a una defensa de los intereses políticos e ideológicos de los países a los cuales representaban sus integrantes. Glendon, describiendo el debate concerniente al individuo y la sociedad que había polarizado a los miembros de la Comisión de Derechos Humanos, señala que el representante de la Unión Soviética se opuso a la propuesta de Malik, representante del Líbano, quien había sugerido cuatro principios que debían guiar el trabajo de la Comisión.

Primero, la persona humana es más importante que cualquier grupo nacional o cultural al cual pertenezca. Segundo, las posesiones más sagradas e inviolables de la persona humana son su pensamiento y su conciencia. Tercero, es inaceptable toda presión procedente del Estado, Iglesia, o de cualquier otro grupo, sobre la voluntad humana. Cuarto, dado que tanto grupos como individuos pueden tener razón o equivocarse, la libertad de conciencia individual debe ser suprema (2001:40).⁵

Como se dijo, el representante de la Unión Soviética se opuso a estas directrices e hizo un llamado a la Comisión a entender los derechos de los individuos en relación a las obligaciones del individuo para con la sociedad, enfatizando que nadie puede separar el individuo de su sociedad. De acuerdo a Glendon, esta discusión llevó a Mrs. Roosevelt, jefa de la Comisión, a señalar que “los derechos de los individuos son sumamente importantes. No es exacto que uno pueda separar al individuo

⁵ “First, the human person is more important than any national or cultural group to which he may belong. Second, a person’s mind and conscience are his most sacred and inviolable possessions. Third, any pressure from the state, church, or any other group aimed at coercing consent is unacceptable. Fourth, since groups, as well as individuals, may be right or wrong, the individual’s freedom of conscience must be supreme”.

de su sociedad, sin embargo, es preciso reconocer que en toda sociedad el individuo debe tener derechos que le son protegidos” (2001:40).⁶

Esta anécdota narrada por Glendon deja ver al menos dos maneras diferentes de enfocar los derechos humanos. Por un lado, una concepción basada en una filosofía de corte liberal individualista que busca proteger los derechos humanos del individuo en cuanto ente particular; por otro, una concepción colectivista que enfatiza el rol del estado como garante de los derechos humanos, con el riesgo de anular la particularidad del individuo en beneficio de una colectividad abstracta. Es preciso señalar que estas dos formas de concebir los derechos humanos no son del todo caprichosas sino que están basadas en los antecedentes culturales desde donde se moldean las maneras de concebir al ser humano y desde donde se estructura las instituciones fundamentales de la sociedad. Al respecto Glendon afirma,

Desde el comienzo, el lenguaje se ramificó en dos dialectos. Uno, influenciado por los pensadores de la Europa continental, especialmente Rousseau, tuvo más espacio para la igualdad y ‘fraternidad’ y equilibraba derechos con obligaciones y límites. Este dialecto otorgaba al Estado un rol positivo de garante de derechos y protector del necesitado (...) Esto se explica por cómo al final del siglo XIX y comienzos del siglo XX, los socialistas de Europa continental y los partidos de la Democracia Cristiana habían reaccionado al duro efecto de la industrialización, aquellos principios paternalistas evolucionaron y devinieron derechos económicos y sociales.

El dialecto Anglo-Americano del lenguaje de derecho enfatizó la libertad e iniciativa individual más que la igualdad y la solidaridad social y estuvo infundido de una gran desconfianza al gobierno.

⁶ “The rights of the individual are extremely important. It is not exactly that you set the individual apart from his society, but you recognize that within any society the individual must have rights that are guarded.”

Las diferencias entre las dos tradiciones fue principalmente de grado y énfasis, pero su espíritu penetró cada rincón de sus respectivas sociedades (2001: xvii).⁷

En la redacción del documento final se optó por proteger la libertad fundamental del ser humano. Como Glendon sostiene, “Los artículos propuestos por Cassin para la parte introductoria (los cuales fueron adoptados por la Declaración) tomaron posición contra los extremos del individualismo capitalista y el colectivismo socialista” (2001:68).⁸ De hecho, el Preámbulo de la Declaración afirma derechos iguales para cada miembro de la familia humana y asume conceptos de hombre y sociedad que no obedecen a una filosofía individualista ni colectivista.

La Asamblea General *proclama la presente* Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción. (ONU, 1948).

Esto está en concordancia con la aspiración más elevada del hombre, de acuerdo a la Declaración, “el advenimiento de un mundo en que los seres

⁷ “From the outset, that language branched into two dialects. One, influenced by continental European thinkers, especially Rousseau, had more room for equality and ‘fraternity’ and tempered rights with duties and limits. It cast the state in a positive light as guarantor of rights and protector of the needy. ... In the late nineteenth and early twentieth century, as continental European Socialist and Christian Democratic parties reacted to the harsh effects of industrialization, these paternalistic principles evolved into social and economic rights.

The Anglo-American dialect of rights language emphasized individual liberty and initiative more than equality or social solidarity and was infused with a greater mistrust of government. The differences between the two traditions were mainly of degree and emphasis, but their spirit penetrated every corner of their respective societies”.

⁸ “Cassin’s introductory articles (and the Declaration as ultimately adopted) did implicitly take sides against the extremes of capitalist individualism and socialist collectivism.”

humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias” (ONU, 1948).

Esta equilibrada concepción de derechos adoptada por la Declaración, desafortunadamente, fue menoscabada por la misma Comisión de Derechos Humanos cuyos miembros propusieron trabajar en diversos documentos a fin de hacer frente al problema de implementación de derechos reconocidos por la Declaración. Ante la pregunta acerca de cómo estos derechos pueden ser legalmente exigidos, la Declaración guarda silencio y aparece como una simple declaración de buena voluntad sin fuerza legal. Glendon explica esto en los siguientes términos, “una *declaración* de la Asamblea General de las Naciones Unidas toma la forma de una resolución que, como una resolución del Congreso, no tiene fuerza legal por sí misma. Pactos, convenios y tratados (términos más o menos intercambiables) son acuerdos a través de las cuales las naciones asumen voluntariamente obligaciones legales” (2001:84).⁹

La disputa acerca de si se debía conferir fuerza legal a la Declaración reveló asimismo las asimetrías existentes entre las naciones pequeñas y las poderosas. En este sentido Glendon comenta, “La prosecución de las estrategias adoptadas por los Estados Unidos y el bloque de la Unión Soviética para evitar o posponer todo compromiso legal producía una

⁹ “A *declaration* by the U.N. General Assembly takes the form of a resolution that, like a congressional resolution, has no legal force of its own. *Covenants, conventions, and treaties* (more or less interchangeable terms) are agreements by which nations undertake legally binding obligations”

aparición de acuerdo Este-Oeste” (2001:84).¹⁰ En orden de superar los obstáculos levantados por algunos de los países influyentes, la Comisión “decidió proceder en tres frentes simultáneamente, trabajando hacia la preparación de una Declaración, un Pacto y medidas de implementación” (2001:86).¹¹ Glendon explica esto en los siguientes términos:

Bogolov [representante de la Unión Soviética], al acusar a los Estados Unidos de querer una Declaración que fuera en lo posible ‘breve y sin contenido’, tenía razón a medias, pero sólo a medias. Eleanor Roosevelt quiso que la declaración fuera concisa y supo que habría un problema interno con su implementación. Ella, sin embargo, no miró la Declaración como un gesto vacío. En una reunión de Junio con los oficiales del Departamento de Estado, demostró que su pensamiento estaba adelantado para su tiempo. Lo ‘esencial en nuestros días para la propuesta de los derechos humanos’, dijo, era ‘asegurar su publicidad’ en casos de violaciones serias. Ella fue una de las primeras en darse cuenta que incluso una Declaración no vinculante podría gratuitamente ayudar a dicha estrategia (2001:88).¹²

La idea de trabajar en un Pacto en orden a hacer la Declaración legalmente exigible fue una idea inteligente para superar la discusión, pero esta suerte inicial se ensombrece cuando la Asamblea General, en su sesión de otoño de 1951, adopta la decisión de trabajar en dos pactos separadamente, uno sobre derechos civiles y políticos, y otro sobre derechos sociales y económicos. Estos pactos de derechos humanos fueron completados en 1966, pero tuvieron que transcurrir otros diez años

¹⁰ “The pursuit by the United States and the Soviet Union bloc of strategies to avoid or postpone any legal commitments produced an appearance of East-West accord.”

¹¹ “Decided to proceed along all three lines simultaneously, working toward the preparation of a Declaration, a Covenant, and measures of implementation.”

¹² “Bogolov [representative of the Soviet Union], in charging that the United States wanted a Declaration that was as ‘short and empty as possible’, was half-right, but only half-right. Eleanor Roosevelt wanted the Declaration to be concise and knew that there would be a problem domestically with implementation. She did not, however, regard the Declaration as an empty gesture. In a June meeting with State Department officials, she showed her thinking to be far ahead of her time. The ‘essential in present day consideration of human rights,’ she said, was ‘to secure publicity’ in cases of serious violations. She was one of the first people to realize that even a nonbinding Declaration would greatly aid that strategy”.

para alcanzar el número suficiente de ratificaciones para entrar en efecto (2001: 213).¹³

Ciertamente, la adopción de dos pactos por separados menoscabó la integridad de la Declaración, y esto abrió la puerta a interpretaciones y apropiaciones fragmentarias de la Declaración que obedecen a intereses políticos:

En términos prácticos el cambio tenía sentido, pero separar las libertades civiles y políticas de los derechos económicos y sociales tuvo un alto costo: socavó el mensaje de la Declaración de que un conjunto de valores no podría resistir por mucho tiempo sin el otro. Esto sugirió un repliegue de la propuesta inicial, que el mejoramiento de estándar de vida no puede ser realizado sin libertad, y que esta libertad es amenazada por las condiciones de vida deshumanizantes (2001:202).¹⁴

B. Boutros-Ghali, en su introducción a *The United Nations and Human Rights 1945-1995*, sostiene que “desde 1948 en adelante, el surgimiento de grandes tensiones, y, en particular, la Guerra Fría, produjo una fuerte politización en alguna de las discusiones de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y, esto condujo a cierta inercia” (1995: 8).¹⁵

En efecto, durante la guerra fría, el énfasis en la libertad individual de la política pública de los Estados Unidos estaba dirigido a contener la

¹³ Glendon escribe, “It was then 1976 ... a full twenty-eight years after the adoption of the Universal Declaration. The United States did not ratify the Covenant on Civil and Political Rights until 1992, and then only with a brace of reservations to ensure it would have little or no domestic effect. As of 2000, the United States has signed, but still not ratified, the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”

¹⁴ “In practical terms the move made sense, but separating the political/civil liberties from the social/economic rights had a heavy cost: it undercut the Declaration’s message that one set of values could not long endure without the other. It suggested a retreat from the proposition that a better standard of living cannot be accomplished without larger freedom, and that freedom is threatened by dehumanizing living conditions”.

¹⁵ “From 1948 on, the reappearance of major tensions, and, in particular, the cold war, led to the strong politicization of some United Nations discussions of human rights and to a certain inertia.”

expansión de la Unión Soviética, la cual, a su turno, enfatizó las responsabilidades del estado con el propósito de justificar sus políticas arbitrarias.

Los Estados Unidos y la Unión Soviética no resistieron al placer de tratar a la Declaración como un arsenal de arma política: cada uno tiró de sus provisiones favoritas fuera de contexto e ignoró el resto. Aquello que empezó como mera conveniencia devino en hábito, hasta que se perdió el sentido de un cuerpo integral de principios. Hoy en día la Declaración es casi universalmente visto como una suerte de menú de derechos en donde cada quien puede servirse a su gusto (Glendon 2001: xviii).¹⁶

Durante la guerra fría, el discurso de los derechos humanos fue polarizado en una manera dualista en donde la libertad individual parecía estar completamente divorciado de la solidaridad y responsabilidad social, y viceversa. Después de la guerra fría, el énfasis en la libertad individual devino paradigmático y menoscabó la intuición inicial de la Declaración que pretendía una comprensión integral de las libertades civiles y políticas, y los derechos económicos y sociales, en relación de interdependencia mutua.

Una comprensión amplia del contexto en el cual fue redactada la Declaración, según Ignatieff, permite afirmar que el individualismo asumido por los miembros de la comisión fue “un intento bien pensado de reinventar la tradición del derecho natural europeo en orden a salvaguardar la acción individual contra el estado totalitario” (2001:66). Es

¹⁶ “The United States and the Soviet Union could not resist treating the Declaration as an arsenal of political weapons: each yanked its favorite provisions out of context and ignored the rest. What began as expediency hardened into habit, until the sense of an integrated body of principles was lost. Today the Declaration is almost universally regarded as a kind of menu of rights from which one can pick and choose according to taste.”

en este sentido que la protección del individuo y la acción humana deviene central:

Derechos humanos es un lenguaje de empoderamiento individual, y esto es deseable porque cuando los individuos tienen la capacidad de actuar por sí mismo, pueden protegerse contra la injusticia. Igualmente, cuando los individuos tienen capacidad de autodeterminación, pueden definir aquello por lo que deseen vivir o morir. En este sentido, enfatizar la capacidad de actuar es empoderar individuos, pero también es imponer límites sobre las demandas mismas de los derechos humanos (2001:57).¹⁷

Ahora bien, para Ignatieff, el reconocimiento que a la base de los derechos humanos hay una filosofía individualista no significa un obstáculo a la construcción de una sociedad democrática e intercultural sino, por el contrario, él considera que un punto de vista que favorece la protección individual podría ser un potencial enorme para proteger la diversidad cultural.

El individualismo moral protege la diversidad cultural, ya que una posición individualista debe respetar las diversas maneras en que los individuos escogen vivir sus vidas. Pensando de esta manera, derechos humanos es una agenda sistemática de “libertad negativa”, un equipo de herramientas contra la opresión, herramientas que los individuos puedan usar libremente en tanto no contravenga el marco general de creencias culturales y religiosas en las que viven (2001:57).¹⁸

En efecto, Ignatieff reconoce que el argumento de que los derechos humanos están esencialmente diseñados a validar y mejorar la capacidad de actuar del ser humano depende sobre la idea del valor y la dignidad

¹⁷ “Human rights is a language of individual empowerment, and empowerment for individuals is desirable because when individuals have agency, they can protect themselves against injustice. Equally, when individuals have agency, they can define for themselves what they wish to live and die for. In this sense, to emphasize agency is to empower individuals, but also to impose limits on human rights claims themselves”.

¹⁸ “Moral individualism protects cultural diversity, for an individualistic position must respect the diverse ways individuals choose to live their lives. In this way of thinking, human rights is only a systematic agenda of “negative liberty”, a tool kit against oppression, a tool kit that individual agents must be free to use as they see fit within the broader frame of cultural and religious beliefs that they live by”.

humana que tienen las culturas particulares (2001:164). Por tanto, se hace necesario alguna noción de dignidad intrínseca para sostener la confianza en los derechos humanos. Pero, la búsqueda de una idea de dignidad compartida en un mundo plural conduce a otro desafío, esta vez relacionado a la idea misma de dignidad humana: “hay muchas formas y expresiones de la dignidad humana, y algunas de ellas me chocan porque son profundamente inhumanas (...) ideas de dignidad que se supone deben unir culturas diferentes, fundados en algunos vínculos compartidos de derechos humanos, en realidad nos dividen” (2001:164).¹⁹

De ahí que sea necesario, según Ignatieff, vincular la idea de dignidad humana con la capacidad de actuar por sí mismo del individuo. Dignidad, nos dice, está estrechamente vinculado a la libertad. “Es difícil pensar la dignidad sin alguna idea de libertad, de decisión y acción” (2001:165).²⁰

Con esto, él termina subrayando las ventajas del discurso de los derechos humanos:

Como Amartya Sen y otros han mostrado, una perspectiva de derechos humanos que enfatiza la capacidad de actuar, dirige la atención sobre la importancia de liberar la capacidad individual como motor para el desarrollo económico. Los derechos humanos, como la libertad de expresión y asociación, tanto como la libertad de prensa, son esenciales para crear un sistema de regulación que limite las estrategias de desarrollo coercitivas implementadas por los gobiernos (2001:166).²¹

¹⁹ “There are many forms and expressions of human dignity, and some of them strike me as profoundly inhumane... So ideas of dignity that are supposed to unite different cultures in some shared attachment to human rights actually divide us”

²⁰ “It is hard to think dignity without some idea of freedom, without some idea of choice and agency,”

²¹ “As Amartya Sen and others have shown, a human rights perspective, focusing as it does on enhancing human agency, draws attentions to the importance of unblocking individual agency as a motor for economic development itself. Human rights, like freedom of speech and assembly, as well as freedom of the press, are essential in creating checks and balances against coercive development strategies by governments”.

Esto le lleva a sostener que “cuando tenemos que escoger, los derechos individuales deben de prevalecer sobre los derechos colectivos, ya que el verdadero propósito de un grupo se vería frustrado si éste suprime los derechos y demandas de los individuos que la componen” (2001:167).²²

La visión de derechos humanos de Ignatieff se encuadra dentro de la cultura liberal de derechos, el cual defiende la idea que los individuos poseen un conjunto de derechos que son prioritarios. Ruston señala al respecto, “En el ‘paradigma liberal’, los derechos preceden a las obligaciones, esto es, los individuos autónomos están equipados con un conjunto de derechos previo a sus relaciones comunales y estas obligaciones para con otros necesitan ser explicadas. En este sentido, el concepto de obligaciones es ‘voluntarista’; las personas tienen obligaciones que ellos voluntariamente aceptaron.”(2004: 218).²³

Con este breve recorrido sobre las bases del discurso de los derechos humanos intentamos mostrar que la dignidad humana es el núcleo en torno al cual gira el conjunto de derechos que procuran asegurar la permanencia y cuidado del ser humano. Se trata de una dignidad humana que toma en cuenta al sujeto en tanto individuo contextualizado, por tanto, son derechos que protegen su dimensión individual como su dimensión

²² “When you have to choose, individual rights should prevail over group ones, since the very purpose of a group would be frustrated if it suppressed the rights and claims of the individuals who compose it.”

²³ “In the ‘liberal paradigm’ rights precede obligations, that is, autonomous individuals are equipped with a set of rights prior to their communal relationships and it is obligations towards others that need to be explained. The resulting concept of obligations is ‘voluntarist’, that is, people have duties they voluntarily take on by their promises and allegiances, even though many of these are unspoken commitments”.

social, en cuanto esta última brinda las condiciones para desplegar sus capacidades y habilidades adquiridas.

Las dinámicas surgidas gracias a las migraciones internacionales demanda revisar las bases que sostienen el discurso de los derechos humanos en cuanto se trata de personas, que buscando mejores condiciones de vida, se desplazan de un país a otro y que, muchas veces, ven disminuidas sus derechos fundamentales debido al estatus migratorio que ostentan. En este sentido, las migraciones internacionales y una búsqueda de coherencia en el respeto de los derechos humanos de todas las personas, desafían a los Estados a implementar una serie de medidas a fin de garantizar, de forma eficaz y oportuna, la protección de los derechos fundamentales independientemente de su país de procedencia o de su estatus migratorio.

I.2 Migración y desarrollo: economía, desarrollo y dinámicas sociales en la frontera sur peruana –Tacna

Una de las principales razones que motiva la decisión de abandonar el país de origen es la búsqueda de mejores condiciones de vida. Las motivaciones de índole laboral reflejan que las condiciones económicas del país de origen es un elemento fundamental que impulsa a muchos ciudadanos a buscar trabajo en otro país, independientemente de las condiciones en las cuales se desarrolla la actividad económica. En este sentido, las diferencias económicas existentes entre dos países favorecen las tendencias migratorias hacia un determinado país de destino, como bien sostiene Texidó, en el estudio Migraciones Laborales en Sudamérica

–El Mercosur Ampliado, “Las migraciones entre estos países se producen esencialmente por desequilibrios económico-laborales, lo que indica que los trabajadores migrantes salen de sus lugares de origen en la búsqueda de mejores perspectivas laborales y de calidad de vida y arriban a mercados de empleo que reclutan este tipo de fuerza laboral.” (2003:7). En dicho estudio se afirma respecto a los países que conforman el Mercosur, del cual Perú es país asociado, que:

La proximidad geográfica y cultural existente entre cada uno de los países que componen la región y el grado de desarrollo desigual alcanzado por los mismos a lo largo de su historia, fomentó el desplazamiento de personas a través de las fronteras. Esto condujo a que se consolidaran genuinos circuitos migratorios a través de los cuales se moviliza una cantidad considerable de población en busca de mejores oportunidades, trabajo, mayor independencia y posibilidades de ascender en la escala social, entre otros. (2003:14)

En efecto, el desplazamiento a través de la frontera sur, Tacna-Arica, se mantiene vigente. Según las cifras de la Policía de Investigaciones de Chile, departamento de extranjería y Policía Internacional Arica, en el mes de noviembre del 2011 se contabilizaron 5916 mujeres y 5769 hombres por el control de Chacalluta. Las cifras son muy similares en los otros meses del año. Un gran porcentaje de estos desplazamientos está relacionado con personas que trabajan en los valles agrícolas de Arica o en servicios domésticos.

En paralelo con este tipo de inserción laboral urbana, debe señalarse que las zonas de frontera han adquirido cierta relevancia en la cuestión migratoria laboral. Por un lado, en las zonas rurales fronterizas, en donde es conocida la migración de naturaleza cíclica o temporal vinculada a las actividades agrícolas, algunos grupos migratorios tienden, en la actualidad, a afincarse por períodos más

largos, dedicándose a actividades de mayor duración. Por otro lado, los mercados fronterizos también comienzan a registrar cada vez más la presencia de trabajadores migrantes, mostrando un patrón específico de movilidad, caracterizado éste por su repetición, circularidad y periodicidad. (Texidó 2003: 8).

Con el fin de contextualizar las migraciones en la región Tacna, es pertinente presentar las principales características de desarrollo humano de la región a partir de indicadores sociales, demográficos y económicos.

La Región Tacna está dividida políticamente en 4 provincias: Tacna, Jorge Basadre, Tarata y Candarave. La provincia de Tacna se divide en 10 distritos; Candarave en 6 distritos; Jorge Basadre en 3 distritos y la provincia de Tarata se divide en 8 distritos. La Región Tacna tiene en total 27 distritos y su territorio abarca regiones de costa y sierra.

Según el Censo de Población y Vivienda del 2007, la población de la Región Tacna es de 288,781 habitantes. Del total de esta población, el 50.05% son hombres y el 49.95% son mujeres. La población de la Región Tacna es predominantemente urbana representando el 91.29% mientras que la población rural es de sólo el 8.71%. A nivel provincial, Tacna concentra el 91% de la población regional y a nivel de distrital Tacna destaca como el distrito que concentra la mayor población de la Región (95 mil 755 habitantes), mientras que Curibaya (provincia de Candarave), con 204 habitantes, se constituye en el distrito menos poblado. (INEI 2009).

Las principales actividades económicas de la región Tacna, en correspondencia con el predominio de la población urbana, son el

comercio y los servicios que en conjunto representan más del 45.5% de la producción regional; le siguen en importancia la actividad de transportes y comunicaciones con 14.2%, la actividad minera con 13.9%, la manufacturera con 9%, construcción con 8.5% y la agricultura con 8.1% de la producción regional. (BCRP 2012).

Tacna presenta espléndidos indicadores de educación comparados con el resto de regiones del país. Así por ejemplo, según las estadísticas del INEI, la tasa de escolaridad es 89.71% (quinto lugar en el ranking de 24 regiones) mayor que el promedio nacional de 85.71%; el logro educativo es de 94.13% (cuarto lugar) mientras que el promedio nacional es de 90.48%. La tasa de analfabetismo total es 3.7% (promedio nacional 7.1%), la tasa de analfabetismo femenino es 5.8% (promedio nacional de 10.6%) y la tasa de analfabetismo en el área rural es 8.3% (promedio nacional de 19.7%). La asistencia escolar de 3 a 5 años es del 58,0%, de 6 a 11 años del 96.8%, de 12 a 16 años 94.5% y de 17 a 24 años 44.7%. La edad promedio de los que asisten al quinto año de secundaria es 16.6 años. En todos estos casos las cifras son mejores que los promedios nacionales. (INEI 2009).

En el caso de la provincia de Tacna, que cuenta con el 91% de la población regional, la situación es ligeramente mejor que el total regional en tanto que el nivel de escolaridad es del 90%, el logro educativo de 94.49%, el analfabetismo total es 3.0% (5.2% de analfabetismo femenino y 7.5% de analfabetismo en el área rural) y la edad promedio de los que

asisten al quinto año de secundaria es de 16.5 años. Los distritos con menor atención y por tanto menor calidad educativa son los distritos rurales de Sama y Palca.

En cuanto a la calidad de la vivienda y acceso a servicios básicos Tacna también está en mejor situación que la mayoría de las regiones. Los hogares sin agua, desagüe ni alumbrado eléctrico representan el 3.8% del total de hogares (promedio nacional de 9.1%). El 39.7% de los hogares tiene el piso de tierra (promedio nacional de 42.3%); el 26.9% de las viviendas tienen solo una habitación (promedio nacional de 22.3); el 7% de los hogares no tienen ni agua ni desagüe (promedio nacional de 14.5%) y el 17.7% no tiene alumbrado eléctrico (promedio nacional de 24.8%). (INEI 2009).

La situación de la vivienda y el acceso a los servicios básicos en la provincia de Tacna es mejor que en el resto de la Región. Los hogares sin agua, desagüe ni alumbrado eléctrico representan el 2.8% del total de hogares. El 35.3% de los hogares tiene el piso de tierra; el 26.6% de las viviendas tienen solo una habitación; el 4.7% de los hogares no tienen ni agua ni desagüe y el 16.8% no tiene alumbrado eléctrico.

Según datos del Censo Nacional 2007, el 64.9% de la población de la Región no tiene ningún seguro de salud (promedio nacional de 57.7%). El 18.3% está afiliada al Seguro Social de Salud (ESSALUD) y sólo el 11.1% estaba afiliada al Seguro Integral de Salud (SIS) siendo el promedio nacional de 18.4%. En el periodo 2004-2009, según estadísticas del

mismo INEI el acceso de la población a seguros de salud se incrementó notablemente pasando del 35% al 46.7%.

La Población Económicamente Activa (PEA) ocupada en Tacna (93.9%) es menor que el promedio nacional (95.5%), 94.3% en el caso de ocupación de las mujeres en Tacna y 95.8% de promedio nacional; por lo tanto, el nivel de desempleo es mayor en Tacna que a nivel nacional (Tacna: 6.1%, promedio nacional: 4.5%). (INEI 2009). La PEA ocupada femenina es mayor que la PEA ocupada masculina.

La tasa de autoempleo y empleo en microempresa representa el 60.8% de la PEA (promedio nacional de 63.5%). La informalidad del empleo se manifiesta en el hecho que el 68.9% de la PEA ocupada no tiene seguro de salud (promedio nacional de 65,0%). El porcentaje de la fuerza laboral con bajo nivel educativo en la Región Tacna es 18.8% (promedio nacional de 26.2%).

La ocupación principal del 25.9% de la PEA de Tacna es en trabajo no calificado, servicios, peón, vendedores ambulantes y afines, le siguen en orden de importancia: trabajo de servicios personales y vendedores del comercio y mercados con el 20.4%, obreros de construcción, confecciones, papel, fábricas, instrumentos con el 11.4% y profesionales, científicos e intelectuales con el 11.2%. (INEI 2009).

En el caso de la provincia de Tacna, la PEA ocupada sin seguro de salud es del 70.0%. La tasa de autoempleo y empleo en microempresas es del

60.6%. El porcentaje de la fuerza laboral con bajo nivel educativo del 17.1%

Tacna es una de las regiones con menor grado de pobreza del país. Según datos del último Censo de Población y Vivienda del 2007, el 20.4% de la población está considerada en situación de pobreza (promedio nacional de 39.3%) y sólo el 3.9% en situación de extrema pobreza (promedio nacional de 13.7%). Los hogares con al menos una necesidad básica insatisfecha (NBI) representan el 27.9% (promedio nacional de 40.7%). (INEI 2009).

La Región Tacna tiene un índice de desarrollo humano (IDH) de 0.6474 ubicado en el sexto lugar de las 24 regiones del país (IDH Nacional: 0.6234). El ingreso familiar per cápita es de 410.4 nuevos soles mensuales (promedio nacional de 374.1 nuevos soles al mes). La esperanza de vida al nacer es de 74.15 años (promedio nacional de 73,07 años). En el caso de la provincia de Tacna, el IDH es 0.6525 (ranking 12 a nivel nacional), el ingreso familiar per cápita es 424.2 nuevos soles mensuales (ranking 12 a nivel nacional) y; la esperanza de vida al nacer es 74.44 años. El 20.2% de la población está en condición de pobreza y el 2.2% en extrema pobreza. Los hogares con al menos una NBI representa el 25.6%. (PNUD 2010).

En términos globales las condiciones socioeconómicas en la Región Tacna son mejores que otras regiones del país, y las de la provincia de Tacna mejores que otras provincias de la región. La pobreza se focaliza

en las zonas marginales de la ciudad de Tacna y en las áreas rurales más alejadas de los centros urbanos, afectando mucho más a los campesinos, a niños, adolescentes y a las mujeres.

Uno de los principales problemas de desarrollo de la Región Tacna, que en los últimos años dispuso de ingentes recursos económicos gracias a los ingresos por concepto del Canon Minero, es la exigua capacidad de gestión de las autoridades y funcionarios públicos. La improvisación, la descoordinación, la superposición de funciones y la corrupción son muy frecuentes a nivel de gobierno regional, provincial y distrital. Contribuye a este problema la escasa participación ciudadana en los asuntos públicos y por lo tanto en las decisiones del desarrollo a pesar de existir espacios y normas para ejercer el derecho como es el caso del presupuesto participativo. Las causas de esta escasa participación están en el descrédito de las instituciones públicas y de los políticos, la ausencia de liderazgos democráticos y una baja conciencia de participación ciudadana.

Entre los principales problemas sociales tenemos a una inmigración interna creciente que se traduce en tugurización de las zonas periféricas, crecimiento desordenado de la ciudad y un incremento de la demanda de servicios básicos. De acuerdo a estadísticas del INEI, de la población que inmigraron entre los años 2000 y 2007 a Tacna, el 42% procede de Puno, 16.5% de Lima y 14.6% de Arequipa y el resto de otras zonas del país.

Si bien es cierto que la Región Tacna es una de las regiones menos pobres del país, también es cierto que existe una cantidad significativa de población en situación de pobreza y extrema pobreza focalizada en los barrios marginales de la ciudad de Tacna y en las zonas altoandinas de la región. Es particularmente grave la situación de las familias donde la madre y/o el padre trabaja en Arica y Parinacota, Chile, y retornan a Tacna a ver a sus hijos sólo los fines de semana. En estas familias los hijos suelen estar abandonados y descuidados en aspectos como la alimentación, la educación, el cuidado de la salud y sobre todo la falta de afecto.

Se estima que aproximadamente tres mil compatriotas se movilizan semanalmente entre Tacna y Arica fundamentalmente para realizar trabajos en actividades como construcción civil, agricultura o empleo doméstico. Un caso particular es la de las familias de madres solteras que trabajan en Arica toda la semana y regresan a Tacna los domingos para ver a sus hijos. Como señalamos anteriormente, el paso fronterizo terrestre de Santa Rosa, en Tacna, se sitúa como el segundo punto de control fronterizo más importante detrás del aeropuerto internacional Jorge Chávez. Esto constituye a la zona norte de Chile en un ámbito territorial de paso, de permanencia y de trabajo para muchas personas migrantes.

Los indicadores sociales y económicos de Tacna muestran, en primer lugar, que Tacna es un lugar que atrae las migraciones internas,

especialmente personas procedentes de Puno, Arequipa, Cusco. Muchas de estas personas se sitúan en las zonas urbano-populares y no cuentan con formación técnico profesional y terminan empleándose en el comercio o en la agricultura. Asimismo, muchas de estas personas no cuentan con seguro social ni seguro de salud y sus derechos a contar con una vivienda adecuada y una educación de calidad no se encuentran garantizados. En otras palabras, sus derechos fundamentales no se encuentran suficientemente garantizados, aún viviendo en territorio nacional. Segundo, muchas de estas personas deciden ir a buscar trabajo en el país vecino pero continúan conservando su lugar de residencia en el Perú. Se movilizan semanalmente y aceptan condiciones de trabajo que, en muchos casos, no se diferencia mucho de las condiciones de trabajo que tienen en el Perú, pero reciben mejores salarios. Estas personas no están principalmente preocupadas en gozar de un seguro social o exigir condiciones de trabajo dignas. Lo que les preocupa es, principalmente, poder realizar una actividad laboral bien remunerada; sin embargo, su exigua formación técnica profesional los impulsa a trabajar en labores que los ciudadanos chilenos difícilmente aceptan –o por lo menos no laboran en condiciones de precariedad como suele suceder con los ciudadanos peruanos. En este sentido, surge la interrogante de cómo garantizar los derechos fundamentales de estos trabajadores migratorios fronterizos, quienes trabajan en los valles de Arica y Parinacota, Chile, pero que conservan su lugar de residencia habitual en Perú. Intentar responder a esta interrogante nos obliga, primeramente, identificar la situación de

estos trabajadores migratorios fronterizos e identificar las principales vulneraciones a sus derechos fundamentales.

I.3 Derechos humanos y migración: estableciendo las principales vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores fronterizos en Tacna-Arica.

Perú y Chile comparten la frontera Tacna–Arica; una frontera marcada por una historia de encuentros y desencuentros que han consolidado prejuicios y estereotipos respecto a los nacionales de uno y otro lado. Sin embargo, debido a la cercanía y las facilidades de transporte que existe entre Tacna y Arica, movilizarse resulta relativamente fácil.

Arica se configura como una ciudad de destino. Al estar cerca de Perú, entre otros, permite tener los beneficios de la migración internacional, posibilidad de trabajo y mejor sueldo, e igualmente reducir los costos del proceso migratorio, ya que se permanece relativamente cerca de la familia y del lugar de origen. Además, a esto se une que es rápido, fácil y barato salir y volver a entrar, ya que existen medios de transporte frecuentes y económicos entre ambas ciudades, y los requisitos para entrar a Chile, habiendo cumplido con el requisito de salir cada siete días, son mínimos. (Berganza 2011:121)

Cercanía, mejores sueldos, facilidades de transporte, amistades, convierten a Arica en un lugar atractivo para muchos peruanos que buscan trabajar. Como sostiene Mónica Vergara, “El desplazamiento transfronterizo de trabajadores, estaría determinado por la proximidad territorial, la ausencia de obstáculos físicos y económicos, las mejores oportunidades de trabajo y razones idiomáticas y culturales.”(2005:20). Las diferencias de crecimiento económico y oportunidades laborales marcan las dinámicas de ambas fronteras, terminan colocando a Arica en

una posición atractiva para muchos peruanos que quieren mejorar sus ingresos económicos.

Con el fin de contextualizar las mejores posibilidades económicas existentes en Arica, respecto a Tacna, resulta pertinente presentar algunas características de desarrollo humano de la región a partir de indicadores sociales, demográficos y económicos.

Según los resultados preliminares del Censo de Población y Vivienda 2012, realizado por el Instituto Nacional de Estadística de Chile (INE-Chile), la población estimada en la región XV, Arica y Parinacota, es de 213.595, mientras que las cifras del censo del 2002 establecían una población de 188.463. Si comparamos la población residente del Censo 2002 con los resultados preliminares de la población residente del 2012, el crecimiento poblacional fue 13,3%. Es decir, la población residente aumentó en 25.132 personas. Esta cifra coloca a la región de Arica y Parinacota en la cuarta región con mayor crecimiento poblacional en el país chileno. Asimismo, los datos preliminares del censo 2012 indican que el número de viviendas es de 52.396, mientras que las cifras del censo 2002 establecía 42.623 viviendas; evidenciándose un crecimiento de 22,9% en este rubro.

El ingreso promedio de los hogares en la región de Arica y Parinacota, según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica - CASEN 2003-2009, realizado por el Ministerio de Desarrollo Social, es de 735.413 (Reporte Estadístico Regional-Arica, 2012). Esta misma encuesta señala

que, en el 2009, existían 436 hogares en condición de hacinamiento crítico, y 4.561 hogares en hacinamiento medio.

Entre las principales actividades económicas están la agricultura, el comercio al por mayor y menor, transporte, construcción. Según la información de Servicio de Impuestos Internos (SII), en el 2010, el número de trabajadores en el sector agricultura fue de 2.246, mientras que en construcción fue de 6.411; mientras que el sector comercio albergó 8.352 personas.

Las posibilidades de empleo mejor remunerados que ofrece la región de Arica son mucho más atractivas que las posibilidades existentes en Tacna, razón por la cual muchos ciudadanos peruanos procedentes tanto de Tacna, Puno, y otras regiones del país, se aventuran en cruzar la frontera. Muchas de estas personas prefieren ver incrementado sus ingresos económicos y no toman en consideración las condiciones laborales bajo las cuales se realiza el trabajo. El análisis de beneficio económico que se pretende alcanzar no toma en consideración las vulneraciones potenciales a sus derechos fundamentales; muchas de estas personas no tienen cualificaciones laborales y terminan empleándose especialmente en el sector agrario y de servicio doméstico.

Parte importante de las violaciones de los derechos que sufren los extranjeros, parecen tener su origen en el bajo nivel socioeconómico que les proveen los empleos a los que acceden: baja calificación y en ocupaciones que no corresponden a su nivel educacional. Muchos tienen empleos inestables, inseguros, con bajas remuneraciones, y sin cobertura de salud ni previsión. Una aproximación acerca de la calificación de los inmigrantes que

entregan las gobernaciones indica que el 80% no posee calificación laboral y que el 20% restante tiene la calidad de técnicos o profesionales. (Vergara 2005: 16)

Debemos señalar que, para muchos peruanos, Arica es un lugar de tránsito, una ciudad de tránsito y de acumulación de experiencia migratoria y laboral (Berganza 2011:119); sin embargo, no todos logran avanzar hacia el sur, debido principalmente a las dificultades en el control de Chacalluta y Cuya, donde tienen que presentar pasaporte y el control es más estricto. “Los datos indican que los trabajadores más calificados que ingresan a Chile por el norte, se trasladan hacia el centro, permaneciendo en la región los de menor calificación. Ello determina que las principales fuentes laborales de los inmigrantes, sean el servicio doméstico, la explotación agrícola en los valles precordilleranos de la región y costeros de Arica, el comercio informal y la construcción.” (Vergara 2005:21).

Muchos de los peruanos que van a Arica lo hacen gracias al convenio de libre tránsito, firmado por Perú y Chile, que les brinda la posibilidad de permanecer hasta por un período de siete días; el paso por la frontera es legal con fines de turismo, lo cual no les permite realizar una actividad remunerada; sin embargo, muchas de las personas que se trasladan de Tacna a Arica tienen el objetivo de realizar una actividad remunerada, actividad para la cual no cuentan con permiso legal, razón por la cual trabajan sin contrato escrito. Según Vergara, de esta situación se aprovechan muchos empleadores, quienes intencionalmente no extienden

el contrato o lo dilatan como una forma de chantaje con lo cual el trabajador se ve imposibilitado de reclamar (2005:17).

Aquellos trabajadores extranjeros con su situación en regla y con contrato de trabajo se integran a la escala inferior del mercado de trabajo y están expuestos a la inseguridad que afecta a los segmentos de trabajadores más pobres. Pero a esta condición se agrega la que afecta a quienes entraron clandestinamente al país o no tienen su documentación migratoria al día, los que son ocupados como trabajadores dependientes, generalmente en la informalidad, sin extenderles contrato de trabajo y sin cobertura provisional. La vulnerabilidad se incrementa, pues los residentes clandestinos arriesgan su deportación con la denuncia de los abusos. (Vergara 2005: 18)

Según un estudio realizado en la región por Isabel Berganza y Mauricio Cerna en el 2011, pueden establecerse tres tipos de inmigrantes. Primero, aquellos que viajan a Arica por comercio; se trata de personas que van y vienen el mismo día aprovechando la cercanía y las facilidades existentes de transporte. Un segundo grupo, está compuesto por personas que van a Arica a trabajar y permanecen un tiempo no mayor a siete días; estas personas cruzan la frontera como turistas haciendo uso del permiso de siete días pero es conocido que van a buscar trabajo; y finalmente, están las personas que residen en Arica de forma permanente.

Si bien no se cuenta con cifras exactas, es sabido que la mayor cantidad de personas que transitan y que se encuentran en Arica, son las temporales. En efecto, bien que acuden diariamente, o bien permanecen durante una semana, que es el tiempo otorgado por el Estado chileno para permanecer regularmente dentro de su territorio, a través del convenio con Perú. La minoría de los inmigrantes son personas establecidas ya en Arica por un tiempo prolongado. (Berganza 2011:119)

Muchos de los inmigrantes temporales que llegan a Arica están buscando trabajo y, debido a que no cuentan con calificación adecuada, terminan empleándose en el sector agrícola, comercio o en trabajos domésticos:

Los sectores donde suelen encontrar trabajo las personas migrantes en Arica, son la agricultura, en el Valle de Azapa, y el comercio, fundamentalmente en el área de productos agrícolas en el mercado del agro, en las afueras de la ciudad. Las mujeres suelen trabajar en tareas domésticas, cuidado de niños o en cocina en restaurante, ya que la cocina peruana es muy valorada. Estas áreas laborales permiten una mayor informalidad y desconocimiento de las condiciones en las que las personas inmigrantes trabajan, ya que en la agricultura en las haciendas, y el trabajo doméstico en los hogares, son espacios cerrados donde la posibilidad de control y supervisión es menor que en otro tipo de trabajos, como es el de la construcción o el comercio, en los cuales la labor se lleva a cabo en un lugar más público. (Berganza 2011:124)

La falta de control y supervisión de las condiciones laborales sitúa a los trabajadores migratorios fronterizos en una situación de vulnerabilidad constante de sus derechos,

Existe otra categoría de trabajadores migrantes que se desempeñan en la agricultura como temporeros asalariados. Entre ellos destacan los peruanos que trabajan en el cultivo de la aceituna y de primores, especialmente en el valle de Azapa. Estos trabajadores están protegidos por las normas laborales y previsionales chilenas y sus empleadores obligados a cumplirlas. En este sector se constatan condiciones de seguridad, higiene y confort absolutamente precarias. No cuentan con elementos mínimos de seguridad (mascarillas, guantes, etc.) ni alimentación adecuada, o habitación digna. Además, es inestable, pues es estacional. (Vergara 2005:22)

Es preciso señalar que la legislación chilena brinda una protección especial a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes independientemente de su estatus migratorio. Estas personas, aún estando en una situación migratoria irregular, pueden denunciar el

incumplimiento de las leyes laborales y, por ende, la vulneración de sus derechos laborales. Como bien sostiene el Lic. Marco Núñez-Melgar,

Si bien es cierto que con sujeción a las obligaciones derivadas de los tratados y del derecho consuetudinario internacional, los Estados tienen el derecho soberano de decidir quién puede acceder a su territorio y permanecer en él, también están obligados a proteger los derechos fundamentales de todas las personas en su territorio y deben tomar las medidas efectivas para defender a los migrantes frente a cualquier tipo de violación o abuso de sus derechos humanos. Por ello, el ingreso a un país en violación de sus leyes de extranjería o inmigraciones, no excluye a los migrantes de sus derechos humanos fundamentales conferidos en el derecho internacional, así se encuentren en situación irregular. (2010: 64).

Lamentablemente, en la práctica, el ejercicio de sus derechos es limitado por el estatus migratorio irregular en que se encuentran los trabajadores migratorios fronterizos, además de la falta de conocimiento del marco normativo laboral y los temores a posibles represalias que pueden sufrir, como puede ser el despido o la deportación; hecho que les impide denunciar la vulneración de sus derechos. “Cierto es que los migrantes en situación irregular son los más vulnerables, especialmente en materia de empleo, siendo la justa aplicación de los derechos laborales la base de la prevención de explotación y discriminación en el trabajo” (Núñez-Melgar 2010: 64).

Cabe señalar que entre los principales derechos fundamentales de los trabajadores fronterizos que no son respetados se encuentra el derecho a trabajar en condiciones seguras de higiene y salubridad. Como se ha señalado, las condiciones laborales no garantizan higiene, salubridad y, dado su estatus migratorio irregular, no pueden acceder a las

prestaciones de salud que brinda el Estado chileno; “Hay que señalar que en muchas circunstancias ciertos grupos de migrantes, especialmente los que se encuentran en situación irregular, corren riesgos de salud y cuentan con menor acceso a servicios sanitarios debido a su precaria situación económica, a lo que se suma la información limitada que obtienen sobre el acceso a los servicios de salud y al temor que quienes dispensan esos servicios los denuncien ante las autoridades”. (Núñez-Melgar 2010:70).

Asimismo, los trabajadores migratorios fronterizos ven vulnerados su derecho a la vivienda; muchos de ellos viven en pequeñas habitaciones alquiladas y en condiciones de hacinamiento en barrios pobres y muchas veces están sujetos a desalojos intempestivos. Citando el informe de Amnistía Internacional, Marco Núñez-Melgar llama la atención sobre la vulneración de este derecho fundamental:

La mayoría de las personas migrantes, en particular los migrantes irregulares, terminan en las viviendas más pobres de barriadas superpobladas de zonas urbanas deprimidas. Allí, son vulnerables no sólo a la inseguridad, la violencia y los riesgos para la salud derivados de la deficiente calidad de las viviendas, sino también a sufrir desalojos forzosos y alquileres desorbitados y a la falta de vivienda. Es menos probable que los migrantes irregulares denuncien los desalojos forzosos u otras violaciones del derecho a la vivienda y que busquen resarcimiento por ello, por miedo a ser detenidos y expulsados del país. (2010:70)

Asimismo, no hay duda que una de las principales vulneraciones tiene relación con los derechos sociales de los migrantes, como es la seguridad social, la cobertura del sistema de seguridad social a los migrantes y sus familiares. El artículo 27° de la Convención Internacional de Protección de

los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares garantiza el derecho a la seguridad social conforme a la legislación y las prácticas nacionales, en la medida que cumpla con los requisitos previstos en la legislación aplicable. Según Núñez-Melgar, la firma de Convenios Bilaterales sobre Seguridad Social ha sido el mecanismo más utilizado para cumplir con las obligaciones internacionales emanadas de la Convención.

Estos acuerdos tienen por finalidad permitir a los nacionales de los Estados contratantes beneficiarse de las cotizaciones que ellos han efectuado en ambos países y así mantener una continuidad en su historial previsional, hecho que, en definitiva, les permitirá percibir las prestaciones de la seguridad social (por ejemplo las pensiones, en forma íntegra, pasando a ser éstas un fiel reflejo de las actividades laborales que los trabajadores han desempeñado en el territorio de cada parte contratante). (2010: 72)

Cabe indicar que el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, firmado por los países iberoamericanos el 10 de noviembre de 2007, que entró en vigor el 1 de mayo de 2011, asegura a cualquier trabajador de los Estados partes, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes, que se le reconocerá el tiempo de cotización en cada uno de los países iberoamericanos que haya cotizado a efectos de computar el periodo exigido para obtener una pensión. Según lo establecido en su artículo 3º, el Convenio se aplicará a toda legislación relacionada con prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Quedan excluidos las prestaciones médicas, los regímenes no contributivos, la asistencia social o prestaciones a favor de víctimas de guerra de la guerra

o sus consecuencias. (Artículo 2° y 3° del Convenio Multilateral). Debemos precisar que el Perú ha suscrito el Convenio pero aún no lo ha ratificado. Chile, por su parte, suscribió y ratificó el Convenio.

Finalmente, debemos señalar que el derecho al trabajo es un derecho humano de carácter fundamental. “Teniendo en cuenta que el trabajo es el medio de inserción inmediato de los migrantes en las sociedades receptoras, el cumplimiento de la normativa internacional al respecto es esencial para el cumplimiento efectivo de otros derechos del migrante y, por ende, encaminar su proceso de integración en la sociedad receptora” (Núñez-Melgar 2010:73). La promoción del trabajo digno, basado en el principio de no discriminación e igualdad de trato, así como la remuneración y salario adecuado, trabajo en condiciones seguras, limitación razonable de jornada laboral, son condiciones indispensables que configuran el derecho al trabajo. Existe, en este sentido, un marco normativo tanto a nivel nacional como internacional que tienen como finalidad proteger el derecho al trabajo, sin embargo como bien ha señalado el informe de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, “el principal obstáculo a la protección de los derechos de los migrantes no es la ausencia de leyes, sino la inobservancia de los convenios, acuerdos y declaraciones que los Estados han aceptado libremente” (2005: 57).

En cuanto al derecho del migrante al trabajo, hay que señalar que tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos podemos encontrar diversos instrumentos jurídicos, generales o específicos, que consagran el derecho al

trabajo como un derecho humano de carácter fundamental. Éstos, sumados a los Convenios emitidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ofrecen un conjunto de principios y reglas organizadas y coherentes para la realización efectiva del derecho humano al trabajo y fijan obligaciones para los Estados que los ratificaron. (Núñez-Melgar 2010: 73)

Estos instrumentos normativos serán analizados en el próximo capítulo, por el momento lo que interesa es llamar la atención sobre la situación de vulneración de los principales derechos fundamentales de los trabajadores fronterizos. Identificando el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la salud y vivienda como los principales derechos vulnerados de los trabajadores migratorios, en el capítulo siguiente debemos efectuar un análisis de los derechos laborales fundamentales en el marco normativo internacional y nacional, tanto de Chile como de Perú, en orden a identificar posibles alternativas para asegurar el respeto de estos derechos fundamentales.

CONCLUSIÓN

Los trabajadores migratorios fronterizos se movilizan semanalmente de Tacna a Arica; estas personas cruzan la frontera haciendo uso del convenio firmado entre Perú y Chile que les autoriza permanecer en territorio chileno por un período no mayor de siete días sin poder realizar actividades remuneradas. Si bien estos trabajadores declaran que viajan como turistas, en realidad, se dirigen a Arica a buscar trabajo.

Muchas de estas personas consiguen trabajo en los valles agrícolas de Arica, en el comercio o en servicio doméstico, pero no pueden celebrar

por escrito ningún contrato de trabajo debido a que su condición migratoria no les permite hacerlo. La falta de un contrato laboral escrito coloca a estas personas en una situación de vulnerabilidad que atenta contra sus derechos fundamentales; dicha situación se agrava por la ausencia de control por parte de las autoridades chilenas encargadas de supervisar las condiciones laborales, especialmente en las haciendas agrícolas. Muchas de las vulneraciones de derechos laborales fundamentales no pueden ser denunciadas por los trabajadores migratorios a causa de su situación irregular y por miedos a represalias de ser despedidos o deportados y prohibidos de volver a ingresar a Chile por un período de dos años.

Estos trabajadores, de acuerdo a la normatividad chilena, son calificados como trabajadores temporeros, clasificación que será necesario revisar y analizar con detenimiento, pues según La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, la clasificación que corresponde sería la de trabajadores migratorios fronterizos. Según La Convención, el trabajador por temporada es el trabajador migratorio que por la naturaleza de su trabajo, depende de condiciones estacionales y realiza su labor durante algún período del año; y, trabajador fronterizo, es el trabajador migratorio que labora en un Estado, pero conserva su residencia habitual en un Estado vecino, al que regresa cada día o al menos una vez por semana. Este parece ser la categoría que más se adecúa a la situación de muchos

ciudadanos peruanos que cruzan la frontera sur para buscar trabajo en la región de Arica y Parinacota, Chile.

Llamamos la atención sobre este punto, que lo retomaremos en el capítulo siguiente cuando examinemos los instrumentos normativo de protección de trabajadores migratorios, porque en principio la categoría de trabajador migratorio fronterizo no está contemplado en el marco normativo peruano ni chileno, y será necesario ver las implicancias jurídicas que ello conlleva. Por el momento, solo queremos señalar la ausencia de esta categoría migratoria en el marco normativo de ambos países como una limitación que no permite afrontar la problemática de manera adecuada.

Dicho esto, y habiendo analizado la situación en la que se encuentran muchos de los trabajadores fronterizos, podemos afirmar que entre los principales derechos fundamentales que vienen siendo vulnerados se encuentran: el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud y el derecho a la vivienda. Como hemos sostenido, muchos de estos derechos no son garantizados en Perú, país donde tienen su residencia habitual, pero tampoco se los brinda el Estado de empleo, lugar donde los trabajadores migratorios fronterizos realizan sus actividades laborales remuneradas.

Capítulo II:

MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS

La protección de los derechos fundamentales de los migrantes se enmarca dentro del sistema internacional de protección de derechos humanos, caracterizados por ser universales, inalienables, indivisibles e irrenunciables. Sin embargo, este marco de protección amplio no es suficiente para garantizar de manera eficiente y oportuna los derechos humanos de un gran porcentaje de la población que se moviliza fuera de sus fronteras nacionales buscando oportunidades laborales que le permitan mejorar sus condiciones de vida. Los hechos, lamentablemente, ponen en evidencia la existencia de un gran número de personas que trabajan en territorio extranjero y que no gozan de la protección adecuada que les permita ejercer plenamente sus derechos laborales fundamentales.

Muchos de estos trabajadores migratorios, a quienes se les vulnera constantemente sus derechos, se encuentran en situación irregular en el Estado de empleo, lo cual los coloca en un estado de vulnerabilidad frente a los empleadores y al mismo Estado. Esta situación, que se repite en diferentes contextos, ha originado que se establezca un marco específico de protección orientado a proteger los derechos de los trabajadores

migrantes, constituyéndose en un grupo minoritario provisto de protección especial independientemente de la condición migratoria que ostenten. Precisemos entonces, que si bien el estatus migratorio no puede condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, en la práctica, esta situación administrativa termina convirtiendo a los migrantes en potenciales víctimas de vulneración de sus derechos laborales fundamentales.

El Perú, como muchos otros países de la región y del mundo, prescribe su marco normativo orientado a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; en este sentido, siguiendo las tendencias establecidas en el escenario de las Naciones Unidas (ONU), así como en el de la Organización de Estados Americanos (OEA) y muchos otros espacios a nivel de la región latinoamericana, el estado peruano ha firmado una serie de instrumentos internacionales y regionales de protección de derechos humanos. Dentro de este marco, y siguiendo las recomendaciones del Marco Multilateral de la Organización Internacional del Trabajo para las Migraciones Laborales (2006), se han impulsado, también, una serie de acuerdos bilaterales y multilaterales orientados a proteger los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familiares.

En el presente capítulo revisaremos, primeramente, el marco general de protección de los derechos humanos aplicables a los migrantes y el marco jurídico destinado a proteger directamente los derechos fundamentales de

los trabajadores migratorios y sus familiares; este análisis incluye tanto el marco del sistema interamericano como los acuerdos bilaterales firmados entre Perú y Chile respecto a la movilidad de personas. Luego, apoyados en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH), nos interrogaremos sobre la aplicabilidad de este marco normativo a las personas con estatus migratorio irregular, en especial a lo que concierne a la igualdad de trato y oportunidades. Y, finalmente, analizaremos las tendencias actuales de la jurisprudencia a nivel nacional e internacional respecto a los derechos fundamentales aplicables a los trabajadores migratorios fronterizos tratando de visualizar las principales vulneraciones existentes, en orden a encontrar mecanismos adecuados de protección.

2.1 Normas de protección a los trabajadores migratorios

2.1.1 Normas de carácter general

El sistema normativo internacional de derechos humanos ha logrado un gran avance en la segunda mitad del siglo XX a través de la firma de tratados, convenios y declaraciones que sitúan al ser humano en el centro de las preocupaciones de la comunidad política internacional. Asimismo, se han buscado mecanismos para promover la adecuación del marco normativo nacional al sistema internacional con la finalidad de evitar incompatibilidades y lograr una eficaz y oportuna protección de los derechos humanos de todas las personas.

Estos instrumentos internacionales protegen derechos que tienen carácter universal y son inalienables: están garantizados a todos los individuos presentes en un Estado y no pueden ser negados legítimamente a ninguna persona, sean nacionales o no, independientemente de su estatus legal. Es importante mencionar que *la carencia de un vínculo de nacionalidad no puede ser una excusa para justificar la negación o un trato desigual, lesivo de derechos fundamentales consagrados en estos instrumentos [CIDH, 2003]. (Chiarello coord., 2013).*

Del marco jurídico internacional, aplicable a las personas migrantes, podemos mencionar:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965).
- El Convenio para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (1984).
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979).
- La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989).
- La Convención de Palermo y sus tres Protocolos (delincuencia internacional, trata y tráfico de personas) (1992)
- Convención para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares.

En el ámbito regional podemos mencionar:

- La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).
- La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer–Belém do Pará (1994).
- La Carta Democrática Interamericana (2001)

Asimismo, entre los principales Convenios y Recomendaciones relativos a trabajadores migrantes en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) podemos mencionar:

- Convenio relativo a los trabajadores migrantes (No. 97)
- Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (No. 143)
- Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No. 86)
- Recomendación sobre los trabajadores migrantes (No.151)
- Convenio relativo al trabajo forzoso u obligatorio (No. 29)
- Convenio relativo a la abolición del trabajo forzoso (No. 105).

El pórtico de entrada al sistema internacional está definido por el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual, “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (ONU 1948). La dignidad humana es situada en el centro de los derechos humanos, teniendo a la libertad y la igualdad como dos principios rectores de todo el sistema universal de derechos humanos que aspira a la construcción de un mundo fraterno, caracterizado por el respeto irrestricto de los derechos de todas las personas. Debemos precisar, en este sentido, que los derechos y libertades contemplados en la Declaración son universales y no hacen distinción alguna, menos aún, podríamos afirmar, por razones de nacionalidad o estatus administrativo migratorio.

En lo que concierne a las migraciones, el artículo 13° de la Declaración reconoce el derecho a migrar, “(1) Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. (2) Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país” (ONU 1948). Este derecho, sin embargo, no afecta las facultades que tiene todo Estado a regular el flujo migratorio de entradas y salidas, sin contravenir el derecho fundamental reconocido por la Declaración Universal.

Como se ha afirmado en el primer capítulo, una de las principales causas por las cuales las personas deciden migrar es la búsqueda de mejores

oportunidades laborales. El derecho a migrar se complementa, consecuentemente, con el derecho al trabajo y las condiciones laborales, el mismo que se encuentra reconocido en el artículo 23° de la Declaración, según el cual, “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de empleo y a la protección contra el desempleo” (ONU 1948); se garantiza, asimismo, igual salario por trabajo igual, remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y el derecho a sindicarse para la defensa de sus intereses (artículo 23°). El hecho migratorio y la relación laboral que pueda nacer en el Estado de empleo encuentran un marco de protección amplio en el sistema internacional de derechos humanos. Ambos derechos están plenamente reconocidos y se sanciona cualquier tipo de discriminación que pretenda limitar o restringir estos derechos. Asimismo, otros derechos sociales aplicables a los trabajadores migratorios se encuentran establecidos, tales como el derecho a la salud, seguridad social y educación.

Profundizando en el marco de protección de los derechos sociales y económicos tenemos el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (1966), que, en su artículo 7°, reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren una remuneración basada en el principio de equidad “salario igual por trabajo igual”, así como seguridad e higiene en el trabajo, descanso y limitación razonable de las horas de trabajo. Asimismo, los

Estados se comprometen a garantizar el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, y el derecho a huelga (artículo 8°); el derecho a la seguridad social (artículo 9°). Estos derechos están reconocidos a todas las personas que forman parte de una relación laboral independientemente de su condición migratoria.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, tenemos como marco de referencia la Carta de Organización de los Estados Americanos, desprendiéndose de ella obligaciones generales en derechos humanos para los Estados miembros, entre ellas, la de respetar los derechos de los demás Estados de acuerdo con el derecho internacional; no ejecutar actos injustos contra otro Estado; respetar los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal; respetar los tratados y acuerdos internacionales; no intervenir en asuntos internos o externos de otro Estado; no forzar la voluntad soberana de otro Estado; no recurrir al uso de la fuerza, salvo en caso de legítima defensa; cooperar para lograr el desarrollo integral de sus pueblos.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), reafirma su propósito de consolidar la institucionalidad democrática en los países de la región, basados en el respecto a los derechos fundamentales de todas de las personas. En este sentido, reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una

protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Preámbulo de la Convención). Asimismo, en el artículo 22° se establece que “toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio”, sin embargo, en el inciso primero del mencionado artículo se establece que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”. Una ambigüedad pareciera caracterizar este artículo, en tanto diera la impresión que exige la condición de estatus migratorio regular para ser beneficiario del derecho a la libre circulación; de ser así, este artículo estaría entrando en tensión con el marco general de protección de todo ser humano, independientemente de su nacionalidad, condición, etc., establecido por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asimismo, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, compromete a los Estados miembros a adaptar la legislación interna al marco establecido por la Convención, y enfatiza la obligación de no discriminación. En este sentido, se enumeran derechos, tales como: educación, salud, seguridad social, trabajo, derechos sindicales, derechos de la niñez, etc. En este protocolo, se establece que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos,

sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados partes, las que podrá incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial, según lo considere más apropiado. La CIDH²⁴, como entidad autónoma juega un rol importante en la salvaguarda de los derechos humanos, incluyendo en ella la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios.

2.1.2 Normas de carácter particular

El sistema internacional de derechos humanos nos proporciona un marco de protección amplio aplicable a todas las personas migrantes. Sin embargo, considerando el grado de vulnerabilidad a la que están sujetas estas personas, se ha considerado oportuno elaborar una normatividad específica que garantice de manera más eficaz los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares.

Convenios 97 y 143 de la OIT

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), existen dos Convenios Internacionales particularmente relevantes que dotan de un marco de protección amplio a los trabajadores migrantes, el Convenio 97 y 143.

²⁴ La CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. De conformidad con el artículo 106 de la Carta de la Organización, “Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

El Convenio 97 de la OIT, relativo a los trabajadores migrantes, revisado 1949, entró en vigor el 22 de enero de 1952. Establece la igualdad de trato en lo que respecta a la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, edad mínimo de empleo, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores; asimismo, se protege el derecho a la afiliación a organizaciones sindicales, a la vivienda, y a la seguridad social (artículo 6°).

En el marco de este Convenio, trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante. Sin embargo, debemos precisar que, de conformidad con su artículo 11°, las disposiciones de este Convenio no se aplican a los trabajadores migratorios fronterizos.

El Convenio 143 de la OIT, de 1975, sobre las Migraciones en Condiciones Abusivas y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades y de Trato de los Trabajadores Migrantes, compromete a los Estados miembros a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes (artículo 1°); asimismo, los Estados deben de tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos

durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional (Artículo 2°).

Se establece, asimismo, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio (artículo 10°). Y, al igual que el Convenio 97, no se aplica a los trabajadores migratorios fronterizos (artículo 11°).

La no aplicación de los convenios 97 y 143 a los trabajadores migratorios fronterizos nos obliga a plantear la interrogante de si dicha exclusión se debe al hecho de no considerar a estos trabajadores como migrantes propiamente dichos en tanto que estos trabajadores conservan su residencia en el país vecino y no tienen intención de residir en el Estado de empleo. De ser así, nos queda la interrogante de cuál sería el marco de protección adecuada para garantizar la no vulneración de los derechos que asisten a estos trabajadores migratorios fronterizos.

En nuestra opinión, los Convenios 97 y 143 están pensados desde la lógica de un trabajador migratorio que cuenta con un contrato de trabajo escrito; por tanto, se inspiran en una relación laboral establecida formalmente, mediante un contrato de trabajo debidamente registrado en

la instancia correspondiente, que sitúa al trabajador migratorio en un estatus migratorio regular. Podemos observar entonces que los diferentes instrumentos internacionales si bien establecen un marco de protección general de los derechos fundamentales, en la práctica, sin embargo, pareciera haberse estado excluyendo del ámbito de protección de esta normatividad internacional tanto a las personas migrantes en situación irregular como a aquellos trabajadores migrantes que no entraban en las categorías migratorias establecidas por las legislaciones nacionales o internacionales, como es el caso de los trabajadores migratorios fronterizos, hecho que intentó ser corregido posteriormente por la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Luego de una evolución de años en el tratamiento del tema, se llega a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 18 de diciembre de 1990 y en vigor a partir del 1 de julio de 2003, la cual presenta, a nuestro entender, un salto importante respecto de otras convenciones anteriores sobre minorías desprotegidas, lo mismo que en relación con los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. El salto fundamental se da, porque se establece ahora sí un principio de igualdad y no discriminación, que cubija a los trabajadores migrantes en situación irregular, ignorando además la distinción de otros convenios entre ciudadanos y no ciudadanos. (Bolaños 2003)

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y su Familiares.

La Convención recoge los principios consagrados en los instrumentos fundamentales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, así como los principios y normas establecidas en los instrumentos pertinentes elaborados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo.

Esta Convención es un tratado internacional de carácter global que toma como base la realidad que viven las personas migrantes en el planeta, y que además recoge medio siglo de documentos internacionales a favor de los derechos de los seres humanos. La Convención ignora las razones de la migración, no la califica, solamente dice que todos los migrantes y personas que estén fuera de los países donde son ciudadanos tienen derechos. Deja claro que el conjunto de derechos de las personas viaja con ellas y que por lo tanto deben ser garantizados no importa donde estén. (Mesa Nacional para las Migraciones – República Dominicana: 2003)

La Convención es considerada como un marco óptimo para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, como bien lo señala la Defensoría del Pueblo de Perú, “Este tratado establece un marco mínimo de protección para todos los trabajadores migrantes, en el que se incluyen los derechos fundamentales y algunos derechos económicos y sociales” (Defensoría del Pueblo, 2009).

El artículo 1° establece que la Convención será aplicable, salvo que en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnica o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio,

estado civil o cualquier otra condición. Se establece, asimismo, que la Convención será aplicable durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como de regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

La Convención entiende por trabajador migratorio a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. En su Artículo 2° se distinguen las siguientes categorías de trabajador migratorio:

- Trabajador fronterizo: todo trabajador migratorio que conserva su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regresa cada día o al menos una vez por semana.
- Trabajador de temporada: todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año.
- Trabajador marino: todo trabajador migratorio empleado en una estructura marina que se encuentre bajo la jurisdicción de un Estado que no sea nacional.
- Trabajador itinerante: todo trabajador migratorio que, aun teniendo su residencia habitual en un Estado, tenga que viajar a otro Estado u otros Estados por períodos breves, debido a su ocupación.

- Trabajador vinculado a un proyecto: todo trabajador migratorio admitido a un Estado de empleo por un plazo definido para trabajar solamente en un proyecto concreto que realice en ese Estado su empleador.
- Trabajador con empleo concreto, distingue dos tipos: (1) el que haya sido enviado por su empleador por un plazo limitado y definido a un Estado de empleo para realizar una tarea o función concreta; y, (2) el que realice, por un plazo limitado y definido, un trabajo que requiera conocimientos profesionales, comerciales, técnicos o muy especializados.
- Trabajador por cuenta propia: todo trabajador migratorio que realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares.

Al establecer la categoría de trabajador migratorio fronterizo, la Convención avanza en el reconocimiento de un grupo de personas que tradicionalmente estaban invisibilizados y no eran considerados en la definición de las políticas migratorias. A este grupo de trabajadores muchas veces se les ha confundido con los trabajadores de temporada y, como sucede en el caso de Perú y Chile, la ausencia de esta categoría migratoria en sus legislaciones nacionales no ayuda a generar una data adecuada que permita diseñar e implementar políticas migratorias acordes con la realidad que atraviesan en la frontera peruano-chilena.

La Parte III de la Convención, sobre derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, enumera una serie de derechos aplicables a todos los trabajadores migratorios independientemente de su estatus migratorio, entre las cuales podemos subrayar el derecho a salir libremente de cualquier estado (artículo 8°), a no ser sometido a torturas ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 9°), a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 11°, inc. 1), a no realizar trabajos forzados u obligatorios (artículo 11°, inc. 2), a no ser privado arbitrariamente de sus bienes (artículo 15°).

Respecto a los derechos laborales fundamentales, la Convención establece en su artículo 25°, que los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y a las condiciones de trabajo –horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo-, y condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio.

Asimismo, en su artículo 26° se establece que los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;

afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente; y, solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas. Se precisa que el ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

Con respecto a la seguridad social, el artículo 27° establece que los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.

Asimismo, se establece que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesario para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. La atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo (artículo 28°).

Respecto al derecho a la educación de los hijos de los trabajadores migratorios se señala que todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo (artículo 30°).

En su Parte IV, la Convención establece otros derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares que estén documentados o se encuentren en situación regular, como: derecho a la libertad de movimiento en el territorio del Estado de empleo y a escoger libremente en él su residencia (artículo 39°); establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole (artículo 40°); a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación (artículo 41°).

Se enfatiza, asimismo, el derecho a la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con el acceso a instituciones y servicios de enseñanza; el acceso a servicios de orientación profesional y colocación; el acceso a servicios e instituciones de formación

profesional y readiestramiento; el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres; el acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes (artículo 43°). Asimismo, la Convención establece que todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate, así como el acceso a servicios sociales y de salud (artículo 45°).

Debemos precisar que esta Convención es el principal tratado internacional que define el marco principal de la legislación migratoria en el Perú. El Perú lo ratificó el 10 de septiembre del 2005, mediante Decreto Supremo N°071-2005-RE.

Se considera que la CTM es el instrumento de derecho internacional más completo en materia de protección de los derechos de estas personas. Sin embargo, su ámbito de aplicación no se extiende a todos los migrantes, sino que comprende –como en el caso de los Convenios OIT- únicamente a los migrantes trabajadores y sus familias [independientemente de su estatus migratorio]. (Defensoría 2009: 71)

Como lo establece el artículo 7° de la Convención, los Estados partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la convención. La Convención forma parte del ordenamiento interno de la legislación

migratoria peruana. Desde su ratificación en setiembre de 2004, dicha Convención es fuente interpretativa constitucional. Por ello, se le reconoce un rango constitucional dentro del ordenamiento legislativo peruano, de acuerdo al Tribunal Constitucional, con relación a los casos de Tratados de Derechos Humanos. (Moura 2012: 35).

Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social

En el marco internacional de protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios, la preocupación por garantizar la seguridad social está presente en los gobiernos de la región. En este sentido, el 10 de noviembre de 2007 se firma el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social que pretende responder a la necesidad de contar con un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones que garanticen los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, a fin de que puedan disfrutar los beneficios generados con su trabajo en los países receptores.

El Convenio asegura a cualquier trabajador de los Estados partes, así como a sus familiares beneficiarios y derechohabientes, que se le reconocerá el tiempo de cotización en cada uno de los países iberoamericanos que haya cotizado a efectos de computar el periodo exigido para obtener una pensión. Según lo establecido en su artículo 3°, el Convenio se aplicará a toda legislación relacionada con prestaciones económicas de invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional. Quedan excluidos las prestaciones médicas, los

regímenes no contributivos, la asistencia social o prestaciones a favor de víctimas de la guerra o de sus consecuencias (Artículo 2° y 3°).

Debemos precisar que el Perú ha suscrito el Convenio pero aún no lo ha ratificado. Chile, por su parte, suscribió y ratificó el Convenio.

Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002)

En el 2002, con ánimos de avanzar en la dinámica de integración regional se firmó el Acuerdo de Residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR, el mismo que se viene implementando desde el 2009. Los Estados de Perú, Ecuador y Colombia se han adherido al Acuerdo de Residencia, sin embargo Chile no ha manifestado voluntad de ratificar la adhesión legal efectuada por estos países, incluido el Perú, lugar donde ya se viene aplicando dicho acuerdo a los ciudadanos chilenos.

En un claro sesgo reticente a la integración regional y la construcción de una ciudadanía suramericana, el art. 173 del borrador [del Proyecto de Ley Migratoria chileno] da “por ratificado” el importante Acuerdo de Residencia de Mercosur, Bolivia y Chile, del año 2002, que ya se aplica desde 2009, dejando significativamente omitido la necesidad de ratificar e implementar las adhesiones legales hechas por Perú y Ecuador en 2011 y Colombia en 2012, que el Congreso chileno no ratifica, a pesar de incumplir con el principio de reciprocidad con Perú que ya aplica este tratado migratorio de integración regional a los chilenos. (Jiménez, 2013)

El Acuerdo permite otorgar residencia por dos años a los nacionales de una parte que manifiesten voluntad de residir en otro país miembro del MERCOSUR y que acrediten su nacionalidad y no tengan antecedentes penales, sin exigir un contrato de trabajo ni ningún otro requisito;

permitiendo, al mismo tiempo, regularizar a los irregulares que la soliciten sin multas.

Acuerdos bilaterales con Chile

Con la intención de mejorar la gestión migratoria, el Perú ha firmado acuerdos bilaterales con diferentes países de la región, especialmente con los países vecinos; para los fines del presente trabajo, analizaremos los acuerdos bilaterales firmados con la República de Chile relevantes para la configuración de la dinámicas migratorias, especialmente con la situación de los trabajadores migratorios y la gestión fronteriza de Tacna-Arica.

Entre los principales acuerdos tenemos el *Convenio de Tránsito de Personas en la Zona Fronteriza Chileno-Peruana de Arica Tacna*, el cual permite circular por territorio de Arica y Tacna provistos de un salvoconducto que autoriza permanecer por un periodo de hasta 7 días en la zona de Arica, Tacna, y sus localidades aledañas. Los titulares de salvoconductos no pueden transitar fuera de estas ciudades y deberán retornar a su país de origen dentro del plazo estipulado. El salvoconducto no habilita a su titular para ejercer, en el otro país, actividades con fines de lucro, trabajo, profesión, ocupación temporal o permanente, ni fijar domicilio. La contravención a estas reglas implicará el abandono inmediato del país.

El 06 de julio de 2005, se firmó el *Acuerdo para el ingreso y tránsito de nacionales peruanos y chilenos en calidad de turistas con documentos de*

identidad, ratificado por Decreto Supremo N° 055-2005-RE y vigente desde el 09 de diciembre del 2005. Dicho Acuerdo facilita el movimiento de nacionales de cada país en calidad de turistas, con los correspondientes documentos de identidad. El plazo de vigencia de la calidad de turista es de 90 días prorrogables hasta por otros 90 días (artículo 4°). Se establece asimismo que podrán ingresar al otro país a través de los pasos fronterizos, puertos y aeropuertos legalmente habilitados para el ingreso y salida internacionales de personas (artículo 5°). A quienes se acogen a este Acuerdo no se les permite realizar actividades remuneradas.

Perú ha firmado también el *Memorándum de Entendimiento sobre Cooperación Laboral y Migratoria entre la República de Chile y la República de Perú*. Ratificado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-RE, que entró en vigencia el 1 de marzo de 2009. Este Memorándum establece como objetivos en cooperación laboral y migratoria, entre otros, la de promover el desarrollo de políticas y prácticas laborales y migratorias que mejoren las condiciones de trabajo y los niveles de vida de las personas migrantes, así como el de respetar los derechos laborales fundamentales de los trabajadores migratorios. Para dicho fin, se comprometen a adaptar su normatividad interna para proteger estos derechos, como: el derecho de asociación, el derecho a organizarse y negociar colectivamente, la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzado u obligatorio.

Existe también el *Acuerdo Marco para la implementación de sistemas de control integrado y de cooperación para la facilitación del tránsito en los pasos de frontera habilitados entre la República de Chile y la República de Perú*. Suscrito el 19 de enero del 2011; el *Convenio de Transporte de Pasajeros por Carretera entre Tacna y Arica*, vigente desde el 13 de febrero de 2006; el *Convenio de Seguridad Social entre la República de Perú y la República de Chile*, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28067 del 23 de agosto de 2002. Asimismo, se cuenta con el *Acuerdo administrativo para la implementación del convenio de seguridad social entre la República del Perú y la República de Chile*. Ratificado mediante Decreto Supremo N° 104-2005-RE, del 23 de agosto de 2005; y, el *Acuerdo entre el gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile* que permite a la autoridad política en las ciudades de Tacna y Arica expedir salvoconductos colectivos que les permita visitar las ciudades de Arequipa e Iquique, firmado el 06 de febrero de 1998.

Todo este marco normativo garantiza un sistema amplio de protección de los derechos humanos de los migrantes, incluidos los trabajadores migratorios fronterizos. Sin embargo, es necesario precisar nuestra comprensión sobre la categoría de trabajador migratorio fronterizo dentro del conjunto normativo, pues, aparentemente, se presenta como una categoría de trabajador migrante que demanda especial atención en tanto no se trata de personas migrantes que tienen planeado establecer su residencia en el Estado de empleo. Esta situación caracteriza la movilidad de las personas en las zonas fronterizas, y es el caso de la frontera

Tacna-Arica. Como hemos visto en el primer capítulo, hay muchos peruanos que se desplazan a la región de Arica y Parinacota a realizar actividades remuneradas pero que, por diferentes motivos, no han establecido su residencia en territorio chileno y no tienen planeado hacerlo. Dado la existencia de una relación laboral, en la que una de las partes –el trabajador- ingresa transgrediendo la prohibición de realizar una actividad remunerada, considerándose consecuentemente como migrante en situación irregular, se hace necesario analizar si los derechos reconocidos por los tratados y convenios internacionales le son aplicables en tanto trabajador, independientemente de su condición o estatus migratorio de irregularidad o indocumentado.

2.2. Alcance de los derechos humanos: el caso de los trabajadores migratorios fronterizos y los migrantes irregulares

2.2.1 Trabajadores Migratorios Fronterizos

Lo analizado hasta el momento hace necesario revisar la categoría de trabajador migratorio fronterizo y establecer las diferencias con los trabajadores por temporada, lo cual resulta clave para establecer las políticas públicas migratorias tanto en Perú como en Chile.

La definición del trabajador fronterizo no está suficientemente claro en la bibliografía existente; muchas veces se la confunde con el trabajador de temporada y se intenta diseñar políticas relacionadas con la temporada o estación de producción agrícola, manifestando con ello un

desconocimiento de las particularidades propias perteneciente a esta categoría de trabajador migratorio.

Una de las principales características del trabajador migratorio fronterizo es la ubicación de su residencia fuera del Estado de empleo, hecho que lo coloca entre dos naciones, dos marcos jurídicos nacionales, dos fronteras con dinámicas políticas, económicas, sociales y culturales diferentes.

Lo que distingue al trabajador fronterizo del migrante clásico es el hecho de residir en un Estado y trabajar en otro. El emigrante abandona por completo su país de origen, con o sin su familia, para residir y trabajar en un país distinto del suyo. En cambio, el trabajador transfronterizo tiene una doble vinculación nacional, en función de sus lugares de residencia y de trabajo. (Parlamento Europeo, 1997).

Como hemos señalado, la Convención entiende por “trabajador migratorio” a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional (Artículo 2º, inciso 1). Además, establece que “trabajador fronterizo” es todo trabajador migratorio que conserve su residencia habitual en un Estado vecino, al que normalmente regrese cada día o al menos una vez por semana (artículo 2º, inciso 2.a). En este sentido, podemos afirmar que el núcleo principal que configura la categoría de trabajador migratorio fronterizo es el hecho que el trabajador conserva su residencia en el país vecino al Estado de empleo, produciéndose una separación entre país de residencia y país de trabajo, situación fáctica que lo coloca bajo dos marcos normativos nacionales y sus subsecuentes políticas de protección

de derechos sociales y económicos, en especial aquellas normas referidas a los derechos laborales.

Por su parte, el artículo 2°, inciso 2.b, de la Convención, define al “trabajador de temporada” como todo trabajador migratorio cuyo trabajo, por su propia naturaleza, dependa de condiciones estacionales y sólo se realice durante parte del año. El núcleo principal de esta categoría de trabajadores está dado por la temporalidad de la actividad laboral sujeta a las estaciones que marcan la producción principalmente agrícola. En este caso, el trabajador no regresa diariamente o a la semana a su país de residencia habitual, sino que se establece por un período determinado mientras dura la producción o la cosecha. En este sentido, podemos afirmar que el marco normativo está perfectamente definido por el Estado de empleo.

La Convención establece, asimismo, que los trabajadores fronterizos gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV de La Convención, en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo, teniendo en cuenta que no han establecido su residencia habitual en dicho Estado. Estos derechos, entre otros, son los enunciados en el artículo 43°, a saber, el acceso a instituciones y servicios de enseñanza, servicios de orientación profesional y colocación, servicios de formación profesional y readiestramiento, el acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres; acceso a servicios sociales y de salud, entre otros.

Debemos llamar la atención sobre este punto dado que la Convención enuncia estos derechos pensando en los trabajadores migratorios regulares o documentados. Cabe interrogarnos, por tanto, si la Convención, al establecer que los trabajadores migratorios fronterizos son titulares de los derechos establecidos en la parte IV, entiende o asume que los trabajadores migratorios fronterizos gozarán de los derechos enunciados independientemente de si están facultados para trabajar o no. La Convención parece estar privilegiando la relación fáctica laboral más que los requisitos formales que condicionan el estatus migratorio y restringen las posibilidades laborales. En otras palabras, la Convención asume que los derechos laborales surgen de la relación de trabajo existente, y no pueden ser limitados por condicionantes administrativas.

Si revisamos la normatividad peruana, encontraremos el Decreto Legislativo N° 1043, que modifica la Ley de Extranjería peruana, el cual entiende como trabajador migratorio a todos aquellos que ingresan al país con el fin de realizar actividades laborales en virtud de un contrato previamente aprobado por el Ministerio de Trabajo (artículo 1°, inciso p). Asimismo, entiende por inmigrante a todos aquellos que ingresan al país con el ánimo de residir y desarrollar sus actividades en forma permanente (artículo 1°, inciso v). Tanto la Ley de Extranjería (Decreto Legislativo N°703) como el Decreto Legislativo N°1043 que la modifica, definen al trabajador migratorio en función de la existencia de un contrato de trabajo, por tanto, del aspecto formal que autoriza a realizar una actividad remunerada. No se parte del hecho laboral o existencia fáctica de la

relación laboral como hecho constitutivo de los derechos laborales de los trabajadores migrantes si no de la condición administrativa regular. Esta visión es contraria a la que observamos en la Convención, que parte de la existencia de una relación laboral independientemente de la condición administrativa.

Es preciso señalar que Ley de Extranjería (Decreto Legislativo N° 703) no contempla la categoría de trabajador migratorio fronterizo. Sin embargo, se señala que esta ley es de aplicación en lo que no se oponga a los tratados y convenios internacionales, de los cuales el Perú sea parte y contengan normas referidas a extranjeros. Con lo cual, podríamos sostener que los derechos contemplados a los trabajadores migratorios en general y, principalmente, a los trabajadores migratorios fronterizos estarían garantizados sin sujeción a una condición migratoria regularizada.

Asimismo, la ley para la contratación de trabajadores extranjeros tampoco categoriza a los trabajadores migratorios, aunque establece que las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros (artículo 4°; D. Legislativo N° 689). El Reglamento de la ley, modificado por Decreto Supremo N° 023-2001-TR, publicado el 18-07-2001, establece que los contratos de trabajo de personal extranjero son aprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo; se señala, asimismo, que el personal sólo podrá iniciar la prestación de servicios

aprobado el respectivo contrato de trabajo y obtenida la calidad migratoria habilitante.

Por su parte, la normatividad chilena, en el Decreto Ley 1094, Ley de extranjería chilena promulgada el 14 de julio de 1975, establece que no se podrá dar ocupación a los extranjeros que no acrediten previamente su residencia o permanencia legal en el país o que están debidamente autorizados para trabajar o habilitados para ello (artículo 74°). Se establece, asimismo, que para dar hospedaje o arrendar un inmueble, se debe exigir previamente que acrediten su residencia legal en el país. Y, se precisa que la calidad de “residente sujeto a contrato” otorga la posibilidad de ejercer una actividad laboral remunerada. Este marco normativo es desarrollado en el Reglamento de Extranjería, Decreto Supremo N° 597, promulgado el 14 de junio de 1984. Como se puede observar, la normatividad chilena no niega los derechos laborales al trabajador, sea este nacional o inmigrante; lo que ella regula es simplemente una condicionante para admitir como parte de una relación laboral a un migrante que no se encuentre autorizado a realizar actividades remuneradas, sin embargo, de establecerse una relación laboral surgirán los derechos laborales correspondientes y, al mismo tiempo, el Estado quedará facultado a imponer multas a las personas o empresas que contraten personal que no cuenten con autorización para trabajar, pero en ningún momento se establece la negación de la condición de trabajador ni se le deniegan los derechos propios a toda relación laboral. Finalmente,

debemos precisar que el marco normativo chileno tampoco contempla la categoría de trabajador migratorio fronterizo.

Si bien los derechos laborales de los trabajadores fronterizos se encuentran reconocidos en el sistema internacional de derechos humanos, existen todavía vacíos a nivel de la legislación nacional, tanto de la República de Chile como de Perú, razón por la cual es necesario aplicar supletoriamente el marco de protección garantizado por la Convención internacional. Sin embargo, considerando que los derechos laborales surgen a partir del establecimiento de la relación laboral, es posible afirmar que la aplicación del marco de protección de derechos laborales fundamentales aplicables a los trabajadores que se encuentran dentro de la jurisdicción chilena o peruana, según sea el caso, es perfectamente viable. En este caso, debemos establecer las características de los derechos laborales fundamentales protegidos por los marcos nacionales tanto de Chile como de Perú para, a partir de ello, establecer el derecho fundamental materia de protección. Esta será tarea del tercer capítulo, mientras tanto, debemos analizar si la diferencia de estatus migratorio marca diferencias en la aplicación de las normas internacionales de protección de derechos humanos. En otras palabras, debemos establecer previamente si la protección de los derechos laborales fundamentales está sujeta a la condición de regularidad del estatus migratorio del trabajador migratorio.

2.2.2 Los derechos laborales fundamentales de los migrantes en condición migratoria irregular

El marco normativo del sistema internacional de derechos humanos, complementada con la normatividad especial de protección a las personas migrantes, parecieran ser suficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familiares; sin embargo, la aplicabilidad de los derechos reconocidos en estos instrumentos internacionales no es suficientemente asumida en la definición de las políticas migratorias de algunos países de la región, quienes comenzaron a restringir los derechos laborales fundamentales de los migrantes en situación irregular.

Si bien se reconocía los derechos laborales fundamentales de los migrantes, ésta quedaba condicionada a la regularidad de su estatus migratorio. Este hecho motivó al gobierno mexicano a solicitar una opinión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2003) sobre la “[...] privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes,] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos” (Corte IDH, 2003). La consulta del gobierno mexicano incluía la obligación de garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación.

El gobierno mexicano, guiándose por lo consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, el artículo 24° de la Convención Americana, el artículo 7° de la Declaración Universal y el artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preguntaba si se podía establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos (Corte IDH, 2003). Asimismo, invocando los artículos 2°, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana, y los artículos 2° y 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 1° y 24° de la Convención Americana, interrogaba si la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en estas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción (Corte IDH, 2003). Asimismo, reconociendo los deberes de los Estados a garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva ante la ley que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, el gobierno mexicano consultó si puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando en cuenta como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos (Corte IDH, 2003).

Un primer aspecto que la Corte IDH enfatiza en su opinión consultiva 18/03 del 17 de septiembre de 2003, es que la situación migratoria no es

condición para la aplicabilidad de los derechos humanos. Los derechos humanos son universales y no pueden ser limitados por una estatus administrativo, como es la situación migratoria de un individuo en un país receptor. La Corte IDH asume que el principio de igualdad y no discriminación es el sustento para garantizar esta universalidad de los derechos humanos; en este sentido, la Corte IDH es de opinión que “[...] la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, [...], dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlos a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio”. (Corte IDH, 2003).

De esta forma, la Corte IDH, es enfática al sostener que los Estados “no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos” (Corte IDH, 2003). Las obligaciones asumidas por los Estados a nivel internacional no entran en contradicción, por tanto, con el derecho de soberanía que tienen los Estados. Ahora bien, hay una nueva forma de entender la soberanía, compatible con los compromisos y obligaciones que nacen de los instrumentos internacionales de derechos humanos. De esta forma, la dignidad humana, núcleo de todo el sistema internacional

de derechos humanos, deviene la base sobre la cual se articulan las políticas domésticas promovidas por los Estados en su jurisdicción.

Un aspecto importante señalado por la Corte IDH es lo relacionado al surgimiento de la relación laboral y, consecuentemente, de los derechos laborales propios de dicha relación. La Corte IDH se centra en el hecho laboral en cuanto tal, independientemente de la condición migratoria que ostenta el sujeto de la relación. En este sentido, lo importante es examinar los elementos propios de una relación laboral –la existencia de un empleador y la realización de una actividad remunerada-, para definir los derechos laborales que le corresponde. Es decir, establecido la condición de trabajador surgen inmediatamente los derechos laborales correspondientes.

Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. [...] .Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en este Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna. (Corte IDH 2003)

La Corte IDH es de opinión que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados,

independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”. (Corte IDH 2003)

Dicho esto, la Corte IDH aclara que los Estado y los particulares, tales como los empleadores, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados y pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular. Sin embargo, si los migrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas migrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con otros trabajadores (Corte IDH 2003).

La opinión consultiva de la Corte IDH disipa las dudas existentes respecto a la aplicabilidad de la normatividad internacional de derechos humanos a los trabajadores migratorios que se encuentran en situación irregular en el país receptor. Queda establecido, por tanto, que la existencia de los derechos laborales y el deber de protección no obedece a la calidad migratoria si no a la existencia de una relación laboral. Debemos precisar, que la opinión consultiva de la Corte IDH no tiene fuerza vinculante para los Estados miembros de la OEA, sin embargo, sirven para guiar futuras

interpretaciones de la Corte IDH propiamente dicha y, pueden, al mismo tiempo, ser tomadas en cuenta por los jueces en cada uno de los países de la región.

Respecto a las interpretaciones realizadas por la Corte IDH, Landa cita la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0217-2002-HC/TC, Caso de Crespo Bragayrac, para afirmar la fuerza vinculante de las decisiones de los Organismos del Sistema Interamericano,

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados de derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la región”. (Landa 2006: 123)

Según Landa, todos y en especial el Tribunal Constitucional, “deben interpretar los derechos fundamentales, en función no sólo del texto constitucional; sino, también, de las resoluciones, recomendaciones y opiniones que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión hayan establecido, para la tutela de los derechos humanos” (Landa 2006: 127).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano:

12. La vinculatoriedad [obligatoriedad] de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza

sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT [Cuarta. de las Disposiciones Finales y Transitorias] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

14.- En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte. (Exp. 2730-2006-PA/TC. Fundamento 12 y 14).

En lo que concierne al tema migratorio, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que, “el proceso de gestión migratoria del Estado peruano está sujeto a la plena disposición y concordancia con los tratados internacionales a los que el Perú es parte, con la finalidad de evitar incompatibilidades entre estos” (Exp. 00065-2008-PA/ TC. Fundamento 3). Estas normas, por tanto, constituyen un marco de referencia indispensable para la comprensión de los derechos fundamentales de todos, especialmente de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los trabajadores migratorios fronterizos en situación administrativa irregular.

Estos instrumentos reconocen el principio de igualdad y no discriminación en su aplicación, el cual resulta de especial relevancia para la protección de los derechos de las personas migrantes. En efecto, según los referidos tratados –y el derecho internacional consuetudinario-, el elemento nacionalidad se debe considerar como un factor de no discriminación para el reconocimiento de los derechos fundamentales de estas personas. (Defensoría 2009: 68)

Sin embargo, como bien indica el informe anual de la Organización de Estados Americanos (OEA), “en materia de jurisprudencia internacional existe un vacío preocupante en cuanto a la protección de trabajadores migratorios. La falta de instrumentos que garanticen los derechos de estas personas deriva en gran medida de la reticencia de los Estados a firmar acuerdos que podrían limitar su capacidad para controlar la inmigración y comprometerlos a otorgar una serie de derechos y beneficios a extranjeros” (CIDH 2001). En este sentido, la jurisprudencia que se vaya construyendo en la materia deberá tomar en consideración el marco supranacional e integrarlo al marco jurídico nacional,

Si en caso de conflicto entre una norma constitucional y una ley nacional, prima la primera en función del principio de jerarquía normativa, que no es otro que el de la supremacía constitucional, reconocido en el art. 51° de la Constitución; con la misma razón se puede señalar que una sentencia constitucional prevalece sobre una sentencia basada en la ley. En consecuencia, en la medida que los tratados sobre derechos humanos protegen los derechos fundamentales por sobre una ley, en todo lo que la favorezca o promueva, también prevalecen sobre una sentencia nacional basada en la ley, que la limite o afecte. (Landa 2006: 123)

2.3 Tendencias actuales de la jurisprudencia a nivel nacional e internacional: la igualdad de trato y oportunidades

Como hemos visto, tanto el sistema internacional de derechos humanos, como el sistema interamericano, brindan un marco amplio de protección de los derechos humanos aplicables a los trabajadores migratorios, los mismos que no están condicionados a gozar de un estatus migratorio regular y que los Estados se han comprometido a hacer cumplir y respetar. Esta tutela de los derechos humanos, fundada en la persona y en el respeto a su dignidad, permite garantizar los derechos laborales fundamentales de los trabajadores migratorios, incluidos los trabajadores fronterizos, en el Estado de empleo. En este sentido, y tomando en consideración el horizonte de la relación laboral existente, el principio de igualdad de trato y oportunidades deviene en el núcleo para una mejor comprensión y protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios.

El principio de igualdad de trato prohíbe al empleador toda diferenciación entre trabajadores en situación comparable que se realice sin causa justificada o bien arbitrariamente. La prohibición de diferenciación sin causa justificada constituye un concepto jurídico indeterminado que debe ser complementado y precisado con las prohibiciones legales de diferenciación, las que configuran la necesaria medida de valoración al momento de proceder a aplicar el principio de igualdad de trato. Desde esta perspectiva, una diferenciación entre trabajadores en situación comparable será injustificada cuando contravenga una prohibición absoluta o relativa de diferenciación. (Caamaño 2000).

Este mismo autor sostiene que “Desde la perspectiva jurídica, la igualdad entre las personas implica estrictamente que la identidad que existe entre ellas reside en que todas y todos, sin excepción, son titulares de los mismos derechos y obligaciones, por lo que la igualdad jurídica es la

idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, de que los titulares entre sí son diferentes” (2000:12)

La igualdad de todos los seres humanos remarcada tanto por los instrumentos internacionales como por la normatividad nacional es condición de posibilidad para hacer efectivo la igualdad de trato y oportunidad, excluyendo todo indicio de discriminación en la relación establecida. Como bien dice Caamaño, “El principio de igualdad de trato posibilita una forma de interacción entre los sujetos de una relación laboral basado en el respeto, la equidad, en las no exclusiones, en el rechazo a las prácticas arbitrarias e injustas y, por ende, en la confianza y en la participación” (Caamaño, 2000). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que la igualdad de trato obliga a los Estados y particulares a no generar diferencias arbitrarias que afecten a los trabajadores en su calidad de seres humanos,

Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. La igualdad de oportunidades —en estricto, igualdad de trato— obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria. En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de

no discriminación prevista por la Constitución. (Exp. 008-2005-PI/TC, Fundamento 23.)

Según Caamaño, para proceder a aplicar el principio de igualdad de trato a una determinada actuación colectiva del empleador, se deben tener en cuenta los siguientes requisitos: (a) conformación de grupos, es decir, debe existir un conjunto de trabajadores en situación comparable, quienes son destinatarios de las medidas impuestas por el empleador, tales como turnos, tiempos de trabajo; (b) existencia de una relación jurídica laboral vigente entre trabajador y empleador; y, (c) establecimiento de un nuevo orden por el empleador, esto supone que el empleador de forma unilateral y voluntaria implementa un nuevo orden en la empresa, en relación a remuneraciones o condiciones de trabajo, que afecta la igualdad de los trabajadores, como puede ser la exclusión arbitraria de las nuevas condiciones garantizada por el empleador que pueden derivar en perjuicio. (Caamaño 2000).

El principio de igualdad de trato y oportunidades sirve de base para el conjunto de derechos laborales reconocidos por el sistema interamericano. Si revisamos el Protocolo de San José, encontraremos que el derecho al trabajo incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (artículo 6°); asimismo, este derecho supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados deben garantizar una remuneración que asegure condiciones de subsistencia

digna y decorosa para ellos y sus familiares y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción; asimismo, el Estado debe garantizar, entre otras cosas, la seguridad e higiene en el trabajo y la prohibición de labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años; limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales; el descanso, remuneración en los días feriados (Artículo 7).

La Corte reafirma la importancia de estos derechos,

Esta Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y a sus familias gozar de un estándar de vida digna. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano. (Corte IDH 2003).

Todos estos derechos son inalienables y les corresponden a todos los trabajadores, independientemente de su estatus migratorio; sin embargo, muchos de estos derechos que son fundamentales para los trabajadores migratorios muchas veces no son respetados por los Estados,

En el caso de los trabajadores migrantes, hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y sin embargo son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzado u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. (Corte IDH 2003).

Como lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, el carácter irrenunciable de los derechos laborales fundamentales, reconocidos por la Constitución y la ley, está protegida incluso contra la misma voluntad manifiesta de renunciar a ellos,

Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos "(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley". No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre. (Exp. 0008-2005-AI/TC. Fundamento 24)

Ahora bien, estos derechos reconocidos a los trabajadores implica la existencia de una relación laboral, más no la exigencia de una determinada condición administrativa, como es la situación de irregularidad en la que se pueden encontrar algunos trabajadores migrantes,

La Corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados, que se encuentren en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales, poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlo. (Corte IDH 2003)

Debemos precisar que, en el Perú, a nivel constitucional se establece que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin

supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1°, CPP); asimismo, se señala, en el artículo 44°, como deber primordial del Estado, el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Asimismo, el artículo 55° establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En este sentido, se manifiesta que se puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte. Adicionalmente, la cuarta disposición final y transitoria establece que la interpretación de las normas deberán efectuarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Este último punto se complementa con el artículo V del título preliminar del Código Procesal Constitucional, el mismo que establece que el contenido y alcance de los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de lo que el Perú es parte.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha establecido jurisprudencia sobre el rango jerárquico de los tratados internacionales de derechos humanos:

De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad

con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región. (Exp.218-02-HC/TC. Fundamento 2).

(...) se ha subrayado que, de conformidad “con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región” (Exp.0217-2002-HC/TC). (Exp.26-2004-AI/TC, Fundamento 13).

No solo se trata de adecuar la normatividad nacional al derecho internacional, sino que las prácticas estatales deben adecuarse al marco internacional.

La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de las políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos. (Corte IDH 2003).

En este sentido, como bien sostiene la Corte, existe el deber de respetar y garantizar los derechos laborales de todos los trabajadores. Consecuentemente, el Estado debe respetar y hacer respetar los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Tiene, por tanto, la obligación de cuidar que los

empleadores privados no violen los derechos laborales fundamentales que corresponden a todo trabajador, sea nacional o inmigrante, en situación regular o irregular.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de sus condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales. (Corte IDH 2003).

CONCLUSIÓN

El sistema universal, como el sistema interamericano, establece un marco de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios asumiendo como punto de partida la facticidad de la relación laboral. A su vez, el marco normativo tanto de Perú como de Chile establecen requisitos formales para contratar a extranjeros, sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos formales no impide la generación de derechos laborales propios a la relación laboral. Ambos países establecen mecanismos de supervisión para garantizar el cumplimiento de la normatividad nacional; en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, se imponen sanciones y multas a los empleadores. No se niega, consecuentemente, la existencia de derechos fundamentales laborales en tanto exista o haya existido una relación laboral, aunque esta relación haya surgido infringiendo los requisitos formales exigidos para la contratación de trabajadores extranjeros.

Asimismo, de acuerdo a la interpretación realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida en la OC/18, los derechos laborales fundamentales no están sujetos a condición migratoria administrativa, sea irregular o indocumentado, lo importante, según la Corte, es la verificación de la existencia de la relación laboral. Esta interpretación si bien no es vinculante, sí orienta las tendencias referidas a la protección de derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familiares.

Por su parte, la inexistencia de la categoría específica de trabajador migratorio fronterizo en la legislación nacional de Perú y Chile impide establecer mecanismos adecuados de protección de sus derechos fundamentales; muchas veces se les confunde con los trabajadores por temporadas y se establecen políticas de empleo por estaciones que no corresponden a esta categoría de trabajador. Por su parte, la Convención establece la categoría de trabajador fronterizo y les otorga un conjunto de derechos como a los trabajadores migratorios que gozan de una situación migratoria regularizada. En este sentido, queda abierta la interrogante respecto a los derechos que corresponden a estos trabajadores considerando que conservan su residencia en el país vecino al Estado de empleo.

Un análisis de los principales derechos fundamentales, por tanto, se hace necesario a fin de proteger a esta población que circula constantemente entre dos culturas, dos marcos jurídicos nacionales, dos sistemas

nacionales de protección de los derechos fundamentales. Este análisis es necesario, más aún, si tenemos en cuenta que entre Perú y Chile existen heridas que no acaba de cicatrizar y que han ido consolidando prejuicios y estereotipos entre ambas naciones que ponen en riesgo la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos y sus familiares.



Capítulo III:

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS FRONTERIZOS DE TACNA-ARICA

En los capítulos precedentes sostuvimos que por la frontera de Tacna y Arica se desplaza semanalmente un contingente numeroso de trabajadores migratorios fronterizos, quienes, haciendo uso del convenio de los siete días, cruzan la frontera declarando formalmente que van como turistas, aunque sus motivaciones reales son las de buscar trabajo. Los derechos humanos de estos trabajadores están protegidos por el marco jurídico universal y regional, sin embargo, el marco jurídico nacional tanto de Perú como de Chile no contemplan la categoría de trabajador migratorio fronterizo. Dicha ausencia de regulación no elimina la responsabilidad que tienen ambos Estados de garantizar la protección de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos.

Como sabemos, los derechos fundamentales son diversos, involucran tanto los derechos denominados personales como aquellos derechos denominados sociales y económicos. En esta oportunidad, por la materia que nos ocupa, nos centraremos en el derecho al trabajo, por ser un derecho matriz desde donde se desprenden otros muchos derechos

fundamentales. El derecho al trabajo, considerado un derecho social, cobra especial importancia en el contexto de las migraciones internacionales, especialmente si se considera que muchas de las personas que cruzan las fronteras nacionales lo hacen, principalmente, buscando oportunidades laborales que les permita mejorar sus ingresos económicos y, por ende, sus condiciones materiales de vida.

En el presente capítulo partimos de la consideración que los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos guardan relación con los derechos fundamentales reconocidos a las personas de manera general, y a los trabajadores migratorios en particular; en este sentido, analizamos la aproximación que han tenido las dos últimas constituciones peruanas respecto a los derechos denominados sociales y económicos, enfatizando su carácter de derechos fundamentales, a pesar que el vigente texto constitucional peruano los ubica en una sección diferente a la de los derechos fundamentales de la personas. Luego, analizamos el derecho al trabajo propiamente dicho desde una mirada de los derechos de los trabajadores migratorios fronterizos, teniendo en cuenta que el marco jurídico laboral nacional se aplica también a los trabajadores extranjeros. Finalmente, tomando en consideración aspectos sociales y culturales, así como la gestión fronteriza y los procesos de integración de las zonas fronterizas, reflexionamos sobre el acceso a la justicia como una de las posibilidades que puede permitir garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos.

3.1 Los derechos sociales y económicos en la Constitución de 1979 y 1993

La tutela efectiva de los derechos sociales y económicos demanda previamente un reconocimiento coherente de dichos derechos en el texto constitucional. En este sentido, hemos de considerar que los dos últimas Constituciones peruanas han diferido en su enfoque en lo que respecta a los derechos económicos y sociales.

La Constitución peruana de 1979 se caracterizó por catalogar una serie de derechos sociales y económicos. El preámbulo demarca su orientación social enfatizando la primacía de la persona humana, iguales en dignidad, y reivindicando el trabajo como deber y derecho de toda persona considerándola como base del bienestar nacional. Dicha Constitución identifica a la justicia como el valor primario de la vida en comunidad e invoca a que el ordenamiento social se cimiente en el bien común y la solidaridad humana. La Asamblea Constituyente de 1978-1979 pretendió promover una sociedad justa y un Estado democrático fundado en la voluntad popular como garantía del respeto de los derechos humanos, la dignidad del trabajo y la participación de todos en el disfrute de la riqueza. De esta forma, entendían, se cancelaría el subdesarrollo y la injusticia.

El ideal expuesto en el preámbulo es desarrollado principalmente en el Título I: Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, especialmente en los capítulos referidos a la familia, la seguridad social, salud y bienestar, la educación, y el trabajo; y, en el Título III: del Régimen Económico, especialmente en los principios generales, artículo 110°, que

establecía que el régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientada a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

Por su parte, la Constitución de 1993, sin negar la importancia de la Constitución de 1979, consideró que dicha Carta Magna no obedecía al nuevo contexto nacional. En palabras de Torres y Torres Lara, congresista perteneciente al grupo partidario de Nueva Mayoría Cambio 90, los hechos habían superado el marco jurídico constitucional: “nuestra posición podría ser resumida así: tenemos pleno respeto por los derechos que están considerados en la actual Constitución; sin embargo, pensamos que la Constitución de 1979 ha quedado vencida por los hechos; no porque sea mala, sino porque es incompleta y porque no responde a la realidad actual” (Congreso de la República 1993: T.I, 193). En efecto, el cambio de contexto orientó la discusión de la redacción de la nueva Constitución, como sostuvo en su momento el representante del Frente Independiente Moralizador (FIM), Fernando Olivera Vega, ante la Comisión de Trabajo y Salud,

En eso tenemos que ser realistas, pero también tenemos que defender los derechos sociales de los ciudadanos, y sí tenemos que reconocerlos expresamente en la Constitución Política. Y aquí sí fijamos posición también, porque frente a algunas tendencias de pensamiento en extremo liberal –que creen que el Perú es una suerte de país ideal en donde los mercados van a funcionar perfectamente y que entonces cabe aplicaciones de economía de mercado pura y a secas y que no les es grato el término social, que les disgusta hablar de derechos sociales-, nosotros tenemos que decir que en un Perú lleno de injusticias, de distancias, de

diferencias, de abusos y de distorsiones, por no ser justamente un mercado desarrollado, tenemos que consagrar la defensa de esos derechos sociales y evitar que se puedan cometer abusos en nombre de una sacrosanta economía de mercado” (Congreso de la República 1993: T.I, 191).

Si bien existía la buena voluntad de salvaguardar los derechos de los trabajadores, esto no fue suficiente al momento de decidir el texto final.

Esta situación nos permite afirmar que el cambio de orientación de la Constitución de 1993 estuvo marcado por el contexto social, económico y político que se había iniciado a inicios de la década de los 80 y había necesidad de generar un marco institucional que incentive la inversión privada en el país. Este nuevo marco constitucional generó voces que manifestaban su preocupación respecto a los derechos sociales protegidos constitucionalmente, especialmente porque algunos derechos laborales reconocidos en pactos internacionales no habían sido incorporados en la Constitución de 1993 y, por consiguiente, se pensaba, no formaban parte del derecho interno.

Es preciso recordar que la carta magna de 1993 instituye una serie de derechos fundamentales de la persona, y en capítulo aparte regula los derechos sociales y económicos, dejando la impresión que estos últimos toman distancia de aquellos que podrían ser considerados como derechos fundamentales. Así, el artículo 1º, del Capítulo I Derechos Fundamentales de la persona, del Título I De la persona y de la sociedad, de la Constitución del Perú de 1993, señala que, “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y

del Estado”. Este artículo constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello es el soporte estructural de todo el edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social (Landa 2006,15).

Cabe señalar, sin embargo, que ambas constituciones contienen derechos sociales, las mismas que enumeraremos sucintamente en orden a tener un panorama amplio de los principales derechos sociales fundamentales reconocidos constitucionalmente y que pueden ser aplicados a los trabajadores migratorios fronterizos.

3.1.1 La Familia

El artículo 5° de la Constitución de 1979 establece que el Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la sociedad. En el artículo 7° se establece que la madre tiene derecho a la protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo. Asimismo, el artículo 8° señala que el niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral; y, en el artículo 10°, se señala que es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa.

En lo que respecta a la protección del matrimonio y la familia, según consta en el Diario de Debates de la Comisión Principal, se puso en cuestión el carácter “natural” de la familia, argumentándose que “en la ciudad de Iquitos se ha descubierto que ha habido distintas modalidades de familia. Puede ser fundamental la actual sociedad, pero no natural,

porque estaríamos yendo contra los principios más elementales” (Congreso de la República 1979: T.I, 319-320). En respuesta a este cuestionamiento, se sostuvo que la palabra “natural cubre desde la época de las cavernas hasta la época actual” (1979: T.I, 320). Sometido a votación, la Comisión aprobó la primera propuesta: “la familia como sociedad natural”, el mismo que fue recogido en el texto constitucional.

Un avance importante del texto constitucional fue la inclusión del texto: “todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención del estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos”. Al respecto, fue interesante la discusión en la Comisión Principal. A la propuesta del texto, “Está prohibida toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”, el Sr. Javier Valle Riestra consideró que era insuficiente y había que avanzar en la eliminación de toda forma de discriminación (Congreso de la República 1979: T.I, 314ss). El fondo de la discusión se refería a los derechos que asisten a los hijos de acuerdo a si nacían dentro o fuera del matrimonio; el asunto era eliminar toda forma de discriminación entre los hijos, hecho que se evidenciaba en el momento de repartir los bienes hereditarios. Si bien muchos simpatizaban con esta idea, los temores se fundaban en que esto podía desestabilizar la institución de la familia, como manifiesta el Sr. Cornejo Chávez, “la verdad, personalmente no tengo una opinión definitiva sobre asunto que es tan grave. Simpatizo por muchas razones efectivas y humanas porque desaparezca la diferencia, pero no estamos estabilizando una institución ya bastante

desestabilizada” (Congreso de la República 1979: T.I, 324). El artículo propuesto fue aprobado por la Comisión.

En la sesión del pleno, la Comisión enfatiza como una de las novedades de la propuesta constitucional “la igualdad, sin discriminación de ninguna especie, entre todos los hijos; la cautela de derechos legítimos originados dentro de familias extramatrimoniales, con miras a defender los bienes gananciales y la filiación” (Congreso de la República 1978: T.V, 300). Asimismo, respecto a la protección de la madre, el artículo inicialmente propuesto señalaba que la madre tiene derecho a la protección de la “sociedad”. En el debate se cambió “sociedad” por “Estado”, porque no se puede legislar sobre la protección que brinda la sociedad por sus obras caritativas.

Asimismo, el derecho a una vivienda decorosa no estaba incluido en la propuesta inicial de la Comisión, pero fue incorporada a propuesta del jurista Cornejo Chávez (Congreso de la República 1978: T.I, 339). El derecho a la vivienda fue considerado de interés social, y no implica necesariamente la propiedad de la vivienda como lo aclara Cornejo Chávez, pues se podría dar una vivienda en alquiler u otra forma. Además, se trataría de un derecho a ir consolidándose progresivamente. Esta parte fue aprobada por unanimidad.

Por su parte, la Constitución de 1993, recoge la propuesta de la Comisión, la misma que guarda concordancia con la Constitución de 1979; establece el rol del Estado en amparar y promover la paternidad responsable, y

reconoce que todos los hijos tienen iguales derechos, al mismo tiempo que prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

3.1.2 Educación

La Constitución de 1979 asume el derecho a la educación como inherente al ser humano, y señala que ésta tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad y se debe inspirar en los principios de democracia social (artículo 21°). Asimismo, el texto constitucional establece que la educación primaria es obligatoria y que la educación impartida por el Estado es gratuita en todos sus niveles (artículo 25°).

En la exposición de motivos del Anteproyecto de la comisión se justifica esta orientación como sustento de una democracia social fundada en los ideales de justicia y libertad que coadyuvan a la erradicación de la explotación del hombre. Se propone la gratuidad de la educación, en tanto que es un servicio a cargo del Estado (Congreso de la República 1978: T.I, 419). Se sostiene, en consecuencia, que la educación no tendrá fines de lucro.

Con esta iniciativa surgió la duda de si esto favorecería cierta política estatista contra los colegios privados, fantasma que había acompañado durante el régimen militar; y, al mismo tiempo, se reconocía la tendencia, cada vez más creciente, a comercializar la educación. Esto último motivó un caluroso debate; ante la propuesta del congresista Chirinos Soto, en el

sentido que el “Estado promueve la educación privada”, el congresista Carranza reaccionó sosteniendo que la educación privada se acepta solamente porque “el Estado no puede asumir, en su totalidad, la tarea educativa”. Su aceptación, se sostuvo, es solamente por razones económicas. Se recordó en este debate que la educación tiene como fin igualar las clases sociales y dar oportunidades a todas las clases. Según Carranza, “Si los colegios privados son promovidos por el Estado, tienen una ganancia evidente de los que pueden pagar, aunque tengan fines comerciales. Entonces estamos contribuyendo, desde la raíz de la educación a amparar la desigualdad social; y creo que eso no es la mente de la Constitución, que es de democracia social” (Congreso de la República 1978: T.I, 431). Finalmente la propuesta de la Comisión al pleno fue que “el Estado... estimula... la educación privada” (1978: T.I, 432)

Por su parte, en la Asamblea Constituyente de 1993 se reconocía que la educación vivía una crisis profunda, la cual, a decir de Rafael Rey, presidente de la Comisión de Educación, obedecía a una concepción equivocada sobre lo que debiera ser el fin de la educación. Rey enfatizó que la educación es tarea de todos y no sólo del Estado; este último, sin embargo, debe garantizar la mayor pluralidad posible de oferta educativa (Congreso de la República 1993: T.II, 981). En su propuesta se abre la posibilidad para que existan centros educativos con fines de lucro, dejando al Estado sólo como supervisor de la calidad educativa. Esta propuesta motivó una discusión en torno a la gratuidad de la educación.

El texto de la Constitución, finalmente aprobada, establece que la educación inicial, primaria y secundaria es obligatoria, y, en las instituciones del Estado la educación es gratuita.

3.1.3 Del Trabajo

El artículo 42° de la Constitución de 1979 establecía que el Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. Asimismo, establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración justa (artículo 43°), y que la jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas (artículo 44°). Reconoce la estabilidad laboral y establece que el despido sólo puede ser por causa justa previamente establecida en la ley (artículo 48°).

En la exposición de motivos, la Comisión de Trabajo de la Asamblea Constituyente de 1979 resalta la orientación en materia de trabajo y derechos sindicales en concordancia con los textos normativos de la OIT y la ONU en materia de derechos sociales (Congreso de la República 1979: T.II, 359). Se inspira en “las concepciones del constitucionalismo social, que en América Latina tiene una larga tradición, que se inicia con la Constitución de Querétaro, de 1917, que consagra los derechos del trabajador y las garantías de su ejercicio” (1979: T.II, 360). La propuesta inicial sólo contiene dos artículos referidos a los derechos fundamentales de los trabajadores y a las garantías para su cumplimiento. En dicha propuesta “se defiende la igualdad de trato y de condiciones de trabajo para hombres y mujeres y la identidad del salario por trabajo de igual valor” (1979: T.II, 361). Asimismo, se promueve la eliminación del trabajo forzoso o compulsivo. Las personas tienen derecho a elegir libremente su

ocupación, de acuerdo con su vocación y consentimiento (1979: T.II, 361). Se consigna, asimismo, el principio a la justa remuneración, la misma que debe responder a una política social bien diseñada; entendiéndose que los ingresos deben servir al hombre que trabaja para realizarse como persona humana.

Se defiende, asimismo, el derecho a la estabilidad laboral, a una jornada laboral de ocho horas, a los descansos remunerados, a la seguridad social, a la organización sindical, el derecho a la huelga, etc. Y, se propone la constitucionalización del derecho de los trabajadores a participar en la estructura funcional y los resultados económicos de las empresas, en su multipolar nivel de ganancias, la gestión y la propiedad (Congreso de la República 1979: T.II, 362).

En la reunión del Pleno, la Comisión reconoce que “se han inspirado en el artículo 123° de la Constitución mexicana de 1917 que inauguró la doctrina del constitucionalismo social en el mundo y que ha servido al propio tiempo como inspiración para otras constituciones que se consideran bastante avanzadas, como la constitución alemana de Weimar de 1919, la Constitución española de 1931 y la casi totalidad de las constituciones de América Latina” (Congreso de la República 1978: T.III, 97). Asimismo, la Comisión introdujo el principio jurídico “*in dubio pro operario*”, en caso de duda en la interpretación de una norma se debe de estar siempre a lo que sea más favorable al trabajador. Y, que toda

ampliación de la ley del trabajo debe estar regida por los principios de la justicia social.

El marco constitucional de 1993, por su parte, limita alguno de los derechos laborales que habían sido asumidos por el texto constitucional de 1979. Se sostuvo que la bondad respecto a los trabajadores asumida por la Constitución de 1979 no obedecía a la realidad, y, por tanto, había que ajustarse al nuevo contexto, el cual intentaba abrir sus puertas a la inversión privada internacional y consolidar un marco jurídico que garantizara el libre mercado. Uno de los derechos que fue bastante limitado fue el derecho a la huelga que se encuentra contenido en el artículo 28°; en ella se establece que debe ejercerse en armonía con el interés social, y, que tendrá excepciones y limitaciones. Cabe mencionar que el derecho a huelga es considerada por la OIT como constitutivo de los derechos básicos de los trabajadores y sus organizaciones en la defensa de sus intereses laborales; es un medio para hacer efectivo sus reivindicaciones laborales. Así, limitando estos derechos, la Constitución de 1993 toma distancia de ciertos derechos reconocidos en pactos internacionales y de las fuentes inspiradoras de los derechos sociales tales como la Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931.

3.1.4 De la seguridad social, salud y bienestar

El texto constitucional de 1979 establece que el Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social (artículo 12°). Asimismo el artículo 15° señala que todos tienen derecho a la protección de la salud integral.

La propuesta de la Comisión de la Asamblea Constituyente que “todos los habitantes de la República tienen derecho igualitario a la seguridad social y a la protección de la salud” propició la discusión del pleno (Congreso de la República 1978, T.II, 488). La intervención del congresista Valle Riestra puso en cuestión esta propuesta asumiendo que no se ajustaba a nuestra realidad. En su opinión, “estamos haciendo algo peligroso, estamos creando una entidad utópica y desfinanciada, (...) estamos creando un organismo que va a ser inoperante” (1978: T.II, 490). Por tanto, sostenía Valle Riestra, no había que consagrarla en la Constitución.

Su oposición no fue en contra de la universalización del derecho a la seguridad social sino en relación a la entidad encargada de velar por la seguridad social, a la cual consideraba mediocre y no eficaz para garantizar efectivamente el cumplimiento de este derecho. Tratando de aclarar los términos del debate, Garrido manifiesta la necesidad de precisar que la seguridad social es un concepto más amplio que el seguro social. La institución se refiere al Seguro Social, mientras que la seguridad social hace referencia a una serie de acciones de carácter social. Para Ramírez del Villar el dejar el texto con el término seguridad social permitiría incluso que seguros privados puedan cubrir a aquellos que no estaban amparados por el seguro social. (1978: T.II, 494).

Los constituyentes de 1993 debatieron ampliamente este tema. Marcenaro Frers sustentando la propuesta de la Comisión ante el Congreso Constituyente, sostuvo que “una buena Constitución debe ser

concreta, veraz y factible. Debe proponerse metas que puedan ser cumplidas; no meras declaraciones ideales, sino preceptos en los cuales el trabajador pueda obtener tutela para sus legítimas aspiraciones” (Congreso de la República 1993: T.V, 2605). Con esto, justificaba una propuesta que se limitaba a fijar mínimamente los derechos sociales fundamentales.

Finalmente, el Congreso Constituyente consideró conveniente apostar por el sistema privado de pensiones, además del sistema nacional. “Hoy se deja al trabajador en libertad de optar por un sistema público o un sistema privado; pero creo que para la realidad de nuestro país es indispensable garantizar el financiamiento del sistema público. Si se produjera una salida masiva del sistema público hacia los sistemas privados, dejaríamos desvalidos a quienes permanecerían en aquél, porque no podrían recibir servicios” (1993: T.V), sostenía Lourdes Flores Nano en el debate del Pleno del Congreso Constituyente.

Este breve análisis de los derechos económicos y sociales reconocidos por la Constitución de 1979 y 1993, refleja la dinámica del poder en el Perú desde la perspectiva de la relación entre los poderes públicos y los poderes económicos, en el ejercicio del poder y el sistema político dominante, y su relación con la tutela de los derechos fundamentales.

Recordemos que en el periodo que va de 1979 a 1993, se va acentuando el creciente acceso e influencia política del sector privado en los poderes públicos que se institucionaliza en el marco jurídico constitucional.

Siguiendo a Francisco Durand (2005:197ss) podemos afirmar que en este periodo se produce un incremento significativo de incidencia al Estado por parte de un núcleo corporativo liderado por las empresas multinacionales financieras y minero-energéticas; esta nueva estructura de poder operaría sin contrapesos políticos, impactando en la generación y agravación de la tensión política y los conflictos sociales, en un contexto de mayor libertad política con la democracia recuperada. Esto se ve explicitado con la exclusión del texto constitucional de 1993 de derechos laborales elementales como la estabilidad laboral y la limitación del derecho a huelga. De esta manera, las organizaciones sindicales son debilitadas para favorecer a la inversión privada.

Este hecho genera un conflicto entre lo privado y la institucionalidad pública, que asume diversas formas: conflicto entre el bien común y los intereses particulares de personas o grupos; entre el bien común –de las mayorías o de los sectores más desprotegidos- y los beneficios de algunos grupos de poder en desmedro de los anteriores; un conflicto entre los intereses de la población afectada y la gran empresa privada extranjera y nacional con capacidad de influencia en el Estado. Como sostiene Durand, los cambios laborales, de estabilidad jurídica y otros, se hicieron consultando al sector empresarial, no a los trabajadores. De modo semejante los convenios de estabilidad tributaria a los que se denominan como derechos adquiridos no tocables por el Estado. Las adjudicaciones, las privatizaciones y privilegios, el rescate financiero, son

diversos medios mediante los cuales el Estado favoreció a ciertos grupos de empresas (2005: 197ss).

Esto nos permite afirmar que el campo de la política pública, la institucionalidad pública y la Constitución Política del Estado han sido un campo de conflicto particularmente intenso, especialmente cuando se trata de los derechos sociales y económicos que asisten a los trabajadores. Ahora bien, en democracia, la política y el cambio político no es sólo un campo de los políticos y los gobernantes, sino también es un campo de ejercicio de ciudadanía –individual y colectiva– que involucra tensión y conflicto con el poder político, especialmente en países como el Perú de extrema desigualdad social. La democracia, recordemos, es una construcción social y no es algo natural, ya dado de por sí.

Recordemos que en la década del sesenta se habrían producido los primeros desbordes populares, con las acciones colectivas, en diversos momentos y de diversos tipos de actores –huelgas sindicales, movimientos campesinos, invasiones de migrantes andinos en las periferias de las ciudades– que, con otros factores, condujeron a la crisis terminal del estado oligárquico con la reforma agraria y con la Constitución de 1979, en el cual se reconocían derechos económicos y sociales. Esto favoreció la emergencia de un nuevo rostro del Perú en la década del ochenta sin bases sociales y económicas sólidas. La ausencia de estas bases hizo evidente la ausencia de un proyecto político nacional. Sin embargo, los cambios en el Estado –normas, políticas públicas e

institucionalidad– produjeron una ampliación de derechos a importantes sectores populares, marginales a las prioridades del Estado, como lo evidencia el proceso de acceso a la tenencia y conducción de la tierra agrícola, la universalización del derecho al voto, disminución de la tasa de analfabetismo, ampliación de la cobertura educativa en todos los niveles, entre otros derechos sociales y económicos que fueron incluidas en la Constitución de 1979. Tal es así que cuando se discutió el régimen económico en la Constitución de 1979, se señaló que el objeto último de la economía nacional es la dignificación del trabajo en su doble sentido de ser fuente de trabajo y medio de realización de la persona humana (Congreso de la República 1979: T.II, 133). Su objeto, se señaló, es el desarrollo económico y social, y su propósito es de alcanzar una economía solidaria, que se aleja del individualismo, de la oposición de las clases y de la explotación del hombre por el Estado (1979: T.II, 133).

Esto nos invita a pensar en las dinámicas que hicieron posibles el cambio producido en la Constitución de 1993. Martín Tanaka (1999), analizando las organizaciones sociales y su proyección política, plantea que en el período de la década del 80, se produce el declive de la organización popular y una pérdida de proyección política de la participación, y con ello la pérdida de centralidad de esquemas políticos radicales basados en maximizar y politizar las demandas por bienes públicos al gobierno central. Estos cambios refuerzan la centralidad del mercado en la economía (ya no del Estado), la consolidación de los espacios urbanos, la

crisis de los partidos y los *brokers* (dirigentes como “intermediarios políticos”).

A partir de la década del ochenta, entonces, se evidencia una crisis de todas las formas de representación política y social que condujo al agotamiento y desactivación de las principales organizaciones sociales y productivas hasta entonces vigentes, las que muestran serias e insalvables limitaciones para responder a las aspiraciones y demandas de sus bases. El gobierno de Fujimori también hizo lo suyo en la destrucción de éstas y de la precaria institucionalidad de nuestro país, creando organizaciones paralelas, estableciendo relaciones directas, paternalistas y clientelistas con la población, y reprimiendo a otras bajo el pretexto de combatir el terrorismo. En tales circunstancias surgen nuevas organizaciones sociales y productivas con una práctica más instrumental, con reivindicaciones puntuales, sin capacidad de articular propuestas, con conductas poco democráticas y éticas. En este contexto, la propuesta Constitucional, según puede apreciarse en el diario de debates de 1993, deja abierta las puertas a la limitación de los derechos sociales y económicos en orden a favorecer la inversión privada, justificando dichas limitaciones en orden a promover el desarrollo económico del país. Lejos estamos pues de promover una economía solidaria que ayude a eliminar el abismo entre ricos y pobres. Esto nos lleva a concluir que la definición política de la estructuración estatal normada a nivel constitucional brinda un marco que consolida los procesos políticos y sociales vividos en el

país, en el cual la tensión entre lo público y lo privado, entre la institucionalización y los movimientos sociales, no desaparece.

Dicho esto, es preciso reconocer que la apuesta democrática por los derechos fundamentales de las personas, expresada en las dos últimas Constituciones, se ha visto respaldado por el incremento del reconocimiento mayoritario de que se trata de uno de los pilares de la democracia, lo cual ha llevado en las últimas décadas a mejorar notablemente en lo que refiere a la protección de derechos fundamentales. Prueba de ello es la erección del Tribunal Constitucional, inicialmente nominado Tribunal de Garantías Constitucionales, y la jurisprudencia que viene generando en orden a garantizar el respeto a la Constitución y los derechos fundamentales. Sin embargo, el centro de protección continúan siendo principalmente los derechos denominados de las personas; y, los derechos sociales y económicos todavía siguen siendo postergados en su protección efectiva. En este sentido, podemos afirmar que una no efectiva protección de los derechos sociales puede poner en cuestión la eficacia de estos derechos y puede estar reforzando una falsa dicotomía entre derechos individuales y sociales.

Es preciso, entonces, recordar lo analizado en el primer capítulo del presente trabajo. Se dijo que la concepción integral de la persona como centro de todo el discurso de los derechos humanos que fue asumido por la declaración universal de derechos humanos hacía referencia a una complementariedad de los derechos civiles y políticos con los derechos

económicos, sociales y culturales. Así, la propuesta asumida por la Declaración fue que el mejoramiento de estándar de vida no puede ser realizado sin libertad, y que esta libertad es amenazada por las condiciones de vida deshumanizantes. Autonomía individual, por tanto, debería ser entendida dentro de un contexto social en el cual se desenvuelve el individuo; solo así se podría entender la interdependencia de libertad y dignidad como un soporte al ejercicio de la autonomía individual a ser desplegada en un contexto comunitario, el cual debería ser protegido por el Estado.

La interdependencia de libertad y dignidad dan un soporte al ejercicio de la autonomía individual que debe ser protegida por el Estado. Sin embargo, la institucionalización del individuo como sujeto de derecho en consideración a su vida y libertad no es suficiente para la construcción de una sociedad democrática. Para esto, además del reconocimiento y protección de sus derechos individuales, se hace necesario el reconocimiento y protección de sus derechos sociales y económicos. Esto implica una protección efectiva de la tutela de los derechos fundamentales tanto los denominados individuales como los sociales y económicos.

En consecuencia, derechos fundamentales individuales y sociales, lo que buscan es proteger la dignidad humana. Todos son igualmente importantes y todos están relacionados entre sí. Esta interdependencia está presente en el razonamiento del Tribunal Constitucional peruano

aunque no deja de lado la especificidad que diferencia a los derechos fundamentales:

El Tribunal Constitucional ha subrayado en anterior oportunidad que: ‘Aunque la dignidad de la persona es el presupuesto ontológico común a todos los derechos fundamentales, no menos cierto es que entre ellos es posible establecer diferencias de distinto orden. La heterogeneidad que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas disimilitudes, a su vez, pueden revestir significativas repercusiones prácticas’. Determinados derechos ‘forman parte de aquellos derechos fundamentales sociales de preceptividad diferida, prestacionales, o también denominados progresivos o programáticos. (Expediente N° 2002-2006-AC/TC).

Si bien el Tribunal Constitucional ha favorecido el concebir los derechos sociales como progresivos o programáticos, también se ha resaltado el carácter fundamental de los derechos sociales: “Los derechos sociales son derechos fundamentales por su relación e identificación con la dignidad de la persona y porque así se encuentran consagrados en nuestra Constitución. [...] La exigibilidad, entonces, se constituye en una categoría vinculada a la efectividad de los derechos fundamentales, pero no determina si un derechos es fundamental o no” (Expediente N° 2002-2006-AC/TC). Es interesante notar que el enraizamiento en la dignidad humana es lo que dota de carácter de derecho fundamental tanto a derechos individuales y sociales. Esto coincide con la intuición inicial de la declaración universal que concebía al ser humano como el centro desde donde cobra sentido todo el conjunto de derechos destinados a posibilitar el desarrollo integral de la persona dentro de su contexto comunitario.

Debilitada la protección de los derechos sociales, cabe interrogarse sobre el caso particular de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos en tanto forman parte de la comunidad jurídica nacional y ejercen su derecho al trabajo en territorio extranjero, a expensas de un régimen de trabajo que obedece a un marco jurídico diferente y sujeto a situaciones que atentan contra sus derechos fundamentales. Estas personas, sin embargo, siguen conservando sus redes sociales y familiares en territorio nacional. Podríamos analizar cada uno de los derechos fundamentales que asisten a los trabajadores migratorios fronterizos, sin embargo, en lo que sigue, nos limitaremos a analizar el derecho al trabajo por considerarlo como la columna vertebral para la comprensión de los derechos que asisten a los trabajadores migratorios, incluidos los trabajadores migratorios fronterizos.

3.2 Derecho Fundamental al Trabajo de los Trabajadores Migratorios Fronterizos

Como hemos señalado en el primer capítulo, un número considerable de personas se desplazan de Tacna hacia Arica y zonas aledañas en búsqueda de un empleo que les asegure mejores ingresos económicos. Estas personas conservan su residencia habitual en territorio peruano, al cual regresan diaria o semanalmente, y suelen ser contratadas para trabajar en hogares, fundos agrícolas y otras ocupaciones menores que no garantizan el respeto de sus derechos laborales.

Se ha afirmado también, que los derechos que surgen de la relación laboral no están condicionados a la posesión de un estatus migratorio regular; el goce de los derechos laborales fundamentales depende de la

existencia de la relación laboral. En este sentido, un examen crítico del derecho al trabajo nos permitirá definir los aspectos fundamentales del derecho en mención que les compete a los trabajadores migratorios fronterizos. Analizaremos, por tanto, el derecho al trabajo en el texto constitucional peruano para luego contextualizarlo en el marco de los trabajadores migratorios fronterizos.

A diferencia de la anterior, la actual Constitución Política del Perú ubica el derecho al trabajo en el título referido a los Derechos Sociales y Económicos, diferenciándola de los Derechos Fundamentales de la Persona. Como bien afirma Jorge Tomaya, “Uno de los cambios que se aprecia, respecto de la Constitución anterior, reside en la ubicación de los derechos laborales dentro de la estructura de la Constitución. En efecto, los derechos laborales se encuentran ubicados dentro del Capítulo II (“De los Derechos Sociales y Económicos”) del Título I (“De la Persona y la Sociedad”), que se distingue del Capítulo I referido a los Derechos Fundamentales de la Persona.” (Tomaya 2009:66).

Esta decisión de los constituyentes generó un debate en torno al carácter de derechos fundamentales de los derechos sociales y económicos en relación a su ubicación en el texto constitucional peruano. En este sentido, Agustín Savia sostiene que “Todos los derechos fundamentales tienen el mismo alcance y tutela jurisdiccional y en caso de un conflicto de derechos, los mecanismos que se utilicen no debieran considerar la ubicación dentro del articulado constitucional sino, más bien, las herramientas generales de resolución de conflictos, especialmente

basados en el juicio de ponderación que importa apreciar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los derechos en conflicto.” (Salvia, 2008:67). En el mismo sentido, Jorge Tomaya, siguiendo lo establecido por el artículo 3° de la Constitución, considera que los derechos laborales son derechos fundamentales en tanto que los derechos enumerados en el Capítulo I, referido a los derechos fundamentales de la persona, no excluyen los demás derechos que la Constitución garantiza.

De acuerdo con la Constitución de 1993, formalmente solo los derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados “Derechos Fundamentales de la Persona”. Ergo, los derechos laborales de la Constitución podrían no ser catalogados como derechos fundamentales, sino como derechos sociales. Sin embargo, consideramos que los derechos laborales continúan siendo derechos fundamentales. En primer lugar, la relación de derechos fundamentales que aparece en el Capítulo I del Título I de la Constitución (“De los Derechos Fundamentales de la Persona”) no es taxativa. En efecto, el artículo 3° del propio Capítulo I de la Constitución de 1993 precisa (...) que “la enumeración de los derechos establecidos en este Capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza...”. (Tomaya 2009:66).

La Constitución Política del Perú, artículo 22°, hace referencia al trabajo como un deber y un derecho, y lo asume como la base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Un primer aspecto que nos gustaría resaltar es el hecho de considerar al trabajo como la base del bienestar social. Si bien el trabajo se caracteriza por la dimensión personal que lo sostiene, es importante recordar que la actividad laboral conlleva una fuerte dimensión social, la cual lo convierte en parte fundamental de la convivencia social. El trabajo, por tanto, no implica solamente un aspecto patrimonial sino que pone en juego un conjunto de factores que guardan relación con el buen vivir que la sociedad, en cuanto

tal, pretende alcanzar. En este sentido, las condiciones en las que se desarrolla el trabajo cobran especial relevancia, y aspectos como la igualdad, trato justo, no discriminación, son aspectos a tener en cuenta en la construcción de la sociedad de bienestar que se pretende promover.

El trabajo, y las condiciones en las que se desarrolla, se presentan entonces como la base del bienestar social. Dicha concepción del trabajo permite pensar el bienestar social más allá del aspecto patrimonial, integrándola una dimensión de convivencia social que permita el desarrollo de la persona individual. En este sentido, el bienestar social implica crear condiciones básicas para el buen vivir en una sociedad, la misma que no se mide exclusivamente por la capacidad de consumo de sus ciudadanos sino por la capacidad de realizarse como personas, de respetar y asegurar la dignidad de todas las personas, la posibilidad de crear relaciones justas entre todos. El considerar al trabajo como la base del bienestar social implica asegurar que las condiciones en las cuales se desarrolle el trabajo sean condiciones que permitan respetar la dignidad humana, la igualdad y no discriminación, asegurando todos los derechos que surgen de la relación laboral.

Un segundo aspecto a resaltar es la concepción del trabajo como medio para la realización de la persona. No se trata solamente de un aspecto que tiene retribución de índole material si no que está vinculada a una dimensión íntima del sujeto en cuanto al sentido mismo se refiere. La realización de la persona implica algo más que su mera sobrevivencia, implica la puesta en juego de su subjetividad y el sentido de su propia

humanidad. La realización de la persona, entendida de manera integral, implica una relación del trabajo con su propia dignidad y las condiciones que hacen posible que esa dignidad pueda ser desplegada íntegramente. El trabajo aparece, por tanto, no solo como un derecho sino como un deber. Derecho en cuanto el sujeto necesita del mismo para su propia realización; y, deber, en cuanto su propia realización tiene dimensiones sociales que la implican directamente.

Dicho esto, el trabajo se convierte en un bien deseado por todos. La realización se entiende, consecuentemente, como una integración suficientemente adecuada en el marco social, cultural, económico, en el cual nos desenvolvemos. Según se desprende del texto constitucional, la inclusión en el sistema, a través del trabajo, permite la realización de la persona. En otras palabras, el trabajo hace posible que la persona pueda alcanzar la felicidad como parte de su propia realización. La interrogante que surge es en relación a aquellas personas que no logran insertarse al mercado laboral, no porque no deseen hacerlo sino porque les resulta muy difícil conseguir un puesto laboral que pueda ser considerado como un espacio adecuado para lograr su realización personal; ¿estas personas tienen otros espacios para realizarse como personas?, en todo caso, ¿cuál es el rol del Estado para asegurar el trabajo adecuado a sus ciudadanos en tanto se la considera un medio para la realización personal?

Asimismo, si consideramos el trabajo como el medio para la realización personal y ella está relacionada con la dignidad humana, como hemos sostenido, entonces, la búsqueda de trabajo no puede estar condicionada a límite alguno, de lo contrario se estaría violentando al sujeto propiamente dicho en cuanto a que se le estaría restringiendo su realización personal. En este sentido, el trabajo se nos presenta como un derecho que puede traspasar límites nacionales, bien que pueda estar sujeta a las restricciones administrativas propias basadas en la soberanía de los Estados. En otras palabras, el derecho al trabajo no puede ser restringido ni dentro ni fuera de las fronteras nacionales, quedando incólume la facultad de regular administrativamente que tienen los Estados, según su propia normatividad interna y los parámetros de marco jurídico internacional de los derechos humanos de los trabajadores, cuidando que el individuo tenga la posibilidad de lograr su propia realización personal.

En lo que respecta al contenido del derecho al trabajo establecido en el artículo 22° debemos señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que ello implica, por una lado, el derecho a acceder a un puesto de trabajo y, por otro, el no ser despedido arbitrariamente.

El trabajo además de ser un derecho, es un deber. Es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Este artículo constitucional tiene hoy en día especial relevancia en la determinación de la protección de los trabajadores en caso de despidos arbitrarios. Sobre el particular, las sentencias del Tribunal Constitucional han definido, en sucesivos precedentes vinculantes, que el derecho al trabajo contiene no solo el derecho a acceder a un empleo, sino también a que un trabajador no sea despojado de

este sin que exista una causa justa prevista en la ley. (Dolorier 2010:12)

El Tribunal Constitucional profundiza respecto al contenido esencial del derecho al trabajo:

El derecho al trabajo está reconocido en el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa. (STC. Exp.1124-2001-AA/TC. FJ12)

De acuerdo a Wilfredo Sanguinetti, en su libro Derecho Constitucional del Trabajo, las bases constitucionales del derecho del trabajo contempladas en nuestro ordenamiento jurídico coinciden con las de cualquier ordenamiento laboral moderno y avanzado, y obedece a dos planteamientos fundamentales, por un lado, la tutela o protección del trabajo que se expresa a través de la valoración que el trabajo recibe como base del bienestar y medio de realización de la persona y mediante la consideración de la relación de trabajo como una de carácter asimétrico; y, por otro, el pluralismo social, que implica una relación entre el Estado y la sociedad civil, lo cual permite hacer llegar las demandas y velar por los intereses colectivos de los trabajadores, convirtiéndose de esta forma en garantía de efectividad de los derechos colectivos. (Sanguinetti 2010: 32).

El derecho al trabajo, en consecuencia busca proteger al trabajador; como bien sostiene Agustín Salvia, “(...) el derecho del trabajo es, en realidad un verdadero derecho social, el que nace y se desarrolla con una única misión: la defensa y promoción, unidireccional, de los derechos y los intereses de los trabajadores” (2008:23). En el ejercicio del derecho al trabajo se identifican como sujeto pasivo del derecho al propio Estado, como garante del derecho propiamente dicho, y al empleador, que puede ser el propio Estado como un sujeto particular.

Por lo que respecta a la identificación de los sujetos pasivos del derecho, consideramos que la libertad de trabajo, en tanto derecho fundamental, vincula, de un lado, al Estado y, del otro, a quien emplea la fuerza de trabajo de un individuo. En el primer caso nos referimos al Estado como autoridad, como organización política detentadora del poder para legislar, juzgar y ejecutar; en el segundo caso aludimos a cualquier particular que aproveche la fuerza laboral de otro, así como el propio Estado, pero actuando aquí como empleador. (Quiñones, 2007: 62).

La persona así como tiene derecho al trabajo, también tiene el deber de trabajar, en cuanto ello confiere un bien para el conjunto de la sociedad; esto implica un deber para los Estados de garantizar posibilidades laborales a sus ciudadanos. Sin embargo, no puede exigirse a ningún Estado la apertura de plazas laborales para todos los ciudadanos, tarea que puede resultar de imposible cumplimiento en estos tiempos. Lo que sí puede exigírsele es que garantice condiciones laborales que permitan la realización plena y efectiva de las personas.

Asimismo, en un mundo globalizado y cada vez más interdependiente entre sí, la búsqueda de trabajo no se limita a las fronteras geográficas

nacionales. Las personas se desplazan a través de las fronteras geográficas con mayor facilidad buscando mejores condiciones de vida, lo cual implica en muchos casos mejores condiciones de empleo o mejoras en la remuneraciones económicas por las prestaciones laborales efectuadas. Esta situación explica el por qué un grupo significativo de personas se desplazan diaria o semanalmente de la frontera de Tacna hacia Arica y las regiones aledañas en búsqueda de empleo. La posibilidad de lograr mayores ingresos económicos en la zona fronteriza de territorio chileno atrae a los trabajadores fronterizos provenientes de territorio peruano, especialmente de Tacna, Puno y Arequipa. Estos trabajadores optan por conseguir mejor retribución económica aunque las condiciones de trabajo no necesariamente sean las más favorables.

El desplazamiento de los trabajadores al otro lado de la frontera interroga sobre el rol del Estado y las políticas de promoción laboral promovidas por el gobierno. De acuerdo al artículo 23° de la Constitución, “el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...). El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.” Al tratarse de un derecho programático, el Estado debe diseñar e implementar políticas públicas adecuadas para promover el empleo. Asimismo, dicho artículo establece que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. A decir de Sanguinetti, “esta es una declaración lo suficientemente amplia

como para asegurar la aplicación de la totalidad de los derechos consagrados por la norma fundamental, y además bastante precisa en cuanto a sus efectos, ya que proscrib, sin excepciones, toda limitación a ejercicio de los mismos establecida como contenido de una relación de trabajo o surgida en el seno de esta.” (Sanguinetti 2007: 73).

Establecido el trabajo como un derecho y deber, y habiendo asumido que el Estado tiene un rol fundamental para promover políticas adecuadas de promoción del empleo, debemos analizar algunos de los derechos que se desprenden de la relación laboral. De acuerdo al texto constitucional, el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (artículo 24°), y la jornada de trabajo se establece en ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo (artículo 25°).

Respecto a la remuneración, el texto hace referencia a que ésta debe ser “equitativa y suficiente”, lo cual nos deja en una situación abstracta al momento de medir lo equitativo. Un aspecto que puede considerarse es la canasta básica y la posibilidad de asumirla como un indicador para medir el ingreso mínimo. Sin embargo, ello no garantiza el bienestar material y espiritual tanto para el trabajador como para su familia, a lo mucho garantizaría un nivel mínimo de subsistencia material.

En lo que se refiere a la jornada de ocho horas, el Tribunal Constitucional ha establecido sus parámetros constitucionales.

“De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:

a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.

b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.

c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.

d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.” (STC. Exp.4635-2004-AA/TC. FJ15)

El derecho a la jornada de ocho horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25º, y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo e inane, mera declaración, (más aún cuando integra el estándar mínimo de derechos que el Estado Peruano se ha comprometido a respetar y garantizar), sino una disposición jurídica del más alto rango y cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la Administración, sino también a los particulares. (STC. Exp.4635-2004-AA/TC. FJ38).

La Constitución, asimismo, establece en el artículo 26º los principios a respetar en la relación laboral: a) la igualdad de oportunidades sin discriminación, b) el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; y, c) la interpretación favorable del trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

De estos principios, el referido a la igualdad y no discriminación cobran especial relevancia en la relación laboral, como bien sostiene Mariela

Belleza, “el principio de igualdad, así como el mandato de no discriminación, se consideran derechos de carácter constitucional y general aplicables a toda persona; además, de introducirse en el ámbito de las relaciones laborales como parte de los principios constitucionales que rigen el derecho del trabajo.” (Belleza, 2010:46).

“... el derecho fundamental a la igualdad no es autónomo, es decir que se configura en tanto se vincule con otro derecho: siendo que nace en principio para proteger al ciudadano del Estado, ampliando su aspecto hasta las relaciones entre particulares. De esta manera el Tribunal Constitucional señala que el derecho a la igualdad implica “...a) la abstención de toda legislación o jurisdiccional tendiente a la diferencia arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas” (Belleza, 2010: 47).

La igualdad es un derecho fundamental reconocido por la Constitución en el artículo 2º, “Toda persona tiene derecho: (...) a la igualdad ante la ley.”

“La cobertura del principio de igualdad y no discriminación es, de este modo, plena dentro de la Constitución de 1993, abarcando dos aspectos nucleares: a) la denominación igualdad “ante la ley”, entendida como derecho de los sujetos que intervienen en las relaciones de trabajo a obtener un trato igual de los poderes públicos en la formulación y la interpretación y aplicación de las normas laborales; y b) el derecho de los trabajadores a no ser discriminado por el empleador en la fase de la constitución y en el desarrollo de la relación de trabajo.” (Sanguinetti, 2007: 85).

El Tribunal Constitucional, explica el principio de igualdad en los siguientes términos,

Con relación a la Igualdad, este Colegiado se ha pronunciado indicando que “(...), la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se

proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” (STC. Exp.00027-2006-PI/TC. Fundamento 2).

Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (STC. Exp.0048-2004-PI/TC. Fundamento 65).

Mediante el principio de no discriminación, “se proscrib el acto que distinga, excluye u otorgue preferencia a una persona, en virtud de un motivo o razón prohibido por el ordenamiento jurídico, generando como resultado la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo” (Nava 2010: 85). Es preciso señalar que la discriminación puede ser directa o indirecta, en el primer caso “se utiliza un motivo o razón prohibidos, en forma evidente, como fundamento de la distinción, exclusión o preferencia realizada por el empleador” (Nava citando a Dolorier & Del Carpio, 85). El mismo autor, citando a Neves Mujica, sostiene que la discriminación indirecta “se trata de decisiones que, aplicándose a todos por igual, ocasionan efectos diversos, por lo que habrá grupos que terminan teniendo mayores ventajas sobre otros” (Navas 2010: 86). Normalmente la discriminación indirecta tiene apariencia de legalidad.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, en el Exp.05652-2007-AA/TC, publicada el 06 de mayo del 2008, “la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su origen, sexo, raza, color, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma o de cualquier otra índole. En buena cuenta, la discriminación en el entorno laboral supone dispensar un trato distinto a las personas atendiendo a ciertas características, como pueden ser la raza, el color o el sexo, lo cual entraña un menoscabo en el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y a la libertad de trabajo”.

Respecto al principio de *in dubio pro operario*, la Constitución intenta defender al trabajador en caso existan diversas interpretaciones sobre una norma legal.

En este principio nos encontramos frente a una norma con varios sentidos, lo cual implica que la misma puede poseer varias interpretaciones, debiendo escoger el intérprete, la que sea más favorable al trabajador, siendo que el espíritu de este principio se inclina por proteger a la parte más débil de la relación jurídica laboral, toda vez que cuando el legislador emite una norma de carácter laboral se debería entender que su dación tiene como destino la protección al trabajador. En caso de existir una duda sobre el sentido de interpretación de una norma se debería también favorecer al trabajador. (Nava 2010: 79).

Este principio se encontraba regulado en el artículo 57° de la Constitución de 1979. La actual Constitución lo contempla en el artículo 26°, inciso 3, pero condicionado a que se trate de “duda insalvable”. Como bien dice Luis Nava, “no cualquier duda, necesariamente debe ser una gran duda” (2010:80). El Tribunal Constitucional, en el expediente N° 008-2005-

PI/TC, se ha manifestado en el mismo sentido, señalando que está sujeta a cuatro consideraciones.

...(1) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos. (2) imposibilidad lógico – axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional. (3) obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador. (4) imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicar el sentido más favorable al trabajador. (Nava 2010: 81)

El principio de irrenunciabilidad de derechos, establecido en el artículo 26° inciso 2, intenta restablecer el equilibrio entre el empleador y el trabajador, en tanto que se entiende que ambas partes se encuentran en una relación asimétrica. Según Navas, “el fundamento de este principio es la notoria desigualdad de las partes contratantes. Busca evitar que el trabajador, frente a la necesidad de conseguir un empleo o continuar prestando servicios en su centro de trabajo, acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones que le son definitivamente perjudiciales” (Nava 2010: 81).

Estos principios laborales pueden ser invocados por todos los trabajadores migratorios, incluidos los trabajadores migratorios fronterizos, en tanto se encuentran reconocidos dentro del marco constitucional, como bien señala Luis Nava, “nuestro texto constitucional contiene el tratamiento puntual de determinados principios laborales que han sido elevados jerarquía constitucional, por razones de seguridad jurídica, a efectos de garantizar su protección” (Nava 2010:79). Y, esta protección de

los derechos laborales fundamentales no se encuentra condicionada a la nacionalidad del trabajador. Sin embargo, es necesaria la existencia de un contrato de trabajo como fuente generadora de una relación laboral,

El contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades mediante el cual una de las partes (el trabajador) se compromete voluntariamente a prestar sus servicios, poniendo su energía de trabajo a disposición de la otra parte (el empleador), a cambio de una retribución.

En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (Dolorier 2010: 15)

De conformidad con el artículo 4° del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR del 27-03-1997, los elementos esenciales de un contrato de trabajo son la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración: “Artículo 4°. - En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.” (LPCL).

Lo que guía el contrato de trabajo es el acuerdo de voluntades que no necesariamente debe estar formalizada en un contrato de trabajo que conste por escrito, lo importante es la relación de subordinación y la remuneración a cambio de la prestación personal de servicios.

Se entiende que nos encontramos frente a una prestación personal cuando, en términos breves, es una persona natural la que presta el servicio y ésta lo hace de modo infungible, es decir, no puede ser reemplazada por otra dentro de la misma relación jurídica.

La retribución económica, que parte del carácter sinalagmático del contrato, supone que por los servicios prestados en contratado deberá percibir una contraprestación económica por estos.

Por último, la subordinación supone que el contratado pone su fuerza de trabajo a disposición del contratante, quien dentro de los límites de la legalidad, podrá disponer de los mismos para la obtención de determinados fines propuestos, dirigiendo, fiscalizando o eventualmente sancionando su actividad. (Ágreda: 61)

En el caso del contrato de trabajadores extranjeros, la legislación peruana contempla un régimen especial. De conformidad con la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros, Decreto Legislativo 689, la contratación de un trabajador extranjero debe ser celebrada por escrito, a plazo determinado, y debe ser autorizada por la autoridad administrativa de trabajo.

La contratación de trabajadores extranjeros tiene en el Perú una regulación especial, en razón de específicos requisitos de índole administrativo y migratorio. La legislación laboral peruana ha establecido concretos requerimientos a fin de aprobar estos contratos y proveer a los ciudadanos extranjeros una adecuada calidad migratoria para que puedan prestar servicios en nuestro país. (Dolorier 2010: 53).

Igual exigencia la encontramos en la legislación chilena. Sin embargo, la infracción a esta norma no implica la pérdida de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores migratorios, sino la imposición de una multa al empleador. En este sentido, el rol supervisor del Estado es indispensable para garantizar el respeto a los derechos laborales de los trabajadores migratorios.

La Constitución de la República de Chile, estableciendo las bases de la institucionalidad democrática, señala en el artículo 1° que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos; reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad e indica que la finalidad del Estado

es promover el bien común creando las condiciones sociales adecuadas que permitan a cada uno de sus miembros la realización espiritual y material.

Asimismo, reconociendo el derecho a la soberanía nacional, afirma, al mismo tiempo, que su ejercicio debe respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales garantizados por la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (artículo 5°). La soberanía nacional, por ende, se enmarca dentro de un escenario internacional de compromisos asumidos a favor de la promoción y respeto de los derechos humanos de las personas.

En el capítulo III, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, se enumeran los derechos fundamentales, tanto los denominados derechos civiles y políticos, como los derechos sociales y económicos. En este sentido, el artículo 19°, inciso 16, reconoce la libertad de trabajo y su protección, estableciendo que, “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución”. Asimismo, se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal. El inciso 18, reconoce el derecho a la seguridad social, otorgando al Estado el rol de vigilar el cumplimiento de este derecho, el mismo que tiene como finalidad el garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de las prestaciones básicas uniformes,

sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Cabe preguntarnos, entonces, cómo aplicar este marco jurídico a los trabajadores migratorios fronterizos.

Hemos sostenido que los derechos constitucionales son aplicables a todas las personas que se encuentran en territorio nacional; los trabajadores migratorios fronterizos, por tanto, gozan de los derechos laborales reconocidos a los nacionales y son exigibles ante sus autoridades competentes. En este sentido, el derecho al trabajo y su realización en condiciones adecuadas de higiene y salubridad son exigibles ante las autoridades nacionales correspondientes. Igualmente, el derecho a una jornada de trabajo no mayor de 48 horas a la semana y a recibir un salario justo son parte de los derechos laborales que corresponden a todo trabajador por el solo hecho de serlo, es decir, en tanto se configure una relación laboral se instituyen automáticamente los derechos laborales que ameritan ser garantizados eficaz y oportunamente.

Dicho esto, podríamos afirmar que, en relación a los trabajadores migrantes, se puede aplicar tanto la norma constitucional como el derecho internacional de los derechos humanos, las cuales están en relación de colaboración y complementariedad a fin de proteger y garantizar los derechos de toda persona humana; en otras palabras, si bien existen vacíos a nivel de marco jurídicos nacional, se puede aplicar complementariamente el marco internacional y regional de derechos

humanos; en este sentido, el problema no reside en la falta de un marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes sino en su implementación; como hemos visto, tanto la Constitución del Perú como la de Chile establecen que los derechos laborales reconocidos constitucionalmente son aplicables a toda persona que labora en su territorio. En este sentido, el derecho a acceder a la justicia deviene importante en orden a garantizar el respeto de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos.

3.3 Gestión fronteriza y protección de derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos

Habiendo definido la existencia de un marco jurídico de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, la misma que es extensiva a los trabajadores migratorios fronterizo, el centro de preocupación se traslada a analizar los mecanismos adecuados para garantizar oportuna y eficazmente el cumplimiento de los derechos reconocidos; en este sentido, la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos demanda un análisis, por un lado, de la gestión fronteriza y, por otro, del derecho al acceso a la justicia en tanto existe un marco universal y regional de protección de sus derechos cuyo cumplimiento no es garantizado debidamente por los Estados.

Tradicionalmente la gestión fronteriza ha sido pensada con un criterio de incrementar los beneficios económicos para países limítrofes. En este sentido, se ha orientado a facilitar la circulación de mercancías, exonerar

impuestos y facilitar el tránsito de trabajadores y/o turistas. La gestión fronteriza muchas veces se la considera como un medio para controlar el paso de personas; sin embargo, cada vez se es más consciente que el aumento de control no significa la eliminación de irregularidades o de las violaciones a los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de proteger los derechos de los trabajadores migratorios fronterizos se hace necesario cambiar la lógica de beneficios económicos a una lógica de integración, donde el espacio fronterizo puede ser concebido como un espacio de innovación para generar dinámicas de integración regional tanto a nivel social, cultural, político y económico. En este sentido, el derecho a la libre circulación deviene importante en la lógica de integración a fin de garantizar el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas. Como bien dice Luis E. Aguilar, “La libre circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona humana. Recogida en los principales instrumentos de derechos humanos, este derecho consiste en la facultad de desplazarse o circular libremente por todo el territorio de un Estado, así como de entrar o salir del mismo y de elegir libremente en él su lugar de residencia” (2010:11).

Facilitar la libre circulación de las personas dentro de un marco de construcción de sociedades integradas y democráticamente inclusivas, debe estar acompañada de otras iniciativas que favorezcan realmente la integración de las zonas fronterizas, esto implica no solamente el diseño de un marco jurídico acorde a las normas internacionales de protección de

los derechos humanos de todas las personas, sino, además, de un marco de políticas públicas que ayuden a garantizar que dichos derechos sean respetados y cumplidos por todos los miembros de la comunidad jurídica nacional, incluido el propio Estado.

Los procesos de integración tienen por objetivo principal mejorar el nivel de vida de los habitantes de una región a través de procesos graduales de unificación que abarcan desde aspectos netamente económicos y tributarios, hasta elementos sociales y políticos. En este marco, se favorece entre otras materias la libre circulación de bienes, capitales y servicios formando espacios territoriales y comerciales comunes, y mercados integrados incluyendo el mercado laboral. Bajo esta lógica, el efectivo reconocimiento y respeto del derecho a la libertad de circulación no sólo se constituye en una obligación que nace de la dignidad de la persona, sino que constituye uno de los componentes principales para que estos procesos logren sus objetivos. (Aguilar 2010: 12).

En este sentido, sostiene Aguilar, “el establecimiento de un espacio de integración donde exista la libre movilidad no debe responder a una lógica de extensión de facilidades para el desarrollo económico, sino que debe centrarse en el desarrollo del ser humano y el pleno respeto de sus derechos humanos” (2010:12). Esto implica facilitar la movilidad laboral respetando y protegiendo los derechos.

La libre circulación de personas se ha concebido en todos los modelos de integración en función de la creación de un mercado único. En otras palabras, la construcción de un mercado laboral único supone la libre circulación de personas pero en base a la identificación de las necesidades del mercado económico y no de las necesidades de la persona humana. Siguiendo esta teoría, sólo los medios de producción pueden beneficiarse de la libre movilidad en una región integrada ya que son ellos los que permiten el desarrollo del mercado único. Asimismo, los beneficiarios de la libre circulación en un espacio integrado son únicamente los trabajadores en su función “de medio de producción” lo que instrumentaliza al ser humano y desconoce su humanidad intrínseca. (Aguilar 2010: 44).

La libre circulación debe entenderse como una extensión de la propia libertad del ser humano, sostiene Aguilar. Lo que está en juego es la realización del ser humano, lo cual, como vimos en su oportunidad, se vincula a la posibilidad de trabajar en condiciones dignas contando con remuneraciones justas. El respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizo no se limita, por tanto, a un aspecto jurídico; implica aspectos relacionados a las dinámicas socioculturales, las mismas que deben ser tomados en cuenta al momento de diseñar las políticas de gestión fronteriza que pretenden ordenar la migración fronteriza para lograr una garantía efectiva de los derechos fundamentales. En este sentido, es preciso integrar el derecho a la libre circulación con el derecho al acceso a la justicia, en tanto existe la necesidad de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos por las normas nacionales e internacionales a los trabajadores migratorios.

Como sabemos, el acceso a la justicia y las posibilidades de alcanzar protección efectiva a los derechos fundamentales no depende únicamente de las formalidades exigidas para acceder a la administración de justicia, si no de condiciones sociales, políticas, económicas y culturales que hacen viable una real protección a los derechos fundamentales no solo a nivel individual si no principalmente de grupos colectivos, como son los trabajadores migratorios fronterizos, que claman por el respeto integral de sus derechos.

En este sentido, el acceso a la justicia en el contexto las migraciones internacionales en países de regímenes democráticos, plantea el tema del respeto a los derechos en contextos interculturales como cimiento de la democracia basada en el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas que habitan en el territorio.

La universalidad de los derechos es la principal premisa para la comprensión de los derechos fundamentales, sin embargo el cumplimiento de la misma muchas veces está intermediado por elementos sociales, económicos y culturales que terminan deteriorando los derechos propiamente dichos debido a las tensiones que surgen en la convivencia cotidiana basados en estereotipos y prejuicios respecto a ciudadanos procedentes de otros países de origen, o debido a diferencias de género, raza, religión, etc. Esta diversidad cultural y las tensiones a la que da lugar caracterizan la realidad de las zonas fronterizas en tanto muchas de las personas que van a trabajar a territorio chileno proceden de zonas andinas y/o aymaras.

En lo que respecta al trabajo, nos atrevemos a afirmar que las relaciones dentro de las actividades laborales asumen un matiz que no se limita solamente al aspecto laboral si no que ella involucra una dinámica intercultural que marca las relaciones laborales en el cual se verá reflejada, por un lado, la relación entre justicia y equidad, y por otro, la relación entre el derecho y el cambio socio-cultural. De este modo, el elemento cultural deviene crucial para comprender las dinámicas de respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios en

las zonas fronterizas de Perú y Chile. Estos trabajadores, que llegan a territorio chileno en busca de oportunidades laborales, contagian de diversidad a una sociedad que se entendía tradicionalmente como homogénea, culturalmente hablando.

La migración de los trabajadores migratorios fronterizos, por ende, hace visible la diversidad –cultural, social, económica, etc.- y ella trae consigo las tensiones propias de la convivencia con el otro diferente, con el extranjero, quien puede resultar siendo visto como un mero objeto de explotación o incluso como una amenaza para la estabilidad social y laboral. Al respecto, Berganza sostiene,

Muchas veces, las personas inmigrantes son culpadas por el resto de la sociedad del país de destino de los problemas sociales que existen. Se les culpa de producir un descenso en los salarios por aceptar bajos sueldos. Igualmente se afirma que ellas son la causa de la violencia y del aumento de la inseguridad ciudadana. En muchas ocasiones, las personas extranjeras o de otro lugar en Tacna, Arica e Iquique sienten la discriminación por ser de una procedencia o nacionalidad diferente. (2011: 182).

Es preciso señalar que el concepto de pluralismo cultural o pluriculturalidad es entendida como el reconocimiento de la coexistencia de diversas culturas en una comunidad jurídica nacional. Muchas veces se utiliza indistintamente con el término multiculturalidad, el cual insiste en el reconocimiento de la diversidad cultural como una constatación fáctica. El multiculturalismo, por su parte, es una corriente de pensamiento que formula propuestas políticas desde una perspectiva de la pluralidad cultural.

El multiculturalismo busca defender el derecho a la diferencia de cualquier grupo que se identifique a sí mismo por medio de un conjunto de características que lo particulariza y diferencia de otros. [...] El multiculturalismo normativo justifica el llamado derecho a la diferencia aplicado a las culturas, esto es, su derecho a preservarse, a reproducirse, a florecer y a evolucionar. El multiculturalismo entendido de esta manera justifica: el derecho a participar activamente en la construcción de la Nación y en la vida del Estado a los que pertenece cada cultura. (Del Alcázar 2003).

La diferencia significativa estaría, sin embargo, con la perspectiva intercultural. Xabier Etxeberria aclara esta diferenciación:

Si en el multiculturalismo la palabra clave es respeto, en la interculturalidad la palabra clave es diálogo. La interculturalidad resume en parte el multiculturalismo, en el sentido de que para dialogar hay que presuponer respeto mutuo y condiciones de igualdad entre quienes dialogan. Lo resume también en el sentido de que para dotarse de la consistencia que se necesita para entrar en un diálogo creativo, todo colectivo cultural precisa cierta separación (relativa), esto es, el cultivo de sus rasgos definitorios propios en ámbitos e instituciones específicas. Pero a diferencia del multiculturalismo, desde la interculturalidad se propugna específicamente el diálogo y encuentro entre culturas, porque es visto como vehículo de desarrollo creativo de estas y como expresión de solidaridad entre estas. La interculturalidad no precisa solo de las condiciones antedichas de respeto mutuo y de igualdad de circunstancias sociales, precisa también que los grupos implicados se reconozcan recíproca y empáticamente capacidad de creación cultural, que reconozcan que ninguna cultura realiza plenamente las posibilidades del ser humano y que todas aportan posibilidades dignas de ser tenidas en cuenta. Como diálogo que es, no pretende fundirse con el otro en única identidad, pretende reforzar creativa y solidariamente las identidades específicas de los que dialogan, desde la interpelación y desde la incorporación inculturada. (Etxeberria 2003).

En el caso peruano, la Constitución de 1993 reconoce esta diversidad cultural dentro del marco democrático; en este sentido, el artículo 43 de la Constitución de 1993, Tipo de Estado y Gobierno, afirma que, “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y

descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”. La democracia es presentada como la fórmula adecuada de convivencia civilizada, sin embargo, es preciso reconocer que en el campo de la política pública, la institucionalidad pública y la Constitución Política del Estado han sido campos de conflictos particularmente intensos.

Desde la perspectiva histórica del desarrollo institucional en el Perú, Paulo Drinot encuentra que el racismo, como idea y comportamiento normalizado, forma parte de la institucionalidad política y pública, que contribuye a explicar el carácter excluyente de la construcción de la nación. Este racismo que refuerza las ideas de superioridad/inferioridad racial y cultural, termina colocando a la población indígena y campesina como depositaria y agente de la pobreza, del atraso cultural y del fracaso nacional. Esa determinación racista de la institucionalidad pública estaría a la base de la continuidad del modelo dominante de desarrollo desde mediados del siglo XIX caracterizado por el crecimiento económico impulsado por la exportación de materias primas y la marginalidad de la inversión pública en desarrollo de capacidades humanas. Estas políticas de desarrollo no abordan directamente los problemas de desigualdad y de pobreza en el Perú, hecho que generaría una falta de legitimidad del Estado que no sólo tiene que ver con su funcionamiento sino también con la institución misma. Drinot lo explica en los siguientes términos:

Han tendido a reproducir, derecha e izquierda, de manera acrítica la idea de que la riqueza (potencial) del Perú reside en sus

recursos naturales, en tanto que colocaban la pobreza del Perú en su población indígena. Estas imágenes contrastantes están presentes cotidianamente e influyen en la formulación de políticas de diferentes maneras. La imagen del Perú como un mendigo sentado en un banco de oro, coloca en el lado de la riqueza a sus recursos naturales, a los que hoy en día se agrega los culturales-arqueológicos, y en el lado de la pobreza a su población “que es incapaz de utilizar esa riqueza para salir de la pobreza”. La imagen del mendigo alude a las ideas acerca del carácter de su población predominantemente indígena y mestiza. Lo que ilustra el carácter altamente racializado del modo de ver el desarrollo en el país. Eso pesa en la definición de las políticas desde mediados de siglo, centradas en la explotación de los recursos naturales y mínima inversión en el desarrollo de las capacidades y las libertades (Drinot 2006).

Ahora bien, en democracia, la política y el cambio político no es sólo un campo de los políticos y gobernantes, sino también es un campo de ejercicio de ciudadanía que involucra tensión y conflicto con el poder político, especialmente en países como el Perú de extrema desigualdad social. La democracia es una construcción social y no es algo dado. Como afirma Cortavirta, “Definitivamente un debate alrededor de la democracia se torna difícil y oscuro cuando trasciende el sistema político, es decir, cuando las complejas relaciones entre los ámbitos político, económico y social, pueden redefinir los requisitos necesarios para calificar a un régimen como democrático. ¿Es posible, por ejemplo, la existencia de una democracia aún cuando se enmarca en una sociedad excesivamente desigual, con altos índices de pobreza o con persistentes grados de discriminación étnica y racial?” (Cortavirta: 2009). La discusión sobre la democracia debe estar orientada a facilitar la convivencia humana y debe equilibrar institucionalidad y justicia social.

Tenemos que empezar por liberar a la democracia del liberalismo político, reentenderla desde otros horizontes, redescubrirla desde otras tradiciones, reinventarla desde otras valoraciones. Si queremos que los ciudadanos no perciban el sistema democrático como una externalidad ajena sino que se perciban a sí mismos como pertenecientes a las formas de vida que la democracia implica, tenemos que empezar por recuperar las pertenencias originarias de la gente como valiosas, liberarnos de que hay un modelo unitario de ciudadanía, abriremos a la pluralidad de ciudadanías. (Tubino 1993).

Hablar de democracia, por tanto, es hablar de democracias inclusivas, desde allí la democracia recobra su esencia de autorregulación colectiva. El reconocimiento de una pluralidad cultural no es suficiente para garantizar una democracia inclusiva pero este reconocimiento de la diversidad ayuda para deshomogeneizar los espacios públicos institucionales y hace posible espacios donde el acceso a la justicia se hace cierto y legítimo. Esto implica un proceso de diálogo en donde exista una implicación mutua que facilite la “fusión de horizontes” a la cual Gadamer hacía referencia. “Lo que acontece en el diálogo intercultural es la fusión de horizontes, y lo que acontece en la fusión de horizontes es la recreación de las identidades” (Tubino 1993). De este modo “la democratización cultural de los Estados nacionales apunta a refundar el pacto social sobre bases sólidas. Unidad en la diversidad: este debe ser el principio y el lema de los Estados pluriculturales y este principio tiene que reflejarse en las Constituciones republicanas.” (Tubino 1993).

CONCLUSIÓN

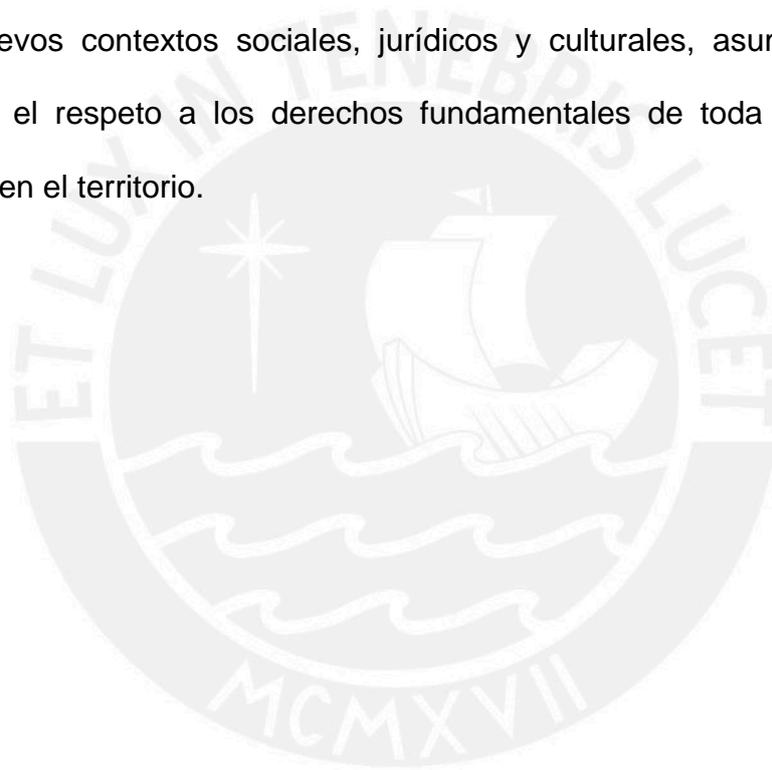
El marco jurídico nacional, tanto de Perú como de Chile, contienen los elementos esenciales para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos; sin embargo,

las violaciones constantes de los derechos en la zona fronteriza, demanda una mayor atención para hacer cumplir su rol a los Estados involucrados a fin de hacer cumplir adecuadamente los mandatos constitucionales. Muchas de las vulneraciones a los derechos fundamentales de los trabajadores fronterizos migratorios tienen como trasfondo estereotipos relacionados con aspectos sociales, culturales, raciales y económicos. Esta situación exige la implementación de mecanismos adecuados de protección tanto en el ámbito nacional como internacional; dichos mecanismos implican políticas de gestión fronteriza adecuada y una voluntad política que garantice a todos los habitantes de un país el acceso a la justicia, independientemente de su condición social, racial, cultural, económica o de estatus migratorio, que les permita hacer cumplir sus derechos fundamentales.

El respeto a los derechos laborales de los trabajadores, los mismos que son extensivos a los trabajadores migratorios fronterizos, se enmarcan dentro de los procesos de consolidación de la democracia, la misma que debe asentarse en el respeto a los derechos fundamentales de todas las personas independientemente de su país de procedencia o estatus migratorio. Estos derechos fundamentales son tanto los derechos denominados personales como los derechos sociales y económicos. La protección de la persona involucra tanto la dimensión individual como el contexto y las posibilidades para lograr su realización personal.

En tal sentido, debe prestarse especial atención a la diversidad cultural que caracteriza los procesos migratorios en la región y que están

configurando las nuevas sociedades, especialmente en las zonas fronterizas de países vecinos como es el caso de Perú y Chile. Las fronteras geográficas que separan ambos países pueden convertirse en posibilidad para hacer emerger nuevas posibilidades de sociedades inclusivas, sobrepasando las fronteras culturales, sociales, económicas. No se trata solamente de facilitar la libre circulación de bienes y personas por los cruces fronterizos sino de facilitar la integración de la personas en los nuevos contextos sociales, jurídicos y culturales, asumiendo como núcleo el respeto a los derechos fundamentales de toda persona que habita en el territorio.



CONCLUSIONES GENERALES

En el contexto actual, los derechos fundamentales se orientan a facilitar la realización del ser humano, tanto en su dimensión personal como social, enmarcándolo en un contexto de fortalecimiento de la democracia constitucional. No es posible, por tanto, imaginar un sistema democrático que niegue la importancia de los derechos fundamentales en el escenario nacional e internacional, al menos a nivel de discurso político. Los líderes políticos, sociales y económicos, incluyen dentro de su lenguaje el respeto y la promoción de los derechos fundamentales como elemento esencial para garantizar el desenvolvimiento adecuado de las sociedades democráticas. De esta forma, la universalidad, así como la indivisibilidad y su carácter irrenunciable, son asumidas como características esenciales de los derechos fundamentales y se han incorporado en los marcos jurídicos internacionales, regionales y nacionales.

La Constitución Política del Perú, al definir el tipo de Estado, sostiene que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana, e indica como uno de los deberes primordiales del Estado peruano el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. La democracia constitucional en el Perú, por tanto, tiene uno de sus cimientos en los derechos fundamentales, tanto los derechos individuales como los sociales y económicos. La individualidad del sujeto, así como su pertenencia a contextos culturales y sociales, deben estar suficientemente

garantizadas si se quiere construir sociedades democráticas que desarrollen las capacidades de las personas y ayuden a su realización personal de manera integral.

Las realidades, sin embargo, son más complejas que los discursos políticos y los principios recogidos en los marcos jurídicos nacionales e internacionales. Esta complejidad no es ajena a la protección de los derechos fundamentales, en cuanto que los mecanismos de protección han centrado su atención en la protección de los derechos fundamentales de la persona en tanto sujeto individual y los derechos sociales y económicos, hasta el momento, no tienen mecanismos de protección adecuados que ayuden a garantizar eficazmente su cumplimiento. Tal es el caso de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores migratorios fronterizos.

Los trabajadores migratorios fronterizos, especialmente los peruanos que se insertan en el mercado laboral de Arica y las zonas aledañas, no tienen intención de abandonar las relaciones sociales y familiares que conservan en territorio peruano. El regreso semanal fortifica los vínculos existentes añadiéndole novedad y nuevas posibilidades de ampliar las relaciones existentes, generando nuevos horizontes y expectativas tanto a nivel personal como económico. En este sentido, se necesita una mayor comprensión de este grupo de trabajadores migratorios a fin de definir con mayor acierto las políticas de integración y gestión fronteriza entre Perú y Chile. La ausencia de esta categoría de trabajadores migratorios en los

marcos jurídicos nacionales de Perú y Chile ocasiona que se les confunda con los trabajadores por temporadas, generando políticas de promoción y reglamentación de trabajo por temporadas que no corresponden a las dinámicas en las que los trabajadores migratorios están insertos.

Las facilidades existentes para cruzar la frontera, gracias al convenio existente con Chile que permite cruzar la frontera y permanecer por un período de siete días, las facilidades de lenguaje, transporte, cercanía, así como los bajos sueldos en el lado peruano, terminan impulsando a muchos trabajadores a aventurarse a ofertar su trabajo en el otro lado de la frontera; estos trabajadores terminan laborando en fundos agrícolas y servicios domésticos en condiciones poco favorables. Muchos de estos trabajadores migratorios fronterizos que laboran en Arica y las zonas aledañas no cuentan con permiso para realizar trabajos remunerados, situación que es aprovechada por los empleadores, quienes no cumplen con respetar los derechos laborales fundamentales de estos trabajadores.

El entendimiento errado respecto a que la situación de irregularidad respecto al estatus migratorio conlleva la eliminación de los derechos laborales fundamentales genera incertidumbre y coloca en una situación de vulnerabilidad a los trabajadores migrantes, quienes aún reconociendo que sus derechos son vulnerados no recurren a las autoridades respectivas por temor a las represarías de las que pueden ser objetos, como la prohibición de ingresar al país por un período de dos años, con lo cual perderían la posibilidad de trabajar y sostener a su familia. Esta

situación permite que los trabajadores migratorios fronterizos acepten trabajar bajo condiciones que atentan contra los principios esenciales de los derechos fundamentales. Finalmente, dichas condiciones tampoco les fueron garantizados en su país de origen, generando un círculo vicioso que resulta difícil de romper. ¿Puede el Estado peruano, a través de sus oficinas consulares, pedir al país de empleo, el respeto de los derechos humanos de sus ciudadanos, aún a sabiendas que en su propio territorio no es capaz de garantizar los derechos laborales fundamentales a sus conciudadanos?

Queda claro que los derechos laborales fundamentales tiene como exigencia la existencia de una relación laboral; se trata de una la facticidad laboral más que la formalidad contractual, aunque el marco normativo nacional continúe exigiendo la formalidad de la inscripción ante la autoridad correspondiente. Como se ha sostenido, la formalidad puede dar origen a sanciones o multas al empleador pero no anula los derechos laborales de los trabajadores migratorios. Asimismo, establecido la existencia de una relación laboral, los derechos laborales que le asisten a los trabajadores migratorios no dependen de su condición de regularidad de su estatus migratorios. ¿Sostener este punto de vista, puede atentar contra la soberanía de los Estados involucrados? Considero que no, en tanto que los Estados han asumido compromisos a nivel regional e internacional que protegen los derechos de los trabajadores migrantes. El marco normativo internacional no compite con el marco jurídico doméstico de un Estado, sino que colabora con ella y la complementa. Asimismo, no

se restringe la facultad de los Estados de regular los procedimientos para contratar a las personas migrantes; lo que se intenta evitar es que empleadores puedan aprovecharse de la condición de irregularidad, y subsecuente vulnerabilidad, de los trabajadores migratorios para incrementar sus beneficios económicos a costa de la vulneración de los derechos fundamentales.

En orden a garantizar los derechos laborales reconocidos a los trabajadores migratorios, debemos indicar que el Estado chileno, aún reconociendo que a los trabajadores migratorios les asiste el conjunto de derechos laborales, no cuenta con los mecanismos necesarios para hacerlos cumplir. En este sentido, podemos sostener que, la adecuación del marco jurídico nacional a las categorías migratorias establecidas por la Convención Internacional de Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, así como la incorporación a la jurisdicción nacional de los derechos reconocidos en el ámbito internacional y regional, ayudan a clarificar los derechos que asisten a los trabajadores migratorios fronterizos; sin embargo, no es suficiente en orden a garantizar dichos derechos. El hecho migratorio, particularmente el de los trabajadores migratorios fronterizos, implica un marco jurídico adecuado que reconozca con claridad los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, demanda claridad en los mecanismos de protección para garantizar de forma eficaz y oportuna el respeto y cumplimiento de tales derechos.

En este sentido, es necesario desarrollar y consolidar el derecho al acceso a la justicia como una posibilidad para hacer cumplir los derechos fundamentales. El marco jurídico deviene esencial en este proceso, pero no podemos descuidar los aspectos sociales, económicos y culturales. Las migraciones implican el intercambio cotidiano entre personas portadores de culturas y cosmovisiones diferentes que pueden entrar en tensión; estereotipos que pueden generar discriminación y atentar contra la dignidad humana. Estos estereotipos y las tensiones que pueden generar se ven explicitados en las relaciones laborales y las posibilidades de respetar plenamente los derechos fundamentales de todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migratorios fronterizos.

Finalmente, los Estados están invitados a desarrollar políticas públicas que correspondan a las complejas dinámicas actuales en las cuales se desarrolla el hecho migratorio. La generación de información confiable y el análisis del fenómeno migratorio laboral en la frontera ayudarán a comprender las migraciones más allá de su dimensión económica, integrando elementos sociales, culturales, políticos, entre otros. Si asumidos que el trabajo no es solamente un asunto económico sino que es un espacio privilegiado para el desarrollo y la realización personal y familiar tanto en su dimensión material como espiritual; entonces, la movilidad de los trabajadores hacia las fronteras de los países vecinos no se puede limitar a un contenido económico reduciendo al trabajador a mero sujeto económico. Los trabajadores migratorios fronterizos, desafían a diseñar e implementar políticas públicas que integren la dimensión

social, cultural y política que ayuden a que estas personas puedan aspirar a la realización personal y familiar incluso en un territorio diferente al de su residencia habitual. En este sentido, el respeto a sus derechos fundamentales, independientemente de su estatus migratorio, resulta esencial en orden a construir sociedades democráticas que asuman a la persona y la dignidad humana como fin último de su existencia.



Referencias bibliográficas:

ÁGREDA ALIAGA, Jorge Orlando

2010 El principio de primacía de la realidad a propósito de una sentencia del tribunal constitucional. En: Córdova Schaefer, Jesús (Coordinador), *Principios Laborales en la Jurisprudencia Constitucional*. Lima: Ed. Caballero Bustamante SAC.

AGUILAR, Luis Enrique (Coordinador)

2010 El derecho humano a la libre circulación de personas en la migración internacional intracomunitaria. Lima, Comisión Andina de Juristas, CAJ.

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERU (BCR)

2012 Caracterización del Departamento de Tacna. Arequipa. Consultado: 18 de septiembre del 2012.
<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Sucursales/Arequipa/Tacna-Caracterizacion.pdf>

BELLEZA SALAZAR, Mariela

2010 El principio de igualdad y su incidencia de género en el derecho laboral. En: Córdova Schaefer, Jesús (Coordinador), *Principios Laborales en la Jurisprudencia Constitucional*. Lima: Ed. Caballero Bustamante SAC.

BERGANZA, Isabel, CERNA Mauricio

2011 *Dinámicas Migratorias en la Frontera Perú-Chile: Arica, Tacna e Iquique*. Lima, Fondo Editorial UARM.

BOLAÑOS CESPEDES, Fernando

2005 "Apuntes sobre el régimen de loa trabajadores migrantes en Costa Rica". Revista Judicial. Costa Rica. Edición XXVI. Marzo. Número 84, pp. 7-58. Consulta: 27 de octubre 2012.
<http://sitios.poder-judicial.go.cr/salasegunda/revistasalasegunda/articulo3rev-1.htm>

BOUTROS BOUTROS-GHALI.

1995 Preface. En: *The United Nations and Human Rights 1945-1995*. New York: The United Nations.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo

2000 El principio de igualdad de trato en el derecho del trabajo. En: Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXI, pp. 27 s. Consultado: 07 de noviembre de 2012.
<<http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/el-principio-de-igualdad-de-trato>>

CARBONELL, Miguel

2000 Constitucionalismo, Minorías y Derechos. Isonomía No. 12 / Abril, pp.95-118

CHIARELLO, Leonir Mario

2013 Las Políticas Públicas sobre Migraciones y la Sociedad Civil en América Latina. Los casos de Bolivia, Chile, Paraguay y Perú. New York, Scalabrini International Migration Network.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

2001 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2000. Capítulo V: informes especiales: segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias. Consultado: 24 de noviembre de 2012. <[http://www.cidh.org/Migrantes/1.%20Migración%20y%20Derechos%20Humanos%20\(2000\).pdf](http://www.cidh.org/Migrantes/1.%20Migración%20y%20Derechos%20Humanos%20(2000).pdf)>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

1978 Diarios de Debates de la Asamblea Constituyente. República Peruana. Publicación Oficial. T.I-T.VII. Versión digital en CD.

1979 Diario de Debates de la Comisión Principal de la Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. República Peruana. T.I – T.VIII. Publicación oficial. Versión digital en CD.

1993 Debate Constitucional 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento. Congreso Constituyente Democrático. República del Perú. T.I- T.V. Versión digital en CD.

1993 Debate Constitucional Pleno 1993. Congreso Constituyente Democrático. República del Perú. T.I- T.III. Versión digital en CD.

CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos.

1999 El Estado corporativo y el populismo, 1968-1990. En: Contreras, Carlos y Cueto, Marcos. *Historia del Perú contemporáneo. Desde las luchas por la independencia hasta presente*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales.

CORTAVITARTE, Miguel

2009 Democracia y Justicia Social. Revista Intercambio No. 7 / Marzo, pp. 12-13

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE IDH)

2003 Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Consultado: 27 de octubre del 2012. http://www.cdhezac.org.mx/pdfbiblio/Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos_Opinion_Consultiva_OC-1803.pdf

COTLER, Julio

2005 Prefacio a la tercera edición. En: *Clases, Estado y Nación en el Perú*. 3ra edición. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

DEFENSORIA DEL PUEBLO

2009 Migraciones y Derechos Humanos. Supervisión de las políticas de protección de los derechos de los peruanos migrantes. Serie Informes Defensoriales – Informe N° 146. Lima.

DEL ALCAZAR CHAVEZ, Martín

2003 Ciudadanía Multicultural o Ciudadanía Indígena. En: Vigil y otros. *Ciudadanías inconclusas. El ejercicio de los derechos en sociedades asimétricas*. Lima, GTZ y PUCP, pp. 43-58.

DOLORIER TORRES, Javier

2010 Tratado práctico de derecho laboral. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

DRINOT, Paulo

2006 Construcción de nación, racismo y desigualdad; una perspectiva histórica del desarrollo institucional en el Perú. En Crabtree, John. *Democracia, desarrollo, desigualdad en el Perú desde 1980*. Lima. PUCP, Universidad del Pacífico e Instituto de Estudios Peruanos, pp. 11-26.

DURAND, Francisco

2005 Humo: captura del Estado, defensa de los derechos adquiridos y ruido político. En: *La mano invisible en el Estado. Efectos del neoliberalismo en el empresariado y en la política*. Lima: DESCO y Fundación Friedrich Ebert, pp. 197-252.

ETXEBERRIA, Xabier

2003 La Ciudadanía Intercultural. En: Vigil y otros. *Ciudadanías inconclusas. El ejercicio de los derechos en sociedades asimétricas*. Lima, GTZ y PUCP, pp.91 -110

GLENDON, Mary Ann

2001 *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House.

IGNATIEFF, Michael

2001 *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

2009 Perfil Sociodemográfico del Departamento de Tacna. Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de vivienda. Oficina

Departamental de Estadística e Informática (ODEI) – Tacna.
Consulta: 15 de septiembre del 2012.
<http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0838/libro25/index.htm>

JIMENEZ A, Ricardo

2013 Chile al borde de retrógrada ley de migraciones. Agencia Latinoamericana de Información, Alainet. 23-03-2013. Consulta: 23 de marzo del 2013.
<<http://www.alainet.org/active/62711&lang=es>>

LANDA ARROYO, César

2006 *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima, Palestra Editores.

OIM, INEI, DIGEMIN

2012 *Perú: Estadísticas de la emigración internacional de peruanos e inmigración de extranjeros, 1990-2011*. Lima: OIM.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)

2010 Informe sobre desarrollo humano Perú 2009. Por una densidad del Estado al servicio de la gente. Parte II. Una visión desde las cuencas. Lima: PNUD.

NACIONES UNIDAS (ONU)

1948 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Consultado: 27 de octubre del 2012:
<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

NAVA GUIBERT, Luis

2010 *El trabajador migrante andino*. Lima: USMP

NUÑEZ-MELGAR MAGUIÑA, Marcos

2010 *La Migraciones Internacionales. ¿Problema o Posibilidad?* Lima, CREA Imagen SAC.

MOURA, Francisco; BACA, Jean Pierre; BLANCO, Mabel

2012 Informe Sombra. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Lima, CEDAL.

PARLAMENTO EUROPEO

1997 Trabajadores Fronterizos en la Unión Europea. Parlamento Europeo. Consultado: 27 de octubre del 2012.
<http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w16/summary_es.htm>

QUIÑONES INFANTE, Sergio

2007 *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Lima: Palestra

RUSTON, Roger

2004 *Human Rights and the Image of God*. London, SCM Press.

SALVIA, Agustín

2008 Trabajo, autonomía económica y desarrollo humano y social. En: *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos*, Luis Enrique Ramírez, coord. Editorial B de F. Buenos Aires.

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo

2007 Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

TANAKA, Martín

1999 La participación social y política de los pobladores populares urbanos: ¿Del movimientismo a una política de ciudadanos? El caso de El Agustino. Documento de Trabajo 100. Lima: IEP

TOMAYA MIYAGUSUKU, Jorge

2009 La Constitución: Fuente del derecho laboral. En: *Estudios de Derecho del trabajo y de la seguridad social, libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima, Griley.

TUBINO, Fidel

1993 Ciudadanías complejas y diversidad cultural. En: Vigil y otros. *Ciudadanías inconclusas. El ejercicio de los derechos en sociedades asimétricas*. Lima, GTZ y PUCP. pp. 167-191.